



TESIS DOCTORAL

AÑO 2015

**LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR EN LA DIRECTIVA 85/374/CCE, DE
25 DE JULIO DE 1985 Y EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007.**

FELIPE MUÑOZ BENAVENTE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
FACULTAD DE DERECHO
UNED**

**DIRECTOR: CARLOS LASARTE ALVAREZ
CODIRECTOR: FERNANDA MORETON SANZ**

TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR EN LA DIRECTIVA 85/374/CCE, DE
25 DE JULIO DE 1985 Y EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007**

FELIPE MUÑOZ BENAVENTE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
FACULTAD DE DERECHO
UNED**

**DIRECTOR: CARLOS LASARTE ALVAREZ
CODIRECTOR: FERNANDA MORETON SANZ**

.

AGRADECIMIENTOS,

Mis sinceros agradecimientos a mi maestro don Carlos Lasarte Alvarez, por su gentil y constante apoyo como director de esta tesis y por la incesante motivación con que me energizó estos largos años de trabajo;

Mis agradecimientos a la doctora Fernanda Moretón Sanz, codirectora de esta tesis, por sus inestimables sugerencias y correcciones, así como por su amabilidad y deferencia;

Mis agradecimientos al ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez, don Claudio Osorio J., por haberme dado la posibilidad como profesor, de iniciar estos estudios doctorales;

Mis agradecimientos a colegas y amigos a quienes he importunado con libros, artículos, aportes bibliográficos y otras ayudas;

Mis agradecimientos a todos quienes me inspiraron y empujaron a terminar esta tesis;

Por último, mis sentidos agradecimientos a mi familia, por el tiempo que les he robado para poder concluir esta tesis.

TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGNIFICADOS.

AAVV: Autores Varios.

ab initio: desde el principio.

ABLJ: America Business Law Journal.

AC / Act. Civ.: Actualidad Civil.

A contrario sensu: En sentido contrario.

ADC: Anuario de Derecho Civil.

AESJ: Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos.

AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi.

ALI: The American Law Institute.

alterum non laedere: no dañar a nadie.

AN: Audiencia Nacional.

Ap.: Apartado.

AP: Audiencia Provincial.

ArC: Aranzadi Civil.

AUE: Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986, que modifica el Tratado de Roma.

BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado Español.

CA: Corte de Apelaciones (tribunal de segunda instancia en Chile).

CAE: Código Alimentario Español, D. 2484/67, de 21 de septiembre, modificado por el RD 349/88, de 15 de abril.

cavet emptor: que el comprador se cuide.

CC: Código Civil de España.

CCch: Código Civil de Chile.

CCJC: Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil.

CCGPJ: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial.

Cco: Código de Comercio de Chile.

CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial.

CEE: Comunidad Económica Europea.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CI: Contratto e Impresa.

CLARP: Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, La Haya, 2 de octubre de 1973.

Comp.: Compilador.

Coord. / Coor. : Coordinadores.

CP: Código Penal de España.

CPOL: Constitución Política de España.

CPOLch: Constitución Política de Chile.

CS: Corte Suprema de Chile.

cuius commoda eius incommoda: a quien corresponden las ventajas, le corresponden los inconvenientes.

Culpa in eligendo: Culpa en la elección.

Culpa in vigilando: Culpa en la vigilancia.

D: Decreto.

de cuius: En derecho sucesorio, significa causante o fallecido.

de *lege ferenda*: cosas a legislar en el futuro.

de *lege lata*: según ley dada o existente.

dies a quo: el día desde el que comienza a computarse un plazo.

Dir. /dir.: Directores / directores.

Directiva 67/548: Directiva 548/67/CEE, de 27 de junio de 1967, modificada por la Directiva 431/86: Directiva 431/86, de 24 de junio de 1986, relativas al envasado, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas.

Directiva 461/72: Directiva 461/72/CEE, de 12 de diciembre de 1972, relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios intracomunitarios de carnes frescas

Directiva 462/72: Directiva 462/72/CEE, de 12 de diciembre de 1972, relativa a problemas sanitarios y de policía sanitaria en las importaciones de animales de las especies bovina y porcina y de carnes frescas procedentes de terceros países.

Directiva 112/79: Directiva 112/79/CEE, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de la legislación en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final.

Directiva 581/79: Directiva 581/79/CEE, de 19 de junio de 1979, relativa a la obligación de indicar los precios de los productos alimenticios.

Directiva 339/85: Directiva 339/85/CEE, de 27 de junio de 1985, relativa a los envases para alimentos líquidos.

Directiva 374/85: Directiva 374/85/CCE, de 25 de Julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Directiva 102/87: Directiva 102/87/CEE, de 22 de diciembre de 1986, que se refiere al crédito al consumo.

Directiva 357/87: Directiva 357/87/CEE, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de las legislaciones sobre los productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores.

Directiva 379/88: Directiva 379/88/CEE, de 7 de junio de 1988, sobre la aproximación de disposiciones relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos.

Directiva 738/88: Directiva 738/88/CEE, de 3 de mayo de 1988, que obliga a aproximar las investigaciones sobre la seguridad de los juguetes.

Directiva 314/90: Directiva 314/90/CEE, de 13 de junio de 1990, referida a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

Directiva 377/90: Directiva 377/90/CEE, de 29 de junio de 1990, relativa al procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad.

Directiva 450/84: Directiva 450/84/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa.

Directiva 577/85: Directiva 577/85/CEE, de 20 de diciembre de 1985, que se refiere a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Directiva 95/2001: Directiva 95/2001/CEE, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

Directiva 83/2011: Directiva 83/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

DJA: Diario Jurídico Aranzadi.

DN: Derecho de los Negocios.

DOC: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Doc. / doc. : Documento / documento.

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

DP y C: Derecho Privado y Constitución.

DR: Danno e Responsabilità.

EC: Estudios de Consumo.

ED: El Dial, publicación argentina.

Ed. / ed.: Edición / edición.

EM: Exposición de Motivos.

et al: y los demás.

fasc: fascículo.

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento Jurídico.

Giur. it: Giurisprudenza italiana.

GJ: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia.

GJCE: Gaceta jurídica de la Comunidad Europea.

GP: Gazette du Palais.

grosso modo: aproximadamente, a grandes rasgos.

ibi emolumentum ubi onus ibi onus: donde hay beneficios, hay cargas.

IINC: Informe del Instituto Nacional del Consumidor sobre el LV (Madrid, 1999).

Infra / infra: más abajo.

iura novit curia: el tribunal conoce el Derecho.

iuris et de iure: presunción de derecho, que no admite prueba en contra.

iuris tantum: presunción simplemente legal o que admite prueba en contra.

JA: Jurisprudencia Argentina.

J. 1º: Juzgado de primera instancia.

JCP: La Semaine Juridique Juris Classeur Périodique.

JDI: Journal du Droit International.

LA: Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición, Ley de Alimentos.

La Ley / LL: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.

LCEur: Legislación de las Comunidades Europeas (Aranzadi)

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LF: Ley Francesa 98/389, de 19 de mayo, relativa a la responsabilidad por productos defectuosos.

LGDCU: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/1984 del 19 de Julio.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LGUBC: Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en la venta de bienes de consumo.

LIEI: Legal Issues of European Integration.

litis: pleito o litigio.

LM: Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.

LdM: Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, Ley de Medicamentos.

LOE: Ley de Ordenación de la Edificación, Ley 38/1999.

LP: Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

LPCch: Ley 19.496, de 7 de marzo de 1997, establece normas sobre Protección de los derechos de los Consumidores, modificada por Ley 19.955, de 14 de julio de 2004, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

LPD / Ley 22/1994: Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

LV: Libro Verde de la Comisión Europea sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos, de 28 de julio de 1999.

MC: Mercado Común.

N / n.: Nota.

neminem laedere: no dañaras.

NGCC: La Nuova Giurisprudenza Civile commentata.

núm. / n°: número.

núms.: números.

OJLS: Oxford Journal of Legal Studies.

onus probandi: carga de la prueba.

PA: Petites Afiches.

Pág. / pág.: Página / página.

Págs. / págs.: Páginas / páginas.

PDIR: Propuesta de Directiva de 5 de noviembre de 1998, por la que se modifica la DIRECTIVA 85/374/CEE.

per-se: por sí mismo, de por sí, por su propia naturaleza.

PJ: Poder judicial.

prima facie: a primera vista.

pro damnato: pro víctima.

pretium doloris: el precio del dolor, locución empleada para referirse a la indemnización de perjuicios por un daño moral o inmaterial.

quantum: una cantidad de algo.

RAP: Revista de Administración Pública.

Rass. Dir. Civ.: Ressegna di Diritto Civile.

ratio decidendi: razón para decidir o razón suficiente.

Ratio legis: Razón de la ley.

RCDI: Revista Critica de Derecho Inmobiliario.

RD: Real Decreto.

RD 44/1996: Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor.

RD 767/1993: Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, de evaluación, autorización, registro y condiciones de despacho de las especialidades farmacéuticas de uso humano fabricadas industrialmente.

RD 1345/2007: Real Decreto 1345/2007, de 11 octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente.

RD 1801/2003: Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos.

RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil.

RDC: Rivista del Diritto Commerciale.

RDCV: Rivista di Diritto Civile.

RDIPP: Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale.

RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia (Chile).

RDM: Revista de Derecho Mercantil.

RdP: Rivista di Diritto Privato.

RDPat. : Revista de Derecho Patrimonial.

RDS: Recueil Dalloz-Sirey de Doctrine, de Jurisprudente et de Legislation.

RDSP: Revista de Derecho de los Seguros Privados.

REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.

REDC: Revista Europea del Derecho del Consumo.

REDI: Revista Española de Derecho Internacional.

RES: Revista Española de Seguros.

Restatement Second: Restatement of the Law, Second, Torts.

Restatement Third: Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability.

RGD: Revista General de Derecho.

RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.

RJAC: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi Civil.

RJC: Revista Jurídica de Cataluña.

RN: Revista de los Negocios.

RTC: Revista Aranzadi del Tribunal Constitucional.

RTDPC: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.
Sec. / sec.: Sección / sección.
SJ 1^a: Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.
ss.: siguientes.
STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España.
STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.
Supra / supra: más arriba.
T.: Tomo.
TCEE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
tertium genus: a mitad de camino entre dos cosas.
TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJCR: The Journal of Consumer Research.
TR: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que contiene el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
Trad. / trad.: Traducción / traducción.
TS: Tribunal Supremo.
ubi emolumentum, ibi onus: allí donde está el emolumento debe estar la carga.
UCC: Uniform Commercial Code.
UE: Unión Europea.
versus / vs.: confrontación.
Vol. / vol.: Volumen.

INDICE GENERAL.

INTRODUCCION

- 1.- Tema de la tesis.
- 2.- Relevancia del tema.
- 3.- Metodología y fuentes empleadas.
- 4.- Uso y comparación de las fuentes legales pertinentes en el desarrollo de esta tesis.
- 5.- Estructura de la tesis.
- 6.- Objetivos perseguidos.
- 7.- Hipótesis de trabajo.

PARTE I

NOCIONES PRELIMINARES PARA COMPRENDER EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

CAPITULO I

EL CONSUMO Y LA PRODUCCION EN MASA, SELLOS DISTINTIVOS DE LA SOCIEDAD MODERNA Y FUENTES DE NUEVOS DAÑOS. LA PARADOJA DEL BIENESTAR SOCIAL, A COSTA DE PRODUCTOS PELIGROSOS Y DEFECTUOSOS.

- 1.- El consumo como fenómeno social moderno.
- 2.- ¿Quién es consumidor? o ¿Cómo conceptualizar al consumidor?
- 3.- Nuevos modelos empresariales, el progreso tecnológico, la producción en masa y la sociedad industrial -como aspectos relevantes del fenómeno del consumo- y su impacto en el ámbito jurídico, como hitos catalizadores del surgimiento de la tesis de la necesaria protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, reflejo de una medida de fuerte cuño social, propia de un Estado intervencionista en este ámbito, preocupado del bienestar de la población.

CAPITULO II

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION.

- 1.- El Derecho del Consumidor.
- 2.- La protección del consumidor como una expresión más de la tutela integral de la persona, es decir, como un derecho fundamental.
- 3.- El surgimiento del movimiento de protección del consumidor y la convicción de que era necesario contar con herramientas jurídicas que aseguraran su completo resarcimiento, frente a un daño de consumo.
 - 3.1.- La experiencia de Los Estados Unidos de Norteamérica.
 - 3.2.- La experiencia Europea y el impulso que le dio la UE a la protección del consumidor.

CAPITULO III

EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD.

- 1.- La presencia de productos riesgosos y peligrosos en la sociedad.
- 2.- La Modernidad y la Sociedad del Riesgo, como reflejos de un carácter estructural del tramado social: la producción social de riesgos.
 - 2.1.- La Sociedad del Riesgo, vista como una cultura del riesgo.
 - 2.2.- Características de la Sociedad del Riesgo.
 - 2.3.- Actividades riesgosas.
 - 2.4.- La reacción del Sistema Jurídico frente a los desafíos que le presenta la Sociedad del Riesgo: Nuevos modelos de imputación de responsabilidad y la prevención.
- 3.- La diferencia entre productos peligrosos, seguros, riesgosos y defectuosos, una precisión esencial.
 - 3.1.- Productos Peligrosos.
 - 3.2.- Productos Seguros.
 - 3.3.- Productos Riesgosos.
 - 3.4.- Productos Defectuosos.
 - 3.5.- Distinción entre Productos Peligrosos, Productos Seguros, Productos Riesgosos y Productos Defectuosos.

CAPITULO IV

EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR.

- 1.- La responsabilidad de la empresa frente al fenómeno del consumo y la fabricación de productos defectuosos.
- 2.- El surgimiento del tópico de la responsabilidad por productos defectuosos.
- 3.- Sistemas de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.
 - 3.1.- Ideas preliminares.
 - 3.2.- Sistema de responsabilidad subjetivo o con culpa.
 - 3.2.1.- Planteamiento del tema.
 - 3.2.2.- Argumentos centrales de esta tesis.
 - 3.2.3.- Aplicación de la tesis de la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.
 - 3.3.- Sistema de responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa.
 - 3.3.1.- Origen y concepto.
 - 3.3.2.- El fundamento de la responsabilidad objetiva: los Factores Objetivos de atribución de responsabilidad.
 - 3.3.2.1.- Clasificación de los factores objetivos de atribución de responsabilidad.
 - 3.3.2.1.1.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad en el ámbito contractual: (i)

Obligaciones de resultado y (ii) Obligación general de seguridad.

3.3.2.1.2.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad en el ámbito extracontractual: (i) Los Tradicionales; y (ii) Los que aplican en el ámbito de los productos defectuosos.

3.3.2.1.2.1.- Los Tradicionales.

3.3.2.1.2.1.1.- El Riesgo Creado.

3.3.2.1.2.1.2.- La Equidad.

3.3.2.1.2.1.3.- La Garantía y Tutela del Crédito.

3.3.2.1.2.1.4.- La Solidaridad Social.

3.3.2.1.2.1.5.- La Igualdad ante las Cargas Públicas.

3.3.2.1.2.2.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad que aplican en el ámbito de los productos defectuosos.

3.3.2.1.2.2.1.- El riesgo de defectuosidad en la producción de un bien.

3.3.2.1.2.2.2.- La generación de confianza.

3.3.2.1.2.2.3.- Imposibilidad de los consumidores y usuarios para protegerse adecuadamente.

3.3.2.1.2.2.4.- Los productores pueden identificar y controlar mejor los riesgos.

3.3.2.1.2.2.5.- El régimen de la responsabilidad objetiva sería un incentivo para la producción de bienes seguros.

3.3.2.1.2.2.6.- Los productores deben absorber el costo de los accidentes que causan sus productos.

3.3.2.1.2.2.7.- Los productores pueden distribuir mejor el costo de los accidentes.

3.3.2.1.2.2.8.- El sistema de responsabilidad objetiva produce economías en la administración de justicia.

3.3.2.1.2.2.9.- Responsabilidad de todo un ramo de la industria.

3.3.2.1.2.2.9.1.- Teoría de la Responsabilidad Colectiva.

- 3.3.2.1.2.2.9.2.- Teoría de la Responsabilidad por Acción Concertada.
- 3.3.2.1.2.2.9.3.- Teoría de la Responsabilidad de toda una Industria.
- 3.3.2.1.2.2.9.4.- Teoría de la Participación en el Mercado o *Market Share Liability*.
- 3.3.2.1.2.2.10.- Tesis del Análisis Económico del Derecho.
 - 3.3.2.1.2.2.10.1.- Explicación.
 - 3.3.2.1.2.2.10.2.- Costos Primarios, Secundarios y Terciarios.
 - 3.3.2.1.2.2.10.2.1.- Costos Primarios.
 - 3.3.2.1.2.2.10.2.2.- Costos Secundarios.
 - 3.3.2.1.2.2.10.2.3.- Costos Terciarios.
 - 3.3.2.1.2.2.10.3.- Consecuencias de esta tesis.
- 3.3.3.- La responsabilidad objetiva y su aplicación en el ámbito de los productos defectuosos bajo la égida de la responsabilidad por el riesgo creado.
- 3.3.4.- Mitigaciones al sistema de responsabilidad objetiva.
- 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos.
 - 3.3.5.1.- Concepto y características de la tesis del Riesgo de Empresa.
 - 3.3.5.2.- Sub clasificaciones de la tesis del Riesgo de Empresa.
 - 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado.
 - 3.3.5.2.2.- Tesis del Riesgo Provecho o del Riesgo Beneficio.
 - 3.3.5.2.3.- Tesis del Acto Normal o del Riesgo Típico.
 - 3.3.5.2.4.- Tesis del Riesgo Asegurable.
 - 3.3.5.3.- Estado actual de la tesis del Riesgo de Empresa.

CAPITULO V

LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374.

- 1.- El surgimiento de corrientes objetivas de responsabilidad en los accidentes de consumo en Los Estados Unidos de Norteamérica.
- 2.- La *Strict Liability in Torts (Strict Liability)*.
- 3.- Visión panorámica de la doctrina de los *Torts* y su influencia en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos.
- 4.- La aparición de la doctrina de la *Strict Liability in Torts (Strict Liability)* del productor.
 - 4.1.- Justificaciones de la aparición de la *Strict Liability*.
 - 4.2.- Clasificaciones de la *Strict Liability*.
 - 4.2.1.- *Product Liability*
 - 4.2.2.- *Ultrahazardous Liability*.
 - 4.3.- Síntesis del camino recorrido para instaurar un sistema de *Strict Liability* en materia de productos defectuosos (*Product Liability*).
 - 4.3.1.- Sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, basado en la eficacia relativa de los contratos.
 - 4.3.2.- Sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos basado en la *negligence* o culpa del productor.
 - 4.3.3.- *Strict Liability* o sistema de responsabilidad objetiva.
 - 4.3.3.1.- Precedentes más renombrados por la doctrina.
 - 4.3.3.1.1.- *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*
 - 4.3.3.1.2.- *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*
 - 4.3.3.1.3.- *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*
 - 4.3.3.1.4.- *Mazetti vs. Armour & Co.*
 - 4.4.- Codificación del régimen de responsabilidad objetiva del productor y del vendedor, a través de los *Restatements of Law*.
 - 4.4.1.- ¿Qué es un *Restatement of Law*?
 - 4.4.2.- La implementación del artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, de 1965.
 - 4.4.3.- Crisis del sistema de *Strict Liability* creado por el *Restatement of Torts Second*.
 - 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*.
- 5.- Síntesis de las vías de acción judicial disponibles para un consumidor norteamericano, víctima de un daño causado por un producto defectuoso.
 - 5.1.- *Negligence* o Negligencia.
 - 5.2.- *Warranties* o Garantías.
 - 5.3.- *Product Liability*.
 - 5.3.1.- Ámbito de aplicación.
 - 5.3.2.- Exigencias para la aplicación de la *Product Liability*.
 - 5.3.2.1.- El producto debe ser defectuoso e irracionalmente peligroso.
 - 5.3.2.2.- El defecto del producto no cambia al ingresar al mercado.
 - 5.3.2.3.- El demandado es un productor o vendedor habitual.

- 5.3.3.- Sujetos responsables según la *Product Liability*.
- 5.3.4.- Imposibilidad de limitar la *Product Liability* o exonerarse de ella.
- 5.3.5.- Casos en que no resulta aplicable la *Product Liability*.
- 5.3.6.- Síntesis de los medios de defensa frente a una acción de *Product Liability*.
 - 5.3.6.1.- Asunción del riesgo por parte del demandante.
 - 5.3.6.2.- *Contributory Negligence* del demandante.
 - 5.3.6.3.- *Misuse* del producto por parte del demandante.
 - 5.3.6.4.- *State of the Art* o Estado del Arte.
 - 5.3.6.5.- Cumplimiento de la legislación y regulaciones administrativas aplicables.
 - 5.3.6.6.- Cláusulas de Exclusión de Responsabilidad.

6.- Extensión de los perjuicios que concede la jurisprudencia norteamericana en el caso de daños causados por productos defectuosos.

- 6.1.- Daños patrimoniales y extrapatrimoniales.
- 6.2.- Daños punitivos o *punitive and exemplary damages*.
 - 6.2.1.- Concepto.
 - 6.2.2.- Algunos casos de condenas a daños punitivos en materia de productos defectuosos.
 - 6.2.2.1.- El caso *del Ford Pinto*.
 - 6.2.2.2.- El caso *Boise Dodge Inc. vs. Clark*.
 - 6.2.3.- Situación actual de los daños punitivos.

7.- La influencia de la *Strict Liability* en la Directiva 85/374.

PARTE II

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS INSTAURADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR.

CAPITULO VI

EL DERECHO COMUNITARIO.

- 1.- Las Directivas como expresión normativa del Derecho Comunitario.
- 2.- Adopción de una Directiva Comunitaria por la legislación nacional de un Estado miembro de la UE.
- 3.- La primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos internos o domésticos en la UE. Posibilidad de aplicación directa de una Directiva, sin esperar a la norma de adecuación o trasposición.

CAPITULO VII

LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374.

- 1.- Orígenes de la Directiva 85/374.
 - 1.1.- Antecedentes económicos y jurídicos que justificaban su dictación.

1.2.- Precedentes legislativos de la Directiva 85/374.

1.2.1.- El Convenio de La Haya, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos, de 2 de octubre de 1973.

1.2.2.- El Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea.

1.2.3.- El Acta Única Europea (AUE), de 17 de febrero de 1986, que modifica el Tratado de Roma, introduciendo el artículo 100 A.

1.2.4.- El Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992.

1.2.5.- El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.

2.- Objetivos perseguidos con la dictación de la Directiva 85/374.

3.- Plazo para adaptar la Directiva 85/374 a la legislación de los Estados miembros de la UE.

4.- La Directiva 85/374 constituye un régimen imperativo.

5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374.

CAPITULO VIII

EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374: UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO. SU RATIFICACION EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR.

1.- El sistema objetivo de responsabilidad matizado que recoge la Directiva 85/374.

2.- El sistema de responsabilidad objetiva matizada acogido por la derogada LPD.

3.- El sistema de responsabilidad objetivo matizado implementado por el TR.

CAPITULO IX

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO.

1.- Planteamiento del tema: identificación de los elementos centrales del régimen de responsabilidad implementado por la Directiva 85/374.

2.- El concepto de producto en la Directiva 85/374, en la derogada LPD y en el TR.

2.1.- Primeras aproximaciones al concepto de producto.

2.2.- Definición normativa de producto en la Directiva 85/374 y en el TR.

2.2.1.- Noción de producto en la Directiva 85/374 y en el TR.

2.2.2.- Especificación de las expresiones *bienes muebles* empleadas por la Directiva 85/374 y por el TR para definir producto, incluido el caso de su incorporación a un bien inmueble.

2.2.2.1.- Definición de bien mueble.

- 2.2.2.2.- El concepto normativo de bien mueble empleado por la Directiva 85/374 y por el TR incluye el caso de incorporación de un bien mueble a un bien inmueble.
- 2.2.3.- Precisión acerca de la necesaria naturaleza industrial del producto para ser tal, según su definición normativa.
- 2.2.4.- Productos incluidos en la definición normativa de producto.
 - 2.2.4.1.- La Electricidad y el Gas.
 - 2.2.4.2.- Los bienes suministrados al perjudicado como parte de una relación o prestación de servicios.
 - 2.2.4.3.- Los productos usados.
 - 2.2.4.4.- Los productos artesanales.
 - 2.2.4.5.- Los bienes de producción.
- 2.2.5.- Productos no incluidos en la definición normativa de producto de la Directiva 85/374 y del TR.
 - 2.2.5.1.- Los Inmuebles.
 - 2.2.5.2.- Los Servicios.
 - 2.2.5.3.- Sangre y órganos humanos.
 - 2.2.5.4.- Situación especial de las materias primas agrícolas (de la tierra, de la ganadería y de la pesca) y los productos de la caza, que estuvieron inicialmente excluidas del régimen de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias.
 - 2.2.5.4.1.- Precisión terminológica de las expresiones *materia prima agrícola* y *productos de la caza* utilizados por la Directiva 85/374; y de *materia prima agraria* y *productos de la caza* utilizados por la derogada LPD, antes de su reforma y su regulación en el TR.
 - 2.2.5.4.1.1.- En el caso del artículo 2 de la Directiva 85/374.
 - 2.2.5.4.1.2.- En el caso del artículo 2 de la derogada LPD.
 - 2.2.5.4.1.3.- En el caso del TR.
 - 2.2.5.4.2.- Delimitación de la expresión *transformación inicial* empleada por la Directiva 85/374 y por la derogada LPD.
- 2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza.
- 2.3.- Exégesis del concepto normativo de producto conforme el texto actual del artículo 2 de la Directiva 85/374 y del artículo 136 del TR.
- 3.- El concepto de producto defectuoso.
 - 3.1.- El concepto de defecto.

- 3.2.- El sentido de las frases "...la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho..." empleada en la definición de producto defectuoso contenida en la Directiva 85/374 y "...la seguridad que cabría legítimamente esperar..." utilizada en la definición de defecto que consagra el TR.
- 3.3.- El alcance de la frase "...teniendo en cuenta todas las circunstancias..." que emplean las definiciones de la Directiva 85/374 y del TR.
- 3.3.1.- La presentación del producto.
 - 3.3.2.- Su uso razonablemente previsible.
 - 3.3.3.- El momento de su puesta en circulación.
- 3.4.- El sentido de la frase: "*En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie...*", empleada primero por el artículo 3.2 de la derogada LPD y más tarde por el artículo 137.2 del TR.
- 3.5.- El sentido de la frase: "*Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada...*", empleada primero por el derogado artículo 3.3 de la LPD y más tarde por el artículo 137.3 del TR.
- 3.6.- El sistema de evaluación de seguridad de los productos, al tenor de la definición de defecto de la Directiva 85/374.
- 3.7.- Diferencia entre producto defectuoso y vicio propio del producto (vicios redhibitorios del producto).
- 3.8.- La superposición entre inseguridad de un producto y defecto de un producto. Necesidad de tener presente los alcances de cada concepto y de clarificar sus posibles relaciones.
- 3.9.- Tipos de defectos que pueden presentar los productos.
- 3.9.1.- El concepto único de defecto que consagra la Directiva 85/374 y el TR, versus la tipología de defectos que construyó la jurisprudencia norteamericana.
 - 3.9.2.- Tipología de defectos de los productos.
 - 3.9.2.1.- Defecto de fabricación (o defectos de fabricación en sentido estricto).
 - 3.9.2.1.1.- Definición.
 - 3.9.2.1.2.- Comprobación del defecto de fabricación.
 - 3.9.2.1.3.- La vinculación entre el defecto de fabricación y la tesis de la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos.
 - 3.9.2.1.4.- Las etapas de fabricación de un producto y la posible aparición de defectos en cada una de ellas.
 - 3.9.2.2.- Defecto de concepción o de diseño.
 - 3.9.2.2.1.- Definición.
 - 3.9.2.2.2.- Etapas por las cuales atraviesa el diseño o proyecto de un producto.
 - 3.9.2.2.3.- Valoración de un defecto de diseño.

3.9.2.2.4.- Responsabilidad profesional del diseñador o proyectista.

3.9.2.3.- Defecto de información, de instrucciones sobre uso o consumo, o de advertencias sobre los riesgos del producto.

3.9.2.3.1.- Definición.

3.9.2.3.2.- Criterios para valorar la idoneidad de las instrucciones, advertencias e informaciones.

3.9.2.3.3.- Vinculación entre información, advertencias e instrucciones y el deber de comercializar únicamente productos suficientemente seguros que sanciona el RD 1801/2003 y obligaciones semejantes, según la industria de que se trate.

3.9.2.3.4.- ¿Sobre qué riesgos se debe informar, instruir o advertir?

3.9.2.3.5.- Las informaciones, instrucciones y advertencias no solucionan ni salvan defectos de fabricación o de diseño.

3.9.2.3.6.- ¿A quiénes se debe informar, instruir o advertir? Especial mención a la *learned intermediary rule* o regla del intermedio instruido.

3.9.2.3.7.- Deberes de información y advertencias posteriores a la comercialización del producto.

3.9.2.4.- Defectos causados por la manipulación del producto.

3.9.2.5.- Defectos derivados de una defectuosa conservación del producto.

3.9.3.- Metodología de evaluación de los tipos de defecto de un producto.

3.9.3.1.- Sistema acogido por la Directiva 85/374 y por el TR.

3.9.3.2.- Sistema acogido por la jurisprudencia norteamericana, particularmente en el caso de defectos de diseño.

3.9.4.- Eventual relación entre los defectos de diseño y los defectos de información.

3.10.- ¿Qué comprende la prueba de los defectos de un producto?

4.- El Productor.

4.1.- La opción de la Directiva 85/374 y del TR por un concepto amplio de productor.

4.2.- Definición de Fabricante y de Productor.

4.2.1.- El fabricante.

4.2.1.1.- Definición.

4.2.1.2.- La importancia de rescatar esta definición.

4.2.2.- El productor.

4.2.2.1.- Definición.

- 4.3.- Sujetos asimilados al productor en la Directiva 85/374 y en el TR.
 - 4.3.1.- El productor aparente.
 - 4.3.1.1.- Definición.
 - 4.3.1.2.- Las razones que justifican aparejar al productor aparente al productor.
 - 4.3.1.3.- Responsabilidad del productor aparente.
 - 4.3.1.4.- Casos en que no se configura un productor aparente, de conformidad a lo previsto en la Directiva 85/374 y en el TR sobre este sujeto asimilado al productor.
 - 4.3.1.5.- El alcance interpretativo de la definición normativa de productor aparente.
 - 4.3.1.6.- El caso del franquiciado como productor aparente.
 - 4.3.2.- El productor de parte componente (productor parcial) y el productor de materia prima.
 - 4.3.2.1.- Definición.
 - 4.3.2.2.- Alcance de su responsabilidad.
 - 4.3.3.- El importador Comunitario.
 - 4.3.3.1.- Definición.
 - 4.3.3.2.- Alcance de la responsabilidad del importador Comunitario de una parte integrante o de una materia prima.
 - 4.3.3.3.- Requisitos para que proceda esta asimilación entre el importador Comunitario y el productor.
 - 4.3.3.4.- Razones que justifican la asimilación del importador Comunitario al productor.
 - 4.3.4.- El proveedor (suministrador final en la nomenclatura empleada por la derogada LPD).
- 4.4.- Análisis de la situación de otros agentes económicos que intervienen en la cadena de producción o comercialización del producto, que pudieren ser asimilados al productor.
 - 4.4.1.- El envasador o embalador del producto.
 - 4.4.2.- El instalador.
 - 4.4.3.- El *assembler* o ensamblador.
 - 4.4.4.- La situación de una empresa de servicios que interviene en el proceso fabril de un producto.
 - 4.4.5.- El productor bajo patente industrial o licencia y el licenciante.
 - 4.4.6.- El productor que cede o aporta a una asociación empresarial una patente industrial.
 - 4.4.7.- Los casos de integraciones verticales y horizontales de empresas.
 - 4.4.8.- El distribuidor.
 - 4.4.9.- El artesano.
 - 4.4.10.- El productor comitente y el productor cometido.

4.4.11.- El consumidor que manda elaborar bienes conforme determinadas especificaciones.

4.5.- La responsabilidad del productor (final) frente a un defecto de una parte integrante o de una materia prima que se incorpora o integra al producto terminado.

4.6.- Responsabilidad solidaria de los sujetos responsables por productos defectuosos.

5.- El Perjudicado.

5.1.- Algunas reflexiones sobre el sujeto protegido por la Directiva 85/374 y por el TR.

5.2.- Definición de perjudicado.

5.3.- El concepto de perjudicado y su relación con la noción de consumidor.

5.4.- ¿Pueden ser perjudicado para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR las personas jurídicas?

5.5.- Situaciones borde, donde no queda claro si el dañado por un producto defectuoso es un consumidor -en sentido lato-, o un productor.

5.6.- ¿Quién no califica como perjudicado en la Directiva 85/374 y en el TR?

5.7.- ¿Qué daños debe haber sufrido una persona para ser considerado perjudicado?

6.- La puesta en circulación de un producto y su importancia en la Directiva 85/374 y en el TR.

6.1.- La puesta en circulación como condición de aplicabilidad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374.

6.2.- Definición de puesta en circulación.

6.3.- La importancia de la puesta en circulación como elemento constitutivo de la definición normativa de producto defectuoso de la Directiva 85/374 y del TR.

6.4.- ¿Cuándo se pone en circulación un producto?

6.5.- Responsabilidad del productor cuando el producto ha circulado, pero no por su voluntad.

6.6.- Análisis de la situación de un producto defectuoso que causa un daño antes de haber sido puesto en circulación por el productor.

6.7.- ¿Existe una sola puesta en circulación o son posibles varias puestas en circulación? Y de ser posible esto último, ¿Cuál de ellas es relevante para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR?

6.8.- Efectos de la puesta en circulación de un producto.

6.9.- Profesionalidad de quien realiza la puesta en circulación de un producto y carácter económico de ella, como requisitos para la aplicación de la Directiva 85/374 y del TR.

6.10.- La puesta en circulación voluntaria de un producto defectuoso.

6.11.- La puesta en circulación de un producto mejorado.

CAPITULO X

EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION.

1.- El deber de indemnizar los daños causados por productos defectuosos, como elemento esencial del sistema de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/373 y el TR.

1.1.- Necesaria delimitación conceptual del término daño.

1.2.- La indemnización de perjuicios del perjudicado como una de las finalidades perseguida por la Directiva 85/374 y por el TR.

1.3.- La definición normativa de daño contemplada en el artículo 9 de la Directiva 85/374.

2.- Legitimación activa, carga de la prueba y requisitos para obtener una indemnización de perjuicios a la luz de la Directiva 85/374 y del TR.

2.1.- Legitimación activa.

2.2.- La carga de la prueba u *onus probandi* que corresponde al perjudicado: el daño, el defecto y la relación de causalidad.

2.2.1.- La prueba del daño.

2.2.2.- La prueba del defecto.

2.2.3.- La prueba de la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

2.2.4.- ¿Es necesario probar la relación de causalidad entre el defecto del producto y la actividad del productor?

2.3.- ¿Debe probarse que el producto defectuoso que ha causado el daño ha sido fabricado por el productor que se intenta demandar?

2.4.- Crítica al *onus probandi* que pesa sobre el perjudicado de acuerdo a los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR.

3.- Daños indemnizables por la Directiva 85/374 y por el TR: (i) daños personales; y, (ii) daños materiales causados a bienes diversos al producto defectuoso.

3.1.- Daños personales.

3.1.1.- La muerte del perjudicado.

3.1.2.- Lesiones sufridas por el perjudicado.

3.1.3.- Límites resarcitorios para los daños personales contemplados en la Directiva 85/374 y en el TR.

3.2.- Daños materiales.

3.2.1.- Concepto de daños materiales.

3.2.2.- Requisitos que exigen los artículos 9.b) de la Directiva 85/374 y 129.1 del TR, para que se configure un daño material.

3.2.2.1.- No se trata del propio producto defectuoso.

3.2.2.2.- La cosa dañada tiene como objetivo último, el uso o consumo privado.

3.2.2.3.- La utilización principal de la cosa dañada es su uso o consumo privado.

3.2.2.4.- Por aplicación de la franquicia prevista en la Directiva 85/374, quedan excluidos los daños materiales inferiores a 500 ECUS, cifra que el TR lleva a 390,66 euros.

3.3.- Daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR: (i) Los daños morales; (ii) Daños ocasionados al propio producto defectuoso; (iii) Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas; (iv) Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR; (v) Daños causados en bienes empresariales o profesionales; (vi) El lucro cesante derivado de los daños materiales; (vii) Daños Nucleares; y (viii) Daños causados por un producto peligroso no defectuoso.

3.3.1.- Los daños morales.

3.3.2.- Daños ocasionados al propio producto defectuoso.

3.3.3.- Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas.

3.3.4.- Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR.

3.3.5.- Daños causados en bienes empresariales o profesionales.

3.3.6.- El lucro cesante derivado de los daños materiales.

3.3.7.- Daños Nucleares.

3.3.8.- Daños causados por un producto peligroso no defectuoso.

4.- Recurso a otros cuerpos legales para obtener la reparación de los daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR.

PARTE III

LA FIGURA DEL PROVEEDOR EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. ANALISIS CRITICO DE SU INCORPORACION COMO SUJETO RESPONSABLE, EQUIPARADO AL PRODUCTOR, BAJO CIERTAS CIRCUNTANCIAS QUE REGULAN ESTOS CUERPOS NORMATIVOS.

CAPITULO XI

CONCEPTO LEGAL DE PROVEEDOR. PRECISIONES TERMINOLOGICAS DE LAS VOCES PROVEEDOR, SUMINISTRADOR Y VENDEDOR.

1.- Introito.

2.- Modificación terminológica introducida por el TR: se reemplaza la expresión suministrador empleada por la derogada LPD, por la de proveedor.

3.- Diferencias entre el artículo 4.3 de la derogada LPD y el artículo 138.2 del TR.

4.- Definición legal de proveedor contemplada en el artículo 7 del TR.

4.1.- Elementos esenciales de la definición normativa de proveedor, que consagra el artículo 7 del TR.

4.2.- La noción de empresario como parte integrante de la definición legal de proveedor que recoge el artículo 7 del TR.

5.- ¿Las voces proveedor, distribuidor y suministrador, son equivalentes?

6.- ¿Es equiparable la expresión proveedor del TR con la de vendedor?

CAPITULO XII

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR.

1.- Naturaleza y características de la responsabilidad que se le endilga al proveedor por el daño causado por productos defectuosos en la Directiva 85/374 y en el TR.

2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor.

2.1.- ¿Cuáles son los requisitos que exigen los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, a fin de configurar la responsabilidad del proveedor?

2.2.- ¿Cuál es el productor que debe ser identificado por el proveedor?

2.3.- ¿Cuál es la información que el perjudicado debe solicitar al proveedor?

2.4.- ¿Qué información debe proporcionar el proveedor al perjudicado?

2.5.- ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de los 3 meses con que cuenta el proveedor para indicar al perjudicado la identidad del productor o del importador Comunitario?

2.6.- ¿Qué ocurre si el perjudicado no conoce al proveedor del producto defectuoso que le causó el daño?

2.7.- ¿Puede el perjudicado demandar directamente al proveedor, sin solicitarle primero que identifique al proveedor del producto defectuoso o sin esperar a que transcurra el mencionado plazo de 3 meses con que cuenta para ello?

2.8.- ¿Es necesario para configurar esta responsabilidad del proveedor, que su omisión o reticencia en identificar al productor del producto defectuoso o al importador Comunitario o incluso a su suministrador, le sea reprochable (por dolo o culpa)?

2.9.- ¿Qué ocurre si el proveedor además reúne el carácter de otro sujeto responsable según esta legislación especial?

2.10.- ¿Cuál es el real alcance del artículo 138.2 del TR, disposición que establece la responsabilidad del proveedor?

2.11.- En caso que el proveedor requerido por el perjudicado identifique a su proveedor y no al productor, ¿puede este proveedor, a su turno, invocar el derecho a identificar a su propio proveedor, liberándose de responsabilidad?

2.12.- Identificado el productor o el importador Comunitario, ¿queda el proveedor liberado de inmediato y de pleno derecho de su responsabilidad, según esta legislación especial?

2.13.- Análisis de diferentes situaciones que pueden presentarse a propósito de la identificación del productor del producto defectuoso, por parte del proveedor.

2.13.1.- El caso en que el proveedor no identifica al productor, pero sí a quien le suministró el producto defectuoso.

2.13.2.- El caso en que el proveedor desconoce la identidad del productor del producto defectuoso, pero conoce la identidad del productor aparente, o del productor de una materia prima o de un producto de la caza o de una parte componente del producto defectuoso de que se trate.

2.13.3.- El caso en que el perjudicado conoce la identidad del productor, pero ignora cuál ha sido el producto que le causó el daño.

2.13.4.- El caso en que el proveedor puede ser considerado productor aparente según la Directiva 85/374 y el TR, pero en el plazo de 3 meses identifica al productor real.

2.13.5.- El caso en que el proveedor puede identificar al productor de un producto importado a la UE, pero no a su importador Comunitario. O bien, no puede identificar al importador Comunitario, pero sí a su proveedor.

2.14.- Imposibilidad del perjudicado de demandar al proveedor, por insolvencia del productor conocido o identificado del producto defectuoso causante del daño; o por el hecho de que el productor identificado haya salido del mercado al tiempo de producirse el daño al perjudicado.

2.15.- La naturaleza de la responsabilidad del proveedor regulada por los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.

2.15.1.- ¿Es una responsabilidad objetiva atenuada o en realidad es una responsabilidad legal?

2.15.2.- Es una responsabilidad excepcional.

2.15.3.- Es una responsabilidad subsidiaria.

2.16.- Eventos de responsabilidad solidaria del proveedor.

2.17.- Imposibilidad de los Estados miembros de la UE de alterar la regulación sobre la responsabilidad del proveedor que instauró la Directiva 85/374 en su artículo 3.3.

2.18.- ¿Cuáles son las razones que justifican la incorporación del proveedor como sujeto responsable del daño que causa un producto defectuoso, en la hipótesis prevista en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR?

3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR.

3.1.- El origen de esta disposición.

- 3.2.- Esta disposición es excepcional, pues regula un caso en que el proveedor responde directamente y no como responsable subsidiario.
- 3.3.- Críticas que ha merecido esta disposición.
- 3.4.- Análisis de la legalidad de esta disposición, al haber sido incorporada por el legislador español en la derogada LPD al trasponer la Directiva 85/374, sin estar recogida ésta hipótesis en la norma Comunitaria.
- 3.5.- ¿Quién debe probar que el proveedor suministró el producto a sabiendas de su carácter defectuoso?
- 3.6.- ¿Cuáles son las responsabilidades del proveedor que incurre en el supuesto de responsabilidad que regula el artículo 146 del TR?
- 3.7.- Comentarios sobre la acción de repetición contra el productor que confiere el artículo 146 del TR al proveedor que suministra un producto defectuoso, a sabiendas de ello.
- 3.8.- ¿Puede el perjudicado, frente a un evento regulado en el artículo 146 del TR, demandar a otros responsables del daño que ha sufrido, distintos del proveedor doloso?
- 3.9.- La concurrencia de culpa del perjudicado, junto con el suministro a sabiendas de un producto defectuoso por parte del proveedor.
- 3.10.- ¿Presenta esta disposición alguna ventaja o beneficio dentro del sistema de responsabilidad especial que materializa el TR?
- 4.- Tercer supuesto de responsabilidad del proveedor: que él mismo cause el defecto del producto que suministra.

CAPITULO XIII

¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL?

- 1.- ¿Puede el proveedor invocar en su beneficio, en caso de ser llevado a juicio por el perjudicado, las causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad que ésta legislación especial contempla en favor del productor y de los sujetos asimilados a él?
- 1.1.- La existencia de estas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad, es reflejo de que esta legislación especial consagra un sistema objetivo matizado de responsabilidad.
- 1.2.- En principio, se trata de causales taxativas de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad.
- 1.3.- Necesidad de distinguir, casuísticamente, diversas situaciones que pueden verificarse, a fin de dilucidar si realmente aprovechan al proveedor, siempre y en todo caso, estas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad.
- 1.4.- ¿Quién debe probar la concurrencia de estas causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad?

- 1.5.- Precisión terminológica entre causales de exclusión de responsabilidad y causales de exoneración de responsabilidad.
- 2.- Estudio de las causales de exclusión y de atenuación de responsabilidad, que puede invocar el productor según esta legislación especial y definición de si son ellas aprovechables por el proveedor.
- 2.1.- Primera causal: que no había puesto en circulación el producto defectuoso.
- 2.2.- Segunda causal: que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que se puso en circulación el producto o que este defecto apareciera más tarde.
- 2.3.- Tercera causal: que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica; ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- 2.4.- Cuarta causal: que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes, dictadas por los poderes públicos.
- 2.5.- Quinta causal: que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir o apreciar la existencia del defecto (los riesgos del desarrollo o *development risks*).
- 2.5.1.- Concepto de riesgos del desarrollo.
- 2.5.2.- Argumentos en favor de la inclusión o exclusión de los riesgos del desarrollo como causal de exclusión de responsabilidad para el productor en esta legislación especial.
- 2.5.3.- ¿Es consistente con un régimen de responsabilidad objetivo o cuasi objetivo, la consagración de una causal de liberación de responsabilidad como la de los riesgos del desarrollo?
- 2.5.4.- ¿Cuál puesta en circulación es la relevante, para los fines de alegar esta causal de exclusión de responsabilidad: la del productor o la de otros sujetos responsables equiparados a él? Y ¿puede considerarse la puesta en circulación que hace el proveedor para estos efectos?
- 2.5.5.- Los riesgos del desarrollo en función de los límites temporales que considera esta legislación especial, para aceptar una reclamación por daños causados por un producto defectuoso. La importancia de la puesta en circulación de un producto, como hito que marca el inicio del cómputo de los plazos de caducidad y de prescripción.
- 2.5.6.- Crítica a la recepción de la causal de riesgos del desarrollo en la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2.5.7.- Situación especial de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, a cuyo respecto, conforme al artículo 140.3 del TR, no puede invocarse la causal de exclusión de responsabilidad consistente en los riesgos del desarrollo.

2.5.7.1.- Razones que explican esta salvedad.

2.5.7.2.- ¿Qué se entiende por medicamentos para estos efectos?

2.5.7.2.1.- Definición de medicamento.

2.5.7.2.2.- La diferencia entre medicamento de uso humano y producto sanitario.

2.5.7.2.3.- La regulación norteamericana de la causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, a propósito de los medicamentos.

2.5.7.2.4.- El deber de seguimiento del producto, en relación a los medicamentos.

2.5.8.- ¿Qué se entiende por alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, para estos efectos?

2.5.9.- La pertinencia del productor en poner en circulación un producto cuyos defectos ya son posibles de conocer, gracias a los avances de la ciencia y tecnología.

2.5.10.- Los riesgos del desarrollo y la puesta en circulación de un producto más perfeccionado.

2.5.11.- Los riesgos del desarrollo y las lagunas del desarrollo.

2.5.12.- ¿Existe un deber de retiro del mercado (o *recall*) o de recuperación de los productos que fueron puestos en circulación, sin advertir su defecto?

2.5.13.- ¿Aprovecha esta causal de exclusión de responsabilidad al proveedor?

2.6.- Sexta causal: el productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable, si prueba que el defecto es imputable a la concepción o al diseño del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el productor final de ese producto.

2.7.- Límites temporales que puede invocar el proveedor para eximirse de responsabilidad: (i) la prescripción; (ii) la caducidad; y (iii) la puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la LPD).

2.7.1.- La prescripción.

2.7.2.- La caducidad.

2.7.3.- La puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994.

2.8.- La culpa del perjudicado o la de un tercero en la causación del daño, como causales que pueden ser de exoneración o de limitación de responsabilidad, según las circunstancias.

2.8.1.- La culpa del perjudicado.

2.8.1.1.- Regulación de la culpa del perjudicado como causal de exoneración o de atenuación de responsabilidad.

2.8.1.2.- La asunción de los riesgos por parte del perjudicado.

2.8.2.- La culpa de un tercero en la producción del daño, como concausa del defecto, no reduce o limita la responsabilidad del productor.

2.8.2.1.- La culpa del tercero como concausa del defecto en la producción del daño.

2.8.2.2.- La culpa del tercero como única causa del daño.

3.- Otras defensas posibles para el proveedor, basadas en disposiciones de la Directiva 85/374 y del TR.

3.1.- Defensa del proveedor basada en los límites resarcitorios que contempla la Directiva 85/374 y el TR, por daños de muerte y lesiones corporales causados por productos defectuosos idénticos que presentan el mismo defecto.

3.2.- Defensa del proveedor basada en una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, celebrada con otro de los sujetos responsables según esta legislación especial.

3.2.1.- Ineficacia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad o de limitación de responsabilidad frente al perjudicado.

3.2.2.- Eficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad celebrada entre el proveedor con otro de los sujetos responsables según esta legislación especial.

3.2.3.- Alcance de las expresiones "*cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad*" a que aluden los artículos 12 de la Directiva 85/374 y 130 del TR.

4.- Defensas del proveedor que no están consignadas a texto expreso en la Directiva 85/374 ni en el TR, pero que son posibles de deducir de dichos cuerpos normativos o del Sistema Jurídico.

4.1.- La fuerza mayor o el caso fortuito como causales de exención de responsabilidad no consagradas en la Directiva 85/374 ni en el TR.

4.2.- Defensa del productor aparente, consistente en que él no ha puesto su signo, marca, logo o sello en el producto, en su envoltorio o envase.

4.3.- Defensa del proveedor consistente en impugnar el carácter defectuoso del producto que ha causado el daño.

CAPITULO XIV

OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA

ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TITULO II, DISPOSICIONES ESPECIFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPITULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR.

- 1.- Planteamiento del tema: otras fuentes de responsabilidad del proveedor por daños causados por el defecto de un producto, cuya génesis puede ser imputada a él.
- 2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información.
 - 2.1.- Defectos de manipulación.
 - 2.2.- Defectos de conservación.
 - 2.3.- Defectos de información.
- 3.- Análisis de distintos supuestos de responsabilidad del proveedor, por defectos de manipulación, de conservación y de información.
 - 3.1.- Casos de defectos de manipulación.
 - 3.1.1.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una manipulación o intervención que él hace al producto, tornándolo defectuoso.
 - 3.2.- Casos de defectos de conservación.
 - 3.2.1.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una defectuosa conservación del producto.
 - 3.2.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una incorrecta mantención o limpieza del producto.
 - 3.3.- Casos de defectos de información.
 - 3.3.1.- Responsabilidad del proveedor por daños causados al comercializar productos peligrosos o que requieran de una exacerbada información, instrucciones o advertencias sobre su conservación, su manipulación o sobre su uso o consumo, que le era exigible brindar a él a sus clientes.
 - 3.3.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una publicidad abusiva, imprudente o inexacta que, al causar confusión sobre las cualidades del producto o su forma de uso o consumo, lo hacen defectuoso.
 - 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores.
- 4.- Otros casos de responsabilidad del proveedor, relacionados, directa o indirectamente, con defectos de los productos.

- 4.1.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por la distribución de un producto defectuoso en circunstancias tales, que le fuera exigible haber conocido el defecto del producto.
 - 4.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de haber suministrado productos falsificados, de contrabando o adquiridos de agentes económicos informales.
 - 4.3.- Responsabilidad del proveedor que asume o se encuadra con su conducta en la figura de un productor privado, cuyos productos causan un daño.
 - 4.4.- Responsabilidad del proveedor por daños causados en el propio producto defectuoso.
 - 4.5.- Responsabilidad del proveedor por otros daños no amparados por esta legislación especial.
- 5.- Responsabilidad del proveedor de un producto defectuoso por: (i) garantías comerciales contratadas con el comprador; (ii) falta de conformidad del producto entregado.
- 6.- Legislación y reglamentación aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor, estudiados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores.
- 6.1.- Enunciación de la legislación y reglamentación aplicable en los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores.
 - 6.2.- Análisis específico de las normas legales y reglamentarias aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.-y 5.- anteriores.
 - 6.2.1.- Normas sobre responsabilidad contractual del CC.
 - 6.2.2.- Normas sobre responsabilidad extracontractual del CC.
 - 6.2.3.- Normas sobre garantías pactadas por el proveedor y sobre falta de conformidad del producto con lo pactado en el contrato.
 - 6.2.4.- Las normas sobre publicidad de los productos alojadas en el TR.
 - 6.2.5.- Las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radicadas en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR.

CAPITULO XV

EL DERECHO DE REPETICION QUE PUEDE EJERCER EL PROVEEDOR, EN CASO DE QUE SE HAYA HECHO EFECTIVA SU RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO QUE EL HA SUMINISTRADO.

- 1.- El derecho de regreso o reembolso entre los responsables solidarios que contempla esta legislación especial.
- 2.- Análisis de los casos en que le corresponde al proveedor esta acción de repetición.

2.1.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable por no haber identificado al productor dentro del plazo que contempla esta legislación especial, en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.

2.2.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable, por haber suministrado un producto a sabiendas de su carácter defectuoso, en conformidad al artículo 146.2 del TR.

2.3.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable, junto con otros terceros distintos a los sujetos responsables según esta legislación especial, por daños causados por un producto defectuoso.

CONCLUSIONES

I.- COROLARIO.

II.- CONCLUSIONES.

1.- El productor, como figura central de este régimen especial de responsabilidad, incardina su responsabilidad bajo la tesis del riesgo creado.

2.- ¿Es verdad que se trata de un sistema de responsabilidad objetivo, o en realidad es objetivo atenuado o cuasi objetivo?

3.- Compensaciones o equilibrios al régimen de responsabilidad cuasi objetivo que implementa la Directiva 85/374 y el TR.

4.- Exclusión de los daños morales de la cobertura brindada por este régimen especial de responsabilidad.

5.- Este régimen especial de responsabilidad, convive con otras normas jurídicas del Sistema Jurídico español.

6.- El elemento *empresarial* que integra la definición legal de proveedor.

7.- Requisitos que debe cumplir el perjudicado para hacer responsable al proveedor, según los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.

8.- La real naturaleza de la responsabilidad del proveedor.

9.- La cuestionable credibilidad de los operadores jurídicos en este régimen especial de responsabilidad.

10.- Las peculiaridades que presenta la figura del proveedor como sujeto responsable por daños causados por productos defectuosos. Comentarios finales.

11.- *De lege ferenda*: liberación de responsabilidad del proveedor que identifica al productor o importador Comunitario del producto defectuoso, vencido el plazo de 3 meses con que cuenta para ello, sin que todavía haya sido demandado por el perjudicado.

12.- *De lege ferenda*: posibilidad de que el perjudicado pueda demandar directamente al proveedor, sin tener que esperar a que transcurra el plazo de 3 meses con que cuenta este último para identificar al productor o al importador Comunitario del producto defectuoso.

III.- VERIFICACIÓN DE LA HIPOTESIS DE TRABAJO.

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

SUMARIO: 1.- TEMA DE LA TESIS. 2.- RELEVANCIA DEL TEMA. 3.- METODOLOGIA Y FUENTES EMPLEADAS. 4.- USO Y COMPARACION DE LAS FUENTES LEGALES PERTINENTES EN EL DESARROLLO DE ESTA TESIS. 5.- ESTRUCTURA DE LA TESIS. 6.- OBJETIVOS PERSEGUIDOS. 7.- HIPOTESIS DE TRABAJO.

1.- Tema de la tesis.

El fenómeno del consumo, propio de las sociedades modernas, ha impactado la evolución del Derecho de daños, pues las facultades económicas y el avance de la ciencia y de la tecnología, han puesto a disposición de las personas una serie de bienes, artículos, aparatos y productos que, si bien les reportan comodidad y satisfacción, también les generan riesgos y, eventualmente, daños.

Es así como el tópico del riesgo de los productos que nos ofrece la modernidad, su seguridad y, finalmente, sus defectos, se levanta como una necesaria reacción de las autoridades estatales frente a estas nuevas situaciones y del imperioso acoplamiento a ellas, de una de las herramientas de control social por excelencia de que dispone la sociedad, como es el Derecho. En efecto, los productos defectuosos son nuevas fuentes de daños, muchas veces de vasto alcance en la población, que exigen adoptar una serie de decisiones políticas de tinte económico y social, que deben ir de la mano con nuevas regulaciones jurídicas, pues los tradicionales cuerpos civiles e incluso las leyes de protección al consumidor, resultaron insuficientes para brindar adecuada tutela jurídica a quienes padecen daños derivados del uso o consumo e, incluso de su mera cercanía, con un producto defectuoso.

Hoy, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos se ha erigido en uno de los temas más relevantes de la responsabilidad civil, especialmente en los países anglosajones, de donde ha pasado a Europa, siendo un aspecto fundamental de la protección del consumidor que alienta las políticas de la Unión Europea (UE), que, al decir de RODRIGUEZ CARRION, desde su forjamiento ha asumido *"...con tesón la defensa de los consumidores, elaborando las correspondientes directivas encaminadas a su protección en los supuestos de daños causados por productos defectuosos."*¹

La reacción europea frente a los daños ocasionados por productos defectuosos, se incardinó en la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Directiva 85/374), transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LPD), reemplazada más tarde por el Real Decreto Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2007 y que derogó la LPD, regulando íntegramente esta materia.

¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, Notas del autor.

Es de destacar que ante la dispersión y heterogeneidad de regulaciones existentes en España en materia de protección de los consumidores, el legislador español decidió iniciar una sistematización completa de esta legislación, a fin de compilarla y armonizarla en un solo texto normativo.² Para ello, se valió del mandato contenido en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que en su Disposición Final 5 dispone que “...se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.” Fruto de este emprendimiento, se dicta el TR.

La finalidad del TR, como se dijo, es regularizar, aclarar y armonizar los diferentes textos legales vigentes en la materia, por lo que se integran a él: (i) los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial; (ii) la regulación sobre garantías en la venta de bienes de consumo; (iii) la regulación sobre viajes combinados; (iv) la regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, pues tal nomenclatura incidía en aspectos esenciales regulados por la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de Julio (LGDCU), que, como de manera unánime reconocía la doctrina y la jurisprudencia, requerían ser aclarados y armonizados, a objeto de asegurar una adecuada integración, superando una serie de antinomias y conflictos; (v) las leyes que regulan los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico y las normas sobre radiodifusión televisiva; (vi) la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; (vii) La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo; (viii) el régimen de constitución de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y el establecimiento de normas tributarias específicas de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre; (ix) la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.³

Entre otros cuerpos legales que resultaron afectados por el TR, tal y como se señaló, se encuentra la LPD, que fue derogada, habiéndose incorporado su contenido al Libro Tercero del TR, denominado “*Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*”, además de las “*Disposiciones comunes*” del Título I, que en cuanto tales, también resultan aplicables. La doctrina ha valorado positivamente

² Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., “¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU”, en RDP, sept.-oct., 2008.

³ Es de destacar que las normas reglamentarias que trasponen Directivas Comunitarias relacionadas con la protección de los consumidores y usuarios, tales como las relativas a indicación de precios, etiquetados, presentación y publicidad de productos alimenticios, etcétera, no resultaron incorporadas en el TR, pues como ha declarado el Consejo de Estado, la delegación legislativa no autorizaba a incorporar al TR disposiciones reglamentarias y tampoco a degradar el rango de las disposiciones legales incumbentes.

este esfuerzo del legislador español. Así por ejemplo, CAVANILLAS piensa que “...hay que valorar positivamente el intento de reconstruir unas disposiciones comunes en materia de responsabilidad con piezas procedentes alternativamente de la LPD y la LGDCU.”⁴ Aunque luego agregue que este objetivo sólo se logra parcialmente.

Más allá de la discusión sobre oportunidad, forma y legitimidad de esta sistematización⁵, el hecho es que el TR en algunos casos reproduce textualmente algunos preceptos de la LPD y, en otros, introduce cambios, ora formales, ora de fondo, los que se intentarán ir resaltando a lo largo de este trabajo, destacando los casos en que hubiesen diferencias importantes entre la LPD y el TR y los alcances de tales discrepancias.⁶

Ahora bien, ésta específica nomenclatura parte de una premisa básica, cual es la de canalizar toda la responsabilidad por el defecto del producto y los daños asociados a él, en el productor, incluso tomando el recaudo de asimilar a esa calidad al productor aparente, al productor de materias primas o de partes integrante del producto final e, incluso, al importador Comunitario, todo en aras de lograr que el perjudicado por un producto defectuoso tenga vías expeditas para resarcirse de los daños que ha sufrido por su uso, consumo o mera cercanía. De lo dicho hasta aquí, la experiencia europea no presenta grandes diferencias con la norteamericana, cuna de la tesis de responsabilidad del productor por los daños causados por sus productos defectuosos, pues para salvar las barreras contractuales y garantizar la protección de los *bystanders* que sufrían daños de consumo simplemente por su contacto o cercanía con el producto defectuoso, se buscaron soluciones que descansan, básicamente, sobre los mismos supuestos.

Con todo, la legislación de productos defectuosos fue más allá de los parámetros tradicionales, desentendiéndose de la figura del productor y de los sujetos asimilados a él, así como de las razones políticas, económicas, sociales y filosóficas que subyacen en la determinación de gravarlo con la responsabilidad por el

⁴ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en AC, núm. 1, 2008, pág. 44.

⁵ A favor de esta sistematización se pronuncia CAVANILLAS MUGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en AC, núm. 1, 2008, pág. 18. En contra, MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., “¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU”, en RDP, sept.-oct., 2008, pág. 11; CARRASCO PERERA, A., “Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 27 y ss.

⁶ Por ende, a lo largo de este trabajo, las menciones y referencias se harán, en principio, a la Directiva 85/374 y al TR. Se acudirá a la LPD sólo de ser necesario, por haberse introducido cambios en la redacción de los artículos respectivos, ya que ello podría tener trascendencia respecto de productos introducidos al mercado bajo la vigencia de la LPD, en cuanto se diera cuenta de un precepto con un sentido y tenor distintos a la disposición correlativa vigente que haya introducido el TR.

defecto de los productos que pone en el mercado, pues decide generar un sujeto más como responsable en la cadena de comercialización. Nos referimos al proveedor o suministrador final, quien, en el mercado, es el último eslabón con el consumidor final y que, sin ser productor ni un sujeto asimilado a él, bajo ciertas circunstancias, termina siendo responsable por los daños que causa un producto defectuosos al ser usado o consumido.

Es interesante y extraña esta figura del proveedor en la construcción lógica de la Directiva 85/374 y del TR, pues no se condice con las razones que justifican conducir y reconducir la responsabilidad por productos defectuosos hacia el productor, pues él no fabrica productos, no es productor de materias primas o de partes integrantes del producto final, no los diseña, no los importa y no los envasa ni etiqueta. Simplemente los vende al público, sin haber intervenido en la cadena productiva aguas arriba, sea fabrilmente o en la distribución. En efecto, su misión en la cadena de valor de un producto⁷ está perfectamente acotada y, la mayor parte de las veces, no tiene ninguna relación con la introducción del producto en el mercado.⁸ Para él, el producto es un artículo terminado, respecto del cual no conoce nada más que aquello que le informa el productor o el importador Comunitario y, pese a ello, puede tener responsabilidad bajo la égida de la Directiva 85/374 y del TR.

De ahí la importancia de su tratamiento comprensivo, ya legislativo, ya jurisprudencial, pues sin duda es un agente económico de la mayor importancia y quien, ni más ni menos, entrega el producto defectuoso para su consumo final, rompiendo el relativo anonimato del productor o del importador Comunitario.

2.- Relevancia del tema.

Entendemos que la figura del proveedor, como uno de los posibles responsables por los daños causados por el defecto de un producto, es una verdadera anomalía dentro del sistema de protección por daños causados por productos defectuosos, pues no es quien produce ni importa el producto, sino, quien lo comercializa y entrega a los consumidores finales. Es decir, un agente que no diseñó, no proyectó, no fabricó ni introdujo al mercado el producto que porta el defecto y que, sin embargo, termina siendo el agente más visible y expuesto de los que participa en la

⁷ La Resolución n° 12193, de 2013, de la Superintendencia de Industria y Comercio, publicada en el DO de 21 de marzo de 2013, que en su artículo 2.1.1., define cadena de valor, como *"...el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final."*

⁸ Esta afirmación podría admitir matices, si el proveedor en realidad forma parte de un conglomerado industrial integrado verticalmente y siempre que haya intervenido en alguna de las fases de producción y/o introducción del producto al mercado. Tema que a la luz del Derecho común, podría generar diversas discusiones, que la legislación de productos defectuosos sorteas, al menos de cara al perjudicado, pues el proveedor puede llegar a responder conforme ella, bajo ciertas circunstancias y sin perjuicio de su derecho a repetir en contra del productor.

cadena de responsabilidad establecida por la nomenclatura de responsabilidad por productos defectuosos, aunque técnicamente no le haya correspondido ninguna intervención en la génesis del defecto.

Sin duda, su inclusión como agente pasible de responsabilidad, obedece al sentido tutelar de esta legislación y a razones eminentemente prácticas, ya que por vía de su inclusión, se pretende asegurar que el consumidor afectado por un daño de este tipo, siempre tenga alguien contra quién dirigirse, normalmente una gran tienda o casa comercial, ubicable, con domicilio conocido, con patrimonio para responder y, a estas alturas del moderno desarrollo del *retail*, seguramente con presencia nacional, obviando así toda dificultad para perseguir los resarcimientos a que pudiese haber lugar.

De otra parte, esta situación en que se pone al proveedor tiene, por así decirlo, compensaciones naturales, pues el proveedor tiene la posibilidad de eximirse de responsabilidad, identificando al productor o al importador Comunitario que le proveyó a él el producto defectuoso que causó el daño. Le asiste también, la ventaja de tener una relación comercial con el productor o el importador Comunitario del producto defectuoso de que se trate, lo que en buena teoría, le debiera facilitar la obtención de reembolsos en su caso. Por otra parte, el proveedor, según su tamaño y participación de mercado, puede contar con un poder de mercado -poder de compra-, que le haga más fácil lograr que el productor o el importador Comunitario respondan ante las víctimas por los daños causados por un producto defectuoso, a fin de no ver afectada su responsabilidad patrimonial.

Por último, en todo este proceso concurre otra circunstancia nada despreciable y que, de alguna manera, en nuestra opinión logra alinear los intereses de todos los involucrados en la cadena de responsabilidad por productos defectuosos, ya que al verificarse un daño por el uso o consumo de un producto defectuoso, el proveedor debiera ser el agente responsable más interesado en que el perjudicado sea realmente indemnizado, pues también está en juego su prestigio comercial, su imagen de marca y la fidelidad de sus clientes, todos atributos o intangibles cuya generación demandan grandes recursos y tiempo y que pueden resultar seriamente dañados por un accidente de consumo no aclarado o no resuelto a entera satisfacción de los perjudicados.

3.- Metodología y fuentes empleadas.

La metodología empleada para este trabajo ha consistido en el análisis de la legislación Comunitaria, española, norteamericana y en alguna medida, de la inglesa, italiana y francesa, refrescando los conocimientos y aspectos que se han identificado como relevantes, con las fuentes dogmáticas y jurisprudenciales respectivas. De modo que, la delimitación del objeto de esta tesis, no es si no consecuencia lógica de un análisis previo de esas fuentes recién mencionadas, que

han aportado los insumos centrales para poder desarrollar el presente trabajo, así como los criterios objetivos sobre los cuales se ha intentado estructurarlo.

Dentro de esta labor, saltan a la vista una serie de situaciones, que ayudan al tratamiento crítico del tema elegido, a saber: (i) Se trata de un tema pobremente desarrollado; (ii) La realidad demuestra que el sujeto que probablemente tiene más contacto con la víctima de un daño causado por un producto defectuoso es, precisamente, el proveedor. Sin embargo, la práctica forense revela que escasamente se persigue su responsabilidad invocando la LPD o el TR, pues la mar de las veces, simplemente no se consideran estos cuerpos legales o se hace en un tono menor, casi subsidiariamente. Pareciera que el plexo de regulaciones disponibles provoca un efecto desvanecedor de esta legislación especial, que queda oculta ante el CC o las normas propias de la defensa general de los consumidores; (iii) Así las cosas, resulta sumamente útil definir con precisión cuál es la real responsabilidad y cuál es la forma idónea y exacta -con rigor científico jurídico- de perseguir la responsabilidad del proveedor según el TR y la Directiva 85/374, labor que parte de la exégesis adecuada de los textos Comunitarios y legislaciones internas de aplicación pertinentes, y de una adecuada comprensión de la jurisprudencia disponible, lo que permite ir contorneando una serie de aspectos e instituciones contemplados por estas regulaciones que, ya por generales, ya por deficiente técnica legislativa, se prestan a dudas y confusiones y donde la doctrina cobra toda su importancia, desmenuzando el instituto jurídico y orientando la discusión; y, (iv) Se hace de suyo evidente, al avanzar con este trabajo, que el proveedor también puede enfrentar otras aristas que ponen sobre él responsabilidades para con el gran público, que se gatillan por ser él, el eslabón final en el ciclo de consumo del producto, no necesariamente ligadas con el problema de la defectuosidad, pero sí al tema más amplio del consumo y su protección, que también demandan atención. Pero incluso más, tampoco queda claro si en todas las ocasiones puede trazarse una frontera tajante entre las disciplinas jurídicas que entran a tallar en el caso de un daño sufrido por un consumidor, usuario o *bystander* en virtud del defecto de un producto, pues, como en todas las cosas, hay zonas grises que, al menos, se han intentado identificar en este trabajo, siempre con el propósito de encontrar una solución que realice las viejas máximas romanas del *neminem laedere* y *alterum non laedere*.

A la postre, se ha intentando mantener una línea de conducción en este trabajo, basada en opiniones personales, sobre la base de las fuentes referidas, asumiendo el riesgo del equívoco, pues nos ha parecido lo más valioso para un compromiso de esta naturaleza.

4.- Uso y comparación de las fuentes legales pertinentes en el desarrollo de esta tesis.

Se hace necesario advertir que al iniciar este trabajo, las fuentes legales vigentes en España eran, en lo pertinente, la LPD y la LGDCU. Sin embargo, con posterioridad, se dictó el TR, con vigencia a partir del 1 de diciembre de 2007, que vino a coordinar la dispersa y heterogénea normativa que existía en España en materia de protección de los consumidores, como ya dijimos.

Para lidiar con esta modificación legal y sus implicancias en el desarrollo de esta tesis, se optó por trabajar con las disposiciones de la LPD y del TR. esta decisión se basó en las siguientes consideraciones: (i) las disposiciones de la LPD y del TR, en lo medular, son iguales; (ii) el contraste entre las disposiciones correlativas de ambos cuerpos legales, permite identificar fácilmente donde hubo un cambio de redacción en las disposiciones que introdujo el TR, a fin de analizarlo y ponderar las consecuencias y alcances de la modificación introducida por el legislador español; (iii) no se pierde la copiosa doctrina y jurisprudencia generada en torno a las disposiciones de la LPD, máxime si la mayoría de las normas del TR se mantienen iguales a su antigua redacción; (iv) congruente con las razones anteriores, la doctrina y jurisprudencia nacidas a partir del TR, es todavía menor.

Vale la pena advertir, por lo demás, que en la LPD se utilizaban las denominaciones fabricante y suministrador final, que fueron abrogadas por el TR, que las reemplazó por las de productor y proveedor respectivamente, teóricamente en aras de una mayor precisión conceptual. Ahora bien, a fin de honestar fielmente la jurisprudencia y doctrina nacida al amparo de la vigencia de la LPD, se han respetado esos vocablos en la jurisprudencia y doctrina que se cita textualmente a lo largo de este trabajo. En los demás casos, se acude a las voces vigentes de productor y proveedor.

5.- Estructura de la tesis.

En vista del propósito enunciado en el introito, el presente trabajo se ha estructurado de la siguiente forma: esta tesis se ha dividido en 3 Partes, en virtud de un criterio temático de sistematización, que queda enunciado en sus respectivos epígrafes. A su vez, cada Parte se divide en Capítulos y éstos en apartados.

Así, en la Parte I de esta tesis, nominada *Nociones preliminares para comprender el régimen de responsabilidad por productos defectuosos*, su Capítulo I, *El consumo y la producción en masa, sellos distintivos de la sociedad moderna y fuentes de nuevos daños*, presenta la paradoja del bienestar social logrado a costa de productos peligrosos y defectuosos. En él, se abordan una serie de tópicos necesarios para comprender esta regulación y, en particular, las peculiaridades que posteriormente se presentan en el tratamiento que del proveedor hacen el TR y la Directiva 85/374. Con ese afán, se destaca en este Capítulo I el hecho de que en nuestra sociedad, el consumo, además de ser una realidad, se ha transformado en un antecedente de los daños por productos defectuosos, lo que ha provocado que

el Derecho del consumidor deba ocuparse de la protección de las víctimas de tales perjuicios. Nos enfrentamos, como sociedad, al contrasentido de que el bienestar social alcanzado después de tantos años de evolución, en gran parte se ha cimentado en nuevos productos, muchas veces peligrosos y, a veces, defectuosos, mismos que se erigen en fuente de nuevos daños para las personas, usualmente de carácter colectivo y no pocas veces inevitables.

A fin de explicitar este fenómeno, en el Capítulo II, *El Derecho del Consumidor y su protección*, tratamos de precisar qué es el Derecho del Consumidor, su origen y finalidad. Asimismo, procuramos dejar asentado que la protección del consumidor no es más que una refinada expresión de la tutela integral de la persona, cuestión que debemos ver como un derecho fundamental de las personas.

En seguida, en el Capítulo III, *El uso, empleo y consumo de productos riesgosos y peligrosos por la sociedad*, se intenta, primeramente, establecer las bases conceptuales para diferenciar productos riesgosos de productos peligrosos. Seguidamente, se plantea qué debe entenderse por Sociedad del Riesgo, como resultante de un elemento esencial del actual tramado social: la producción social de riesgos y sus características esenciales. Para concluir este apartado, se han esbozado las principales reacciones y remedios propuestos por el Derecho frente a los nuevos retos que presenta la Sociedad del Riesgo, esto es, la aparición de nuevos modelos de imputación de responsabilidad y la prevención.

En el Capítulo IV, *El consumo de productos y la responsabilidad del productor*, se emprende la labor de puntualizar los aspectos más importantes de la responsabilidad de la empresa frente al fenómeno del consumo y la fabricación de productos defectuosos, abarcando su origen, los sistemas de responsabilidad que se han propuesto y aplicado -básicamente el subjetivo o con culpa y el objetivo, por riesgo o sin culpa-, caracterizándolos debidamente. Especial mención se hace de la tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos. Posteriormente, se dejan algunas señas acerca de la tesis del Análisis Económico del Derecho, dada su originalidad y relevancia en el tema que nos ocupa.

En el Capítulo V, *La evolución de la experiencia norteamericana en materia de responsabilidad por productos defectuosos, como antecedente de la Directiva 85/374*, básicamente se han enfatizado los hechos que llevaron al Sistema Jurídico norteamericano a decantarse por un régimen de responsabilidad objetiva en materia de accidentes de consumo. De ahí en más, se ha procurado dar una visión sistémica de la *Strict Liability in Tort (Strict Liability)*, incluyendo la doctrina de los *Torts* y su influencia en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos. Con esa finalidad en mente, se ha rescatado el camino recorrido para instaurar un sistema de *Strict Liability* en materia de productos defectuosos, tanto por la

riqueza conceptual que presenta, como por su innegable influencia en la regulación que más tarde realiza la UE a través de la Directiva 85/374.

En la Parte II, denominada *Los elementos esenciales del sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374 y por el TR*, se intenta explicar los elementos esenciales del sistema de responsabilidad por productos defectuosos acogido por la Directiva 85/374, que luego aplica la LPD como ley doméstica en España y que actualmente están recogidos en el TR, que hemos identificado para efectos de este trabajo como: (i) el concepto de producto defectuoso; (ii) el concepto de productor; (iii) el concepto de perjudicado; (iv) la puesta en circulación del producto; y, (v) el daño causado por el defecto del producto.

La puntualización de estos elementos nos ha llevado, naturalmente, a intentar una definición de cada uno de estos términos y a especificar sus peculiaridades. Asimismo, hemos procurado identificar los problemas de interpretación y aplicación que cada uno de ellos genera, a fin de dar vida al sistema especial de responsabilidad en comento, pues entendemos que ellos son los ejes o puntos cardinales sobre los cuales la Directiva 85/374 y el TR construyen un sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Por ello, el Capítulo VI, *El derecho comunitario*, se ocupa de explicar la naturaleza, cariz y jerarquía de las directivas comunitarias, incluido el tópico de su aplicación directa, sin esperar una ley de adecuación.

En el Capítulo VII, *La dictación de la Directiva 85/374*, se esbozan, a grandes rasgos, los antecedentes e hitos que motivaron su dictación y la situación anterior a ella, en el ámbito de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos.

El Capítulo VIII, titulado *El régimen de responsabilidad acogido por la Directiva 85/374: un sistema objetivo matizado. Su ratificación en la LPD y en el TR*, procura delinear el sistema de responsabilidad por productos defectuosos semi objetivo que termina implantando el texto Comunitario, ya que el productor puede eximirse de responsabilidad o incluso atenuarla bajo determinadas circunstancias. Por lo que es dable concluir que no estamos frente a un sistema de responsabilidad objetivo puro, donde la verificación del resultado dañoso catapulte siempre y en todo caso la responsabilidad del productor. De allí que se pueda conceptualizar este sistema de responsabilidad como cuasi objetivo u objetivo con matices, como dice la doctrina mayoritariamente. Consecuencialmente, la LPD primero, que fue su ley de adecuación y, más tarde el TR, que deroga y reemplaza aquella, acogen idénticos o similares preceptos, reglas e institutos que la norma Comunitaria, por

lo que de ambos cuerpos normativos se puede decir que sancionan un sistema semi objetivo de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Enseguida, el Capítulo IX, *Los elementos esenciales del sistema de responsabilidad por productos defectuosos reglamentado por la Directiva 85/374 y por el TR: (i) el producto defectuoso; (ii) el productor; (iii) el perjudicado; (iv) la puesta en circulación del producto; y (v) el daño causado por el defectos del producto*, aspira a dar cuenta de los elementos que estructuran el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, analizándolos en profundidad, a fin de poder definirlos y sistematizarlos adecuadamente y, más ampliamente, escudriñar en todos los intersticios que la doctrina y la jurisprudencia han ido develando sobre cada uno de ellos. Por ejemplo, en términos de discutir los límites de sus respectivas definiciones, atendida la finalidad perseguida al contemplarlos como elementos que incardinan esta responsabilidad especial; o el alcance de sus ámbitos de aplicación, que muchas veces muestran zonas grises; o bien, los conflictos con otros cuerpos normativos, que pudieran parecer superpuestos y los desenlaces que ello podría traer aparejados, etcétera.

Por último, el Capítulo X, *El daño causado por el producto defectuoso y su indemnización*, encara el tema del resarcimiento debido a la víctima de un daño causado por un producto defectuoso, en términos del tipo de daños que pueden ser indemnizados al amparo de esta disciplina especial, cuáles quedan excluidos, los límites al *quantum* indemnizatorio que se contemplan, reunidos ciertos requisitos y, para concluir este acápite, una visión general del recurso a otros cuerpos legales que le quedan disponibles al perjudicado por un daño causado por un producto defectuoso, a fin de ser indemnizado de aquellos perjuicios que la Directiva 85/374 y el TR no logren cobijar, sea por un aspecto de delimitación objetiva de su ámbito de aplicación, sea porque el daño queda bajo un deducible o supera un límite resarcitorio, sea por caducidad, prescripción u otra causa cualquiera.

En la Parte III, titulada *La figura del proveedor en la Directiva 85/374 y en el TR. Análisis crítico de su incorporación como sujeto responsable, equiparado al productor, bajo ciertas circunstancias que regulan estos cuerpos normativos*, se enfrenta la exégesis del concepto de proveedor consagrado en la Directiva 85/374 y en el TR, así como un análisis de los supuestos de responsabilidad del proveedor recogidos en esta legislación especial y de las defensas que puede invocar en su favor caso a caso, a fin de dilucidar si están ellas o no disponibles para el proveedor, quien en principio sólo debiera responder de lo daños causados por un producto defectuoso si el productor u otro sujeto responsable principal, enfrentado al mismo juicio reparatorio, debiera responder. Por último, estudiamos otras fuentes de responsabilidad de este agente económico, nacidas de su propio quehacer comercial o profesional, que dicen relación con defectos que ya no se vinculan con la etapa fabril del producto, sino más bien con su etapa de distribución o

comercialización. Es decir, defectos que son imputables al proveedor, pero que no están amparados por la Directiva 85/374 ni por el TR, por lo que su responsabilidad deberá hacerse efectiva en base al Derecho común o a alguna legislación o regulación sectorial. Todo ello, con el propósito de hacer una profunda taxonomía de la figura del proveedor dentro del sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que ideó el legislador Comunitario, así como al interior de otras fuentes de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que hemos identificado fuera de esta legislación especial.

El trabajo efectuado en esta Parte se ha orientado de esta forma, pues entendemos que es la única manera de comprender a cabalidad los principios y finalidades perseguidas con la nominación del proveedor como sujeto responsable subsidiario, a falta de identificación del productor del producto defectuoso o de algún otro sujeto responsable equiparado al productor. Por lo demás, las conclusiones a que hemos arribado, nos permiten contar con una guía adecuada para entender y dilucidar, en todos los casos de daños posibles de atribuir a un producto defectuoso cuya reparación se pretenda intentar en contra del proveedor, cómo funcionan los institutos y preceptos que dan vida a la responsabilidad del proveedor en este ámbito, pese a que el defecto no le sea estrictamente atribuible e, incluso, cuando el productor sea conocido y esté perfectamente identificado.

Es por ello, que en el Capítulo XI, *Concepto legal de proveedor. Precisiones terminológicas de las voces proveedor, suministrador y vendedor*, se inicia este estudio definiendo al sujeto que se denomina proveedor, estableciendo quién es proveedor conforme la definición normativa que recibe este sujeto, las similitudes que presenta con el suministrador y sus concretas diferencias con la figura del vendedor. Ello nos permite aclarar los contornos de este agente económico, dentro del contexto de esta legislación especial.

Enseguida, el Capítulo XII, *La responsabilidad por productos defectuosos del proveedor, conforme la regulación impuesta por la Directiva 85/374 y por el TR*, aborda la cuestión referida a la naturaleza de la responsabilidad del proveedor y los supuestos de responsabilidad en que él puede incurrir según esta legislación especial, donde se distinguen 3 casos: (i) La falta de identificación del productor del producto defectuoso, situación regulada en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR. En esta sección, se han pormenorizando los requisitos legales necesarios para que se configure este evento de responsabilidad del proveedor, sus alcances y consecuencias; (ii) El suministro de un producto defectuoso a sabiendas de su defecto, situación regulada en el artículo 146 del TR. En este apartado, se han detallado las exigencias que exige esta disposición para estar frente a este evento de responsabilidad del proveedor, sus consecuencias y las críticas que han merecido los términos de su regulación, ya que esta innovación

del legislador español -pues se trata de un supuesto de responsabilidad del proveedor ausente de la Directiva 85/374- genera un derecho de repetición del proveedor doloso contra el productor, que ha enfadado a la mayoría de la doctrina española, que la ha cuestionado profusamente; y (iii) el caso en que es el propio proveedor quien causa el defecto del producto, que si bien no está regulado a texto expreso en esta legislación especial, también merece atención, según se desarrolla este tópico en el apartado respectivo.

Luego, el Capítulo XIII, *¿Aprovechan al proveedor las causales de exclusión, de exención y de atenuación de responsabilidad que consagran la Directiva 85/374 y el TR para el productor y los sujetos asimilados a él?*, se dedica a analizar todas y cada una de las causales de exclusión y exoneración de responsabilidad que consagra esta legislación especial a texto expreso, en beneficio del productor y de los sujetos asimilados a él, así como las que permiten atenuar su responsabilidad. Luego, una vez comprendidos sus requisitos de procedencia y sus alcances, se intenta contrastar cada una de ellas con la situación del proveedor, como sujeto responsable subsidiario, a fin de establecer si él realmente las puede invocar en su favor, en caso que resulte emplazado por el perjudicado para satisfacer la indemnización de los perjuicios que le haya causado un producto defectuoso. Hecho ello, se estudian los límites temporales de la responsabilidad del productor, que en cuanto tales, también aprovechan al proveedor, donde encontramos los institutos de la prescripción y de la caducidad de los derechos y acciones para perseguir la responsabilidad del productor y, por ende, de los demás sujetos equiparados a él, así como del proveedor. Asimismo, se analiza la limitación temporal constituida por la entrada en vigencia de la LPD, ley de trasposición de la Directiva 85/374, pues los productos defectuosos puestos en circulación con antelación a su publicación, no quedaron regidos por esta legislación especial. Por último, se dedica un apartado a estudiar otras posibles causales de liberación de responsabilidad del productor, que no están consagradas en esta legislación especial, pero que pueden deducirse de ella, como son el caso fortuito y la fuerza mayor y el caso del productor aparente que no ha puesto ni ha aceptado que se pongan sus sellos, signos distintivos o marcas en el producto defectuoso o en su envoltorio o envase, y la posibilidad de que el proveedor las alegue en su favor.

El Capítulo XIV, *Otras fuentes de responsabilidad del proveedor, ubicadas fuera de la órbita de la Directiva 85/374 y del Título II, disposiciones específicas en materia de responsabilidad, Capítulo I, daños causados por productos, artículos 135 y siguientes del TR*, procura establecer otros ámbitos de responsabilidad del proveedor por daños causados por productos defectuosos, domiciliados en otras fuentes normativas, ajenas a la Directiva 85/374 y al Capítulo I del Título II del TR, abriendo el espectro de estudio, por vía de ensayar una cierta tipificación de casos y situaciones en que el proveedor podría tener responsabilidad como generador de un defecto en un producto que causa daño, sea durante su gestión de suministro

del producto o con posterioridad a ello, que en general denominamos defectos de distribución, en que su responsabilidad indemnizatoria subjetiva debe ser perseguida por el perjudicado a través del Derecho común y/o por intermedio de alguna legislación o regulación sectorial que resulte pertinente; así como de casos en que, más que un problema de seguridad del producto -léase defecto-, puede enfrentarse una eventual responsabilidad por falta de eficacia o idoneidad o conformidad del producto, que incluso puede estar en una condición borde entre la inseguridad -defecto- o idoneidad -utilidad-, que llama a un análisis específico de cada caso, para determinar la legislación y la regulación reglamentaria que resulten aplicables, al menos dogmáticamente, pues sabido es que en la práctica judicial el demandante suele apoyar su pretensión resarcitoria en todas las disposiciones legales que puedan resultar pertinentes, sin mayores distinciones ni purismos, juego en que suelen caer los tribunales al tiempo de resolver, pues la jurisprudencia muestra una marcada tendencia a mezclar regímenes legales en los litigios sobre daños causados por productos defectuosos, en un afán protector del perjudicado, que corre el riesgo de soslayar la sistematicidad y sentido del compendio normativo en estudio.

Para terminar, en el Capítulo XV, *El derecho de repetición que puede ejercer el proveedor, en caso de que se haya hecho efectiva su responsabilidad por daños causados por un producto defectuoso que él ha suministrado*, se compendia el derecho de repetición o reembolso que corresponde al proveedor en contra del productor o de algún sujeto asimilado a él, en el evento de haber tenido que resarcir a quien haya resultado perjudicado por un producto defectuoso e, incluso, cuando haya tenido que responder de una indemnización de esta clase conjuntamente con un tercero distinto de los sujetos pasivos que regula esta nomenclatura especial.

Finalmente, en las *Conclusiones*, se exponen los resultados de este trabajo, básicamente en lo que dice relación con la caracterización del proveedor como sujeto responsable y los conflictos de sistematicidad y dogmáticos que -nos parece- se producen a partir de aquello. Asimismo, se intenta dejar planteado que más allá de purismos teóricos, lo interesante es determinar si todo este esfuerzo del legislador Comunitario por implantar un régimen uniforme de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en la UE, prescindiendo totalmente de consideraciones atinentes al funcionamiento y equilibrios del Mercado Común, que podríamos considerar de índole políticas más que jurídicas, concentrando nuestros comentarios sólo en la protección de las personas desde un ángulo estrictamente de Derecho positivo, puntualmente en el caso de España, no ha significado un retroceso en el grado de tutela de la vida, integridad y patrimonio de las personas, fruto de lo cual, los operadores jurídicos siguen invocando y utilizando toda la fronda normativa que creen les permite demandar y obtener la reparación íntegra y cabal de todo perjuicio que hayan sufrido por obra de un

accidente de consumo, como si constituyera un sistema de normas jurídicas referidas a la responsabilidad por daños, soslayando esta legislación especial que, al menos teóricamente y en cuanto especial, debiera ser el mejor camino para ser resarcido por los daños causados por un producto defectuoso. Por último, sumamos a lo anterior, que la realidad judicial muestra que los tribunales de justicia, cuando son llamados a conocer y resolver una demanda indemnizatoria en que se aduce el defecto de un producto como fuente generadora del daño, suelen aplicar indistintamente los preceptos de esta legislación especial y del Derecho común que entiendan pertinentes, en una aplicación generosa del principio del *iura novit curia*, que si bien logra el resultado deseado de justificar jurídicamente una indemnización, suele dejar un mar de dudas acerca del significado, límites y aplicación de las normas jurídicas propias de esta legislación especial que se mencionan como Fundamento de Derecho (FD) de las sentencias libradas en estas materias.

Por último, se exponen las razones que, en nuestro concepto, permiten verificar la hipótesis de trabajo que se plantea en esta tesis.⁹

6.- Objetivos perseguidos.

Conforme lo expuesto con antelación, los objetivos de esta tesis se puede resumir en los siguientes términos: (i) Se ha intentado analizar la figura del proveedor que, como queda dicho, tiene escaso tratamiento en los textos normativos que se ocupan de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, como en la doctrina y en la jurisprudencia Comunitaria y española. De hecho, no se le presta mayor atención, probablemente por su carácter excepcional y porque a la luz de la experiencia práctica, en los casos de accidentes de consumo en que se ve envuelto un proveedor, la víctima probablemente se sentirá atraída para acudir a las legislaciones sobre protección al consumidor o al Derecho común, olvidando que el TR también le ofrece una vía indemnizatoria en caso de daños causados por productos defectuosos, posible de hacer efectiva en el proveedor reunidos ciertos requisitos; (ii) En efecto, frente a un evento dañoso de esta clase, el perjudicado, dada la imposibilidad de identificar al productor o al importador Comunitario, siempre puede acudir al proveedor. No es otra la razón de su incorporación como elemento subjetivo pasivo en la Directiva 85/374 y en el TR, ventaja escasamente explotada por los consumidores y usuarios hasta ahora; (iii) Paralelamente, es innegable que coexisten varias regulaciones aplicables frente a un daño de consumo, por lo que se vuelve interesante intentar dilucidar qué cuerpos normativos resultan aplicables y cuál es más útil o ventajoso de invocar por el perjudicado, si ello fuese posible. Es decir, habrá que desentrañar si es posible una convivencia de regulaciones o si, en homenaje al principio de especialidad, el perjudicado debe necesariamente optar por una de ellas. Desde luego, lo que haya

⁹ Vid. *infra* apartado 7.- Hipótesis de trabajo / INTRODUCCION.

dicho la jurisprudencia y la doctrina a estos respectos, será relevante a la hora de optar por un camino jurídico o por otro; (iv) Escudriñar y precisar el sentido y alcances de la responsabilidad del proveedor en materia de daños causados por productos defectuosos, pues sin ser el agente del daño, termina respondiendo por él ante el perjudicado, sea por razones de orden práctico que hacen posible una efectiva tutela del perjudicado; sea por una conceptualización moderna del daño, en que se ambiciona socializarlo, estableciendo como contrapartida acciones de reintegro o las condiciones adecuadas para optar a seguros de responsabilidad por la vía de baremar o limitar los perjuicios demandables, etcétera; (v) En conexión con el propósito recién enunciado, se procurará encontrar casos en que éstas supuestas mitigaciones o compensaciones de la responsabilidad del proveedor no sean tales, ya por impracticables; ya por corresponder a lagunas legales; ya por tratarse de antinomias normativas; (vi) Dado el pobre tratamiento que ha recibido la figura del proveedor, nos parece interesante el ejercicio de escrutar otras hipótesis de eventuales responsabilidades de esta figura, al margen del TR y de la Directiva 85/474, a fin de resolver qué nomenclatura se aplica en cada caso y cuál es la extensión de su responsabilidad en cada supuesto de responsabilidad que seamos capaces de identificar; y, por último, (vii) verificar si la hipótesis de trabajo, que se enuncia en el apartado siguiente, se verifica o no.

7.- Hipótesis de trabajo.

La hipótesis de este trabajo, consiste en que, tanto a nivel de Sistema Jurídico, como de práctica jurídica, la incorporación del proveedor como responsable de daños causados por productos defectuosos, aunque sea a título subsidiario del productor, ha sido perturbador dogmáticamente, pues rompe con los principios que inspiraron la Directiva 85/374 y que justifican sus normas (básicamente la Teoría del Riesgo Creado); y ha significado un retroceso en la protección del perjudicado, pues dada la existencia de una legislación especial, el juez ha quedado constreñido a enunciados normativos específicos, que limitan su labor, en detrimento de umbrales más altos de tutela que se conseguían con las normas del Derecho común; el artículo 28 de la derogada LGDCU; y la aplicación con matiz objetivo, en clave tesis riesgo creado, dada al artículo 1902 del CC por el TS.

PARTE I
NOCIONES PRELIMINARES PARA COMPRENDER EL REGIMEN DE
RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

CAPITULO I

EL CONSUMO Y LA PRODUCCION EN MASA, SELLOS DISTINTIVOS DE LA SOCIEDAD MODERNA Y FUENTES DE NUEVOS DAÑOS. LA PARADOJA DEL BIENESTAR SOCIAL, A COSTA DE PRODUCTOS PELIGROSOS Y DEFECTUOSOS.

SUMARIO: 1.- EL CONSUMO COMO FENOMENO SOCIAL MODERNO. 2.- ¿QUIEN ES CONSUMIDOR? O ¿COMO CONCEPTUALIZAR AL CONSUMIDOR? 3.- NUEVOS MODELOS EMPRESARIALES, EL PROGRESO TECNOLOGICO, LA PRODUCCION EN MASA Y LA SOCIEDAD INDUSTRIAL -COMO ASPECTOS RELEVANTES DEL FENOMENO DEL CONSUMO- Y SU IMPACTO EN EL AMBITO JURIDICO, COMO HITOS CATALIZADORES DEL SURGIMIENTO DE LA TESIS DE LA NECESARIA PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DE BIENES Y SERVICIOS, REFLEJO DE UNA MEDIDA DE FUERTE CUÑO SOCIAL, PROPIA DE UN ESTADO INTERVENCIONISTA EN ESTE AMBITO, PREOCUPADO DEL BIENESTAR DE LA POBLACION.

1.- El consumo como fenómeno social moderno.

No hay duda que uno de los conceptos más cuestionados y al mismo tiempo más utilizados en la sociedad moderna, es el del consumo. Todo es considerado actualmente como de consumo o relativo al consumo, a tal punto, que se llega a hablar de una *sociedad de consumo*. En un sentido amplio, el ser humano ha consumido desde siempre, aunque en una primera etapa, el consumo estaba dirigido a la subsistencia. De hecho, "...la palabra consumir encuentra su raíz en la latina *consumere*..." nos dicen CARDENAS y MARTINEZ y, en la acepción lata, "...significa gastar comestibles u otras cosas."¹⁰.

Ad initium, prácticamente todos los bienes eran producidos en forma artesanal, para el consumo del propio productor, su familia o el pequeño grupo agrícola que lo circundaba. Idéntica reflexión cabe para la prestación de servicios. Desde luego, el primer gran hito en materia de producción y consumo lo constituye la Revolución Industrial, iniciada en la segunda mitad del Siglo XVIII, época en que se comienza a producir fabrilmente y ya se puede distinguir entre producción y consumo. Sin embargo, recién hacia fines del Siglo XVIII la producción se disocia del consumo, aunque el salto cualitativo desde una economía de subsistencia hacía una economía de consumo todavía no se producía, pues se seguían adquiriendo bienes solamente para vivir, aunque ellos fueran producidos por terceros. Es así como el segundo hito lo representa la llamada Revolución Tecnológica, propia del Siglo XX, sobre todo en los países desarrollados que, a partir de la Segunda Guerra Mundial comenta TALLONE, emprenden "...una incesante expansión industrial, con un alto nivel de tecnología e industrialización caracterizado por la aparición en el mercado de productos cada día más complejos..."¹¹, en cuya manufactura participan distintos productores de partes o piezas que integran un producto terminado, distribuidores, grandes casas comerciales y pequeños comerciantes. Frente a ellos, "...el aumento de capacidad adquisitiva de vastos sectores de la población ha provocado el nacimiento de una nueva categoría de personas, los consumidores..."¹², requeridos de tutela jurídica en sus relaciones de consumo.

Sin duda, la Revolución Industrial fue el detonante de los fenómenos recién descritos y, desde luego, del nacimiento del tópico de la responsabilidad civil del productor.¹³ Con la Revolución Industrial, surgen las economías individuales, segmentándose los roles de productor y de consumidor, creándose, según

¹⁰ Vid. CARDENAS QUIROS, C., MARTINEZ COCO, E., 'El Moderno Contenido de la Responsabilidad Precontractual a partir de las Relaciones de Consumo', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 403.

¹¹ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 22.

¹² Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 22.

¹³ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "La responsabilidad civil del fabricante", Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 120; CARNEVALI, U., "La responsabilità del produttore", Giuffrè, Milano, 1979; MILLER, C. J., "Product Liability & Safety Encyclopedia", Butterworths & Company, London, 1979; ALPA, G., BESSONE, M., "La responsabilità del produttore", Giuffrè, Milano, 1987.

TALLONE, *"...una civilización en la que nadie, ni siquiera el granjero, era ya autosuficiente. Todo el mundo pasó a ser dependiente de los alimentos, bienes y servicios producidos por algún otro: se rompe la unidad de producción y consumo y se separa el productor del consumidor."*¹⁴ Es en esta etapa de nuestra civilización, que comienza la distribución de los productos en masa. Según CARDENAS y MARTINEZ, *"...sólo después de la depresión de los años treinta es que se puede hablar de una sociedad de consumo, caracterizada por el consumo no sólo de bienes que satisfacen necesidades vitales, sino también de los que satisfacen necesidades secundarias."*¹⁵ Gracias al maquinismo, las empresas innovaron y mejoraron sus procesos productivos y se volvieron rápidas y capaces de producir grandes cantidades a costos razonables, por las economías de tamaño¹⁶ que fueron logrando. Para DE LA VEGA, esta nueva situación permitió *"...una producción en serie y cada vez más técnica, con lanzamiento de productos que adquirirían progresivamente más complejidad y sofisticación."*¹⁷ Conforme expresa DIEZ-PICAZO, *"...la evolución y el progreso constante de la llamada civilización técnica acarrea la inevitable secuela de la multiplicación de las máquinas, los aparatos, los ingenios o los artificios, que, de día en día, aumentan los riesgos y las situaciones de peligro..."*¹⁸, para todos los consumidores de bienes y servicios y, pensamos, más latamente, para cualquier persona que tuviese contacto o cercanía con bienes de consumo. Además, este nuevo modelo de producción, en el cual la máquina reemplaza al hombre, al decir de CILLERO DE CABO *"...transformó las condiciones en que tenía lugar la producción y, en consecuencia, transformó las condiciones en que tenían lugar los daños por productos..."*¹⁹, pues en el caso de productos elaborados manualmente, el daño necesariamente surgía de una acción u omisión imputable al productor, sustento indispensable para configurar su responsabilidad.²⁰ En cambio, *"...la ejecución mecánica y automática del trabajo, a partir de la industrialización, en muchos casos, impedía atribuir el daño a un comportamiento humano culpable..."*²¹, pues, de hecho, el consumidor muchas veces ya no está ni siquiera en condiciones de *"...averiguar en qué momento y quién*

¹⁴ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 21 y 22.

¹⁵ Vid. CARDENAS QUIROS, C., MARTINEZ COCO, E., 'El Moderno Contenido de la Responsabilidad Precontractual a partir de las Relaciones de Consumo', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 403.

¹⁶ El término economías de tamaño define lo que sucede a los costos unitarios de producción, cuando el producto se duplica, triplica, cuadruplica, etcétera, pero los niveles de insumo no se incrementan necesariamente en la misma proporción, como es el caso de las economías de escala. Vid. DEBERTIN, D. L., *"Agricultural Production Economics"*, Macmillan, New York, 1986, pág. 153.

¹⁷ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., *"Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 23.

¹⁸ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"La responsabilidad civil hoy"*, en ADC, 1979, pág. 732.

¹⁹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 31.

²⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 43 y ss.

²¹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 31.

había ocasionado el defecto que había dado lugar a que un producto, de los muchísimos puestos en circulación, hubiera causado los daños..."²², dado que en la cadena comercial empiezan a intervenir múltiples agentes económicos.

Todos los estudios coinciden en señalar que aparejado a la Revolución Industrial y al surgimiento del consumo, comienza a manifestarse una nueva fuente de daños para las personas, que no guardan relación con la destrucción o pérdida de bienes o de patrimonio producto de conductas atribuibles a terceros o al azar, sino con el mismo bien.²³ Al decir de FARINA, ahora el perjuicio es "...provocado por el propio bien en sí considerado. Así sucedió con la talidomida y el talco morhange, entre otros tantos casos de accidentes provocados por la cosa objeto del consumo...".²⁴ A esto mismo parece referirse TALLONE, cuando señala que "...la producción masiva de los productos, derivado de un portentoso progreso científico y tecnológico como nunca conoció la Humanidad y del que puede decirse que la máquina reemplaza en buena medida al hombre -alimentos, medicamentos, automotores, heladeras, acondicionadores de ambientes, etcétera-..."²⁵, no siempre permiten un adecuado control de los mismos, que ingresan al mercado con ciertas deficiencia que lo tornan peligrosos o derechamente dañosos. ¿Cómo no recordar el envenenamiento por aceite de colza a principios de los ochenta en España? y, en el último lustro, los contagios del virus del sida a través de de hemodonaciones en Francia y España; así como tantos otros ejemplos²⁶, que han ido dejando rastros imposibles de desatender u olvidar, remeciendo las conciencias políticas, sociales y jurídicas de los diferentes países, que han debido reconocer que sus estructuras jurídicas no estaban preparadas para lidiar con daños provenientes de esta nueva fuente de dañosidad, representada por los inevitables defectos de los productos elaborados masiva e industrialmente, que año a año se lanzan al mercado.

²² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 32.

²³ Vid. CALVAO DA SILVA, J., *"Responsabilidade civil do produtor"*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, págs. 11 y ss.

²⁴ Vid. FARINA, J. M., *"Defensa del Consumidor y del Usuario"*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 326.

²⁵ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 23.

²⁶ Vid., entre otros, el caso Contergan-talidomida (S. 18-12-1970); el caso Lederspray-spray tóxico para calzados y piel (S. 6-7-1990); el caso Holzschutzmittel, barniz tóxico para proteger la madera (S. 2-8-1995); IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 57 y ss.; *"El caso del producto protector de la madera (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán"*, en Act. P., núm. 20, 1997, págs. 439 y ss.; MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos"*, en Indret, n° 1, 2000, págs. 2 y ss.; GOMEZ BENITEZ, J. M., *"La protección penal de los consumidores: reflexiones sobre el síndrome tóxico"*, en EC, n° 13, 1988; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *"El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *"El caso de la colza, o los deberes de la protección penal de los consumidores"*, Huarte de San Juan, núm. 1, 1994, págs. 213 y ss.; *"Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del caso de la colza"*, en PJ, núm. 33, 1994, págs. 421 y ss.; MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., (coord.), *"Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto"*, Bosch, Barcelona, 1996, págs. 289 y ss.; *"De nuevo sobre el "caso de la colza" una réplica"*, en RDPC, núm. 5, 2000, págs. 87 y ss.; SEUBA TORREBLANCA, J. C., *"Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis"*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 41 y ss.

Es así como el progreso empezó a cambiar los hechos dañosos en los ámbitos económicos y comerciales. Ellos ya no pueden ser considerados como el fruto de una fatalidad ciega o de un destino adverso, imposibles de prever, sino que, por el contrario, como sucesos que de ordinario acompañan la vida y el obrar humano. Conforme el paulatino devenir de estos hechos, ya en la década del 50, los países desarrollados, en especial Los Estados Unidos de Norteamérica, comienzan a debatir sobre una serie de temas que podemos englobar dentro de la responsabilidad civil del productor, considerándosele un fenómeno típico de la segunda era industrial.²⁷ Es incontrovertible que el progreso de la ciencia y de la tecnología han aumentado el bienestar y las satisfacciones del hombre, pero no podemos perder de vista que ello ha tenido un costo: crear fuentes de peligro o de daño desconocidas hasta antes por el hombre y de un alcance vastísimo, pues la producción moderna se caracteriza por ser masiva. La opción que en principio tomaron los Sistemas Jurídicos para enfrentar este nuevo orden de cosas, fue crear regulaciones destinadas a facilitar el emprendimiento empresarial y el comercio, coadyuvando los procesos sociales y económicos que desencadenaron el maquinismo y la revolución industrial. Por ende, apuntaron a privilegiar la posición de las empresas y, entre otras prebendas, podríamos decir que se descartó establecer regímenes resarcitorios especiales para los daños causados por productos defectuosos, por lo que si alguna víctima quedaba sin indemnización bajo la legislación de Derecho común -en palabras de BESSONE-, ello constituía un mal menor en beneficio de la colectividad, que requería de un sector empresarial pujante y fuerte para alcanzar un deseado grado de bienestar social.²⁸ Sin embargo, esa particular visión del problema de los daños causados por productos defectuosos pierde sustento, cuando ya se hizo evidente la consolidación y poder de las empresas, tornándose imperioso atender a la desprotección de los consumidores que resultaban dañados por accidentes de consumo, especialmente por productos defectuosos puestos en el mercado, a través de normas y regulaciones que se ocuparan específicamente de este tópico, ya no sólo como un problema de indemnizaciones oportunas y adecuadas que debía soportar el culpable del daño, sino, más bien -dice CINELLI-, como una preocupación social por reparar al agraviado, en una suerte de redistribución de la incidencia del daño injusto.²⁹ Fue entonces, opina CILLERO DE CABO, "*...cuando comenzó a plantearse el problema de la responsabilidad por daños ocasionados por productos defectuosos como una cuestión autónoma...*"³⁰, de espinosa solución, pues, como apuntan ALPA y BESSONE, los complejos fenómenos del consumo requieren -en los sistemas

²⁷ Vid. TASCHNER, H. C., 'Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe', en WOODROFFE, G. (ed.), "*Consumer Law in the EEC*", Sweet & Maxwell, Londres, 1984, págs. 113 y ss.

²⁸ Vid. BESSONE, M., "*La responsabilità del produttore*", Resp. Civ. E prev., 1977, pág. 176.

²⁹ Vid. CINELLI, M., "*Sul problema della responsabilità dell'imprenditore verso i terzi*", Riv. Dir. Civ., II, 1970, pág. 457.

³⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 30.

capitalistas-, de normas dirigidas a realizar un delicado compromiso entre la tutela del público y los intereses de la empresa.³¹ Como dice THIBIERGE, se hacía necesaria *"...una evolución del régimen de la responsabilidad, evolución ya preparada por el juego de los pasadizos técnicos y susceptible de conducir a una responsabilidad sin perjuicio, a una responsabilidad preventiva, no solamente enderezada a la reparación de los daños pasados más igualmente a la evitación de estos nuevos daños, graves e irreversibles, para los cuales la reparación pierde su sentido. Para el Derecho de la responsabilidad civil se trata, esta vez, de ensanchar de nuevo su campo..."*.³²

En fin, es innegable que el fenómeno del consumismo se ha ido extendiendo en las últimas décadas, tanto, que se consume sin tasa ni medida, como reflejo de una insaciable necesidad de satisfacción, gracias al influjo de la publicidad, que según DELGADO, promueve en el público *"...el consumo compulsivo de ciertos objetos, generalmente innecesarios..."*³³ y un relativo fácil acceso al crédito. Podría decirse que es la propia sociedad la que impone a sus miembros un mínimo nivel de consumo, por debajo del cual el individuo es considerado como un marginado, una suerte de ser asocial, que no existe para la comunidad. Súmese a ello, la aparentemente interminable lista de necesidades que desea satisfacer la comunidad, produciéndose la curiosa circunstancia de que el consumidor nunca encuentra saciadas sus necesidades de consumo. BARROS DE CASTRO y LESSA, afirman que *"...las sociedades evolucionadas descansan sobre una diversificada base económica que, accionada por el trabajo humano, engendra una serie de bienes cuyo destino último es el consumo por los individuos..."*.³⁴ Así, la mayor capacidad productiva, la posibilidad de ingentes ganancias y el acceso al crédito, motivan a la industria a ofrecer continuamente nuevos productos, novedades capaces de crear nuevas demandas, pese a que el consumidor realmente no las requiera o tenga satisfechas sus necesidades primordiales. Este fenómeno es conocido como *consumismo*, lo que en todo caso es un sello propio de nuestras economías de mercado, pues este deseo por consumir se torna imprescindible para el mantenimiento del sistema económico moderno, basado en el intercambio de bienes y servicios. STIGLITZ caracteriza este orden de cosas como *"...una acentuación de la disparidad de fuerzas, entre los sujetos que enfrentan sus intereses en la sociedad de consumo."*³⁵ Siguiendo a BAUDRILLARD en esto, el consumo se ha transformado en un mito, es decir, *"...es un hablarse de la sociedad contemporánea así misma; es el modo en que nuestra sociedad habla..."*³⁶, aludiendo a que la idea del

³¹ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., *"La responsabilità del produttore"*, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 1.

³² Vid. THIBIERGE, C., *"Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité"*, en RTD civ (3), juil-sept, 1999, pág. 561.

³³ Vid. DELGADO ZEGARRA, J., CACERES VALLE, C., *"Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial"*, Instituto del Derecho del Consumidor - IDC, Lima, 1993, pág. 24.

³⁴ Vid. BARROS DE CASTRO, A., LESSA, C. F., *"Introducción a la economía"*, Editorial Siglo Veintiuno, Madrid, 1974, pág. 13.

³⁵ Vid. STIGLITZ, G. A., *"Protección del Consumidor"*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 3.

³⁶ Vid. BAUDRILLARD, J., *"La Sociedad de Consumo"*, Plaza y Janés, Barcelona, 1974, pág. 74.

consumo se recoge y multiplica infinidad de veces en el discurso cotidiano, haciéndose connatural al vivir, erigiéndose en un paradigma social, pues nuestra sociedad piensa y habla como sociedad de consumo. Es por ello, a fin de cuentas, que DE PABLOS define el consumo como "*...una forma de relación social, intrínsecamente vinculada con los modos de producción y reproducción social de la modernidad avanzada.*"³⁷

2.- ¿Quién es consumidor? o ¿Cómo conceptualizar al consumidor?

Si tomamos a bien la afirmación de que vivimos inmersos en una sociedad estructurada en muchos aspectos esenciales de su quehacer sobre la base del fenómeno del consumo, cobra importancia preguntarnos ¿Quién es consumidor? o, si se quiere, ¿existe alguien que puede ser identificado claramente como consumidor? Una respuesta sencilla, consiste en apuntar que consumidor es el comprador privado de bienes de consumo. Sin ir más lejos, VAZQUEZ FERREYRA lo conceptualiza como "*...la persona que por su necesidad personal, no profesional, se vuelve parte en un contrato de provisión de bienes y servicios*"³⁸, agregando que se caracteriza por su situación de inferioridad.

Empero, pensamos que esta idea paradigmática de consumidor, no obedece a la realidad de hoy, pues, junto a él, hay otros actores que pudieren reclamar para sí el carácter de consumidores, lo que en verdad torna compleja la definición de consumidor. De hecho, no hay un concepto unitario de consumidor, pese a los numerosos intentos de la doctrina por definirlo pacíficamente.³⁹ Por lo pronto, consumidor no puede ser entendido sólo como la contraparte del proveedor en una compraventa de bienes, pues se corre el riesgo de omitir como tal, al consumidor o usuario final del bien, que no celebró contrato alguno con el proveedor, pero que sin embargo es perfectamente identificable. Tanto como para que JOLOWICZ lo presente como el consumidor más conocido por la ley (*the law's best known consumer*).⁴⁰ O bien, conceptualizarlo como el adquirente o destinatario final de un producto. También es posible engendrar conceptos mucho más comprensivos de consumidor⁴¹, como por ejemplo, entenderlo como el beneficiario de un servicio estatal no comercial, como sería el caso de una prestación médica gratuita o asistencial. Dicho más simplemente, consumidor es el cliente, el paciente o cualquier cosa distinta al vendedor, indica KENNEDY.⁴² Tomando prestadas estas nociones y principios, el artículo 3 del TR define

³⁷ Vid. DE PABLOS, J. C., "*Un concepto sociológico (y comprensivo) de consumo*", en EC, n° 65, 2003, pág. 21.

³⁸ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 8.

³⁹ Vid. KRAMER, L., "*EEC Consumer Law*", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1988, págs. 3 y ss.

⁴⁰ Vid. JOLOWICZ, J. A., "*The Protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law*", en 32 MLR 1,1, 1969.

⁴¹ Vid. RAMSAY, I., "*Consumer Protection: Text and Materials*", London, Weidenfeld and Nicolson, London, 1989, capítulo I; SCOTT, C., BLACK, J., "*Cranston's Consumers and the Law*", 3d. edition, Butterworths, London, 2000, págs. 8 y ss.

⁴² Vid. KENNEDY, I., "*The Unmasking of Medicine*", (The 1980 Reith Lectures), Allen and Unwin, London, 1981, pág. 117.

consumidor o usuario como cualquier personas física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.⁴³

En suma, podríamos quedarnos con una idea central: consumidor es la persona protegida por la legislación de protección al consumidor, pues, como apunta ALCOVER, "...el ámbito subjetivo de tutela se determina en cada caso atendida la naturaleza de la relación y la intensidad tuitiva que se estime conveniente, lo que dependerá de la situación de desigualdad que se intente corregir."⁴⁴ En este sentido, el Comité Molonoy, del Reino Unido, llegó a decir que consumidor es cualquiera en cualquier tiempo, en el contexto del uso o consumo privado de las cosas.⁴⁵

A todas luces, las expresiones consumidor y usuario resultan inapropiadas y angostas, pues han quedado desbordadas por la realidad, como indica acertadamente CARTWRIGHT⁴⁶, lo que nos lleva, en un extremo, a pensar que consumidor puede ser incluso el ciudadano.⁴⁷ Con esa misma idea, FARINA afirma que la expresión consumidores resulta impropia, pues ha quedado sobrepasada y lo mismo ocurre con la de usuarios, que se ha emplea para resaltar que merece tutela tanto el que adquiere un bien para su consumo, como el que lo adquiere para su uso.⁴⁸

Es evidente que estas asimilaciones entre consumidor y ciudadano lo presentan en su rol de individuo dentro de la sociedad, evitando definiciones estrechas que, a la postre, pueden resultar antagónicas con las políticas de protección al consumidor. De hecho, esta noción amplia de consumidor, casi como individuo particular, es la que de algún modo se recoge en el número 3 de la Resolución aprobada por el Consejo de Ministros de la CEE en abril de 1976, que dispone: "*En lo sucesivo, el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor.*"

Esta noción, exacerbando sus alcances, importaría afirmar que la protección del consumidor no sólo comprende la tutela del individuo particular en el mercado,

⁴³ Vid. TR, artículo 3. "*Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*"

⁴⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 84.

⁴⁵ Vid. CARTWRIGHT, P., "*Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory and Policy in the UK*", Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pág. 4.

⁴⁶ Vid. FARINA, J. M., "*Defensa del Consumidor y del Usuario*", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 4.

⁴⁷ Vid. CARTWRIGHT, P., "*Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory and Policy in the UK*", Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pág. 3.

⁴⁸ Vid. FARINA, J. M., "*Defensa del Consumidor y del Usuario*", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 4.

sino también en el ámbito de *"...los servicios públicos o en la defensa del medio ambiente..."*⁴⁹ y en otras dimensiones del quehacer humano. Es decir, una concepción de consumidor que comprende a cualquier ciudadano, en cuanto persona que aspira y tiene derecho a una adecuada calidad de vida.⁵⁰

Del mismo modo y rompiendo un viejo paradigma en estas materias, esta visión extensiva del concepto de consumidor podría llevar a considerar como tal, incluso a una persona jurídica; *"...piénsese en casos de asociaciones o fundaciones benéficas, e incluso profesionales, artesanos o pequeños empresarios, cuando la situación de inferioridad en que estos se encuentran sea equiparable a la del consumidor final y, atendiendo por supuesto, a la finalidad de la norma tuitiva."*⁵¹

Entonces, resurge la pregunta: ¿En definitiva, quiénes son los consumidores o usuarios a los que se trata de proteger? Ya sabemos que en un principio se consideró indispensable proteger al consumidor en sentido estricto, es decir, al adquirente de bienes de consumo. Sin embargo, también es evidente que con el transcurso del tiempo, esta finalidad tutelar se ha ampliado a otros muchos supuestos en los que la aludida protección se fundamenta, en esencia, en los mismos puntos cardinales. Por ello, la expresión utilizada en la mayoría de las legislaciones que se ocupan de este tema -consumidores y usuarios-, si bien es acertada, es también insuficiente para contener un concepto comprensivo de consumidor que, hoy por hoy, más bien alude a la protección del individuo particular, como otra manifestación más de la evolución social del Derecho, que obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley, para tratar de proteger a la parte más débil en todos aquellos casos en que se dé una relación de consumo entre el individuo con la empresa o con prestadores profesionales de servicios.

3.- Nuevos modelos empresariales, el progreso tecnológico, la producción en masa y la sociedad industrial -como aspectos relevantes del fenómeno del consumo- y su impacto en el ámbito jurídico, como hitos catalizadores del surgimiento de la tesis de la necesaria protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, reflejo de una medida de fuerte cuño social, propia de un Estado intervencionista en este ámbito, preocupado del bienestar de la población.

No se puede perder de vista para una adecuada comprensión del fenómeno del consumo y de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos,

⁴⁹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 28.

⁵⁰ Vid., en mayor profundidad, BROSETA PONT, M., 'Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores', en *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, págs. 73 y ss.

⁵¹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 29.

que los nuevos esquemas empresariales surgidos a partir de la Revolución Industrial, las posibilidades técnicas y científicas de incrementar eficientemente la producción de bienes y servicios que condujeron a la producción en masa, el desarrollo de nuevos mercados y el surgimiento de consumidores con poder adquisitivo, son todos hitos que permiten explicar el surgimiento del consumo y, más ampliamente, del modelo de sociedad consumista, donde todos estos elementos interactúan entre sí, en una suerte de círculo virtuoso, que propende y se retroalimenta del hecho económico del consumo. Fenómeno que no sólo causa efectos en el ámbito comercial y económico, pues expande sus efectos a lo político, a lo social y a lo jurídico.

En concreto, estos sucesos provocaron una serie de cambios en las estructuras productivas y comerciales, así como en su regulación. Por lo pronto, el propio concepto de empresa fue cambiando. Ya no se concibe a la empresa como una organización de medios de producción de tipo local, bajo una dirección unipersonal o familiar, sustentada por un capital de trabajo modesto y con una frágil estructura jurídica. Es inconcuso que la empresa moderna articula sus intereses de modo distinto a los modelos tradicionales. Hoy las empresas se constituyen *"...a través de una pluralidad de sujetos contractuales o sociedades jurídica que conforman una estructura de grupo que directa o indirectamente se benefician de una actividad económica común..."*.⁵² Ocurrió que la producción en masa y la necesidad de poner los productos en el mercado, generó una creciente sofisticación del comercio y de la banca, la creación de múltiples redes de intercambio transfronterizas y de complejas cadenas de valor, donde, desde la manufactura o fabricación hasta el consumidor final, se ubican múltiples agentes económicos intermediarios, tornando muy difícil detectar quien es realmente el productor de un bien cuyo uso o consumo causa perjuicios que, además y en cuanto bienes de consumo masivos, suelen dañar expansivamente a la población. En efecto, en poco más de un Siglo irrumpió la sociedad industrial, que trajo consigo las secuelas del maquinismo y del urbanismo, que luego desembocó en lo que TOFFLER llama sociedad súper industrial.⁵³ No sólo se introdujeron técnicas de producción en serie, sino que se facilitó la concentración de la población en grandes núcleos urbanos y los consiguientes movimientos migratorios, lo que provocó una fuerte concentración de demanda, capaz de absorber grandes cantidades de productos, coadyuvando este proceso, el creciente poder adquisitivo que logró la población mediante el acceso más o menos expedito al crédito, lo que evidentemente facilitó el consumo. Asimismo, se consolidaron los grandes consorcios empresariales, a través de integraciones verticales y horizontales que, entre otras secuelas, ha producido un alejamiento del productor como sujeto responsable del daño del consumidor, fenómeno acentuado por la progresiva

⁵² Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 24.

⁵³ Vid. TOFFLER, A., *"La tercera ola"*, Plaza & Janes S.A. Editores, Colombia, 1980, págs. 20 y ss.; BRESSAND, A., DISTLER, C., *"El mundo del mañana"*, traducción de Jesús Ruiz, Ed. Planeta, Barcelona, 1986, págs. 225 y ss.

internacionalización de los mercados, la aparición de nuevas y diversas técnicas de publicidad y promoción, fruto de todo lo cual, el consumidor fue desbordado en sus relaciones jurídicas de consumo, a tal punto, anotan BOTANA y MUÑOZ, *"...que se trastoca el mismo juego del mercado; y ello por la falta de un sujeto que arbitre de manera selectiva -libre- entre los diferentes oferentes..."*⁵⁴, cuestionando así, *"...la denominada soberanía del consumidor..."*⁵⁵

Frente a estos cambios, el Derecho ha debido reaccionar. En efecto, el Derecho, como herramienta de convivencia social, ha tenido que ir reconociendo estos nuevos hechos, que los mencionados portentos económicos le han ido presentando, pues de otra manera se transformaría en letra muerta. Y donde mayor ha sido la necesidad de reacción jurídica, es en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Son muchos los autores que destacan este punto, debido, como se dijo, a que la producción en serie y el progreso tecnológico, retroalimentando por el consumo, se han erigido en una importante fuente de daños para los consumidores y usuarios. Tanto así, que para ALTERINI no sería una exageración decir que los actuales contornos de la responsabilidad civil son, en gran medida, *"...la resultante de enormes cambios derivados de la estampida tecnológica; de su incidencia en el pensamiento de nuestros contemporáneos, que aspiran a la evitación del daño y, en su caso, a que les sea reparado sin detenerse en especulaciones eruditas sobre los presupuestos de su atribución; de su reflejo en los criterios jurídicos..."*⁵⁶; lo que hace necesario reafirmar el inmemorial compromiso del Derecho con el principio de no causar daño a los demás, que, como dice DE ANGEL YAGUEZ, *"...es, quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana. No en vano los romanos la incluyeron entre las tres grandes máximas del comportamiento social, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo."*⁵⁷

Este nuevo orden de cosas, pronto demostró la incapacidad de la clásica nomenclatura civil de daños para responder a las exigencias de los nuevos tiempos. Ante la constatación de que se trataba de una nueva forma de convivir y de relacionarse, que exigía un enfoque más radical y social del tema, haciendo indispensable que el Estado se involucrara en la tutela de las personas en los ámbitos del consumo de bienes y servicios. No es otra cosa lo que sustentan ALPA y BESSONE, al señalar que lo que ha ocurrido, es una acentuada intervención del Estado, *"...marcada por una tendencia a superar la dimensión individualista del contrato y la propiedad, por la afirmación de la instancia social, en un proceso de*

⁵⁴ Vid. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 8.

⁵⁵ Vid. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 8.

⁵⁶ Vid. ALTERINI, A. A., *"Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 8.

⁵⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 21.

progresiva socialización."⁵⁸ En una aproximación interesante a esta temática, OCHOA resalta que, al parecer, en un inicio no existía "...conciencia sobre los riesgos que se generaban con el progreso, ya que se asumía plenamente la visión de lo que es bueno para la ciencia lo es para la técnica y la tecnología, y lo es también para la sociedad."⁵⁹ Es por ello que en un primer momento, los poderes públicos permanecieron bastante ajenos a las consecuencias dañosas que la industrialización comenzaba a producir para los consumidores y usuarios de bienes y servicios, pues, como advierte IZQUIERDO CARRASCO, se concebía al "...accidente industrial como un hecho fortuito..."⁶⁰, sin responsabilidad para el productor. Se entendía como un coste más del progreso, sin considerar realmente la situación de las víctimas. Debieron ocurrir muchos accidentes de consumo y aparecer un sinnúmero de perjudicados no resarcidos, para que se tuviera conciencia de que era necesario proteger al consumidor. Ello fue consecuencia lógica de reconocer que una enorme cantidad de personas, "...al realizar las operaciones normales de la vida diaria, referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir por sí solas unas calidades y unos precios adecuados..."⁶¹, ya que carecen de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contratan y, por extensión, muy posiblemente, tampoco tienen posibilidades reales de lograr que se respeten sus derechos. Este andar, indefectiblemente, nos ha conducido a un nuevo modelo de consumo, en el que predominan los intereses de los consumidores sobre los productores. Es por ello, dice VAZQUEZ FERREYRA, que la acción intervencionista del Estado "...se extiende al campo de la defensa de los consumidores, intentando garantizar en todo lo posible los derechos de éstos, especialmente en aquellos aspectos en los cuales los ciudadanos puedan resultar más afectados por las posibles deficiencias que se presenten en los productos y servicios que consumen o utilizan..."⁶² Irrumpe entonces -afirma TALLONE-, un Estado social "...que se ve abocado a la tarea de favorecer la calidad de vida de sus ciudadanos y la posibilidad de que los mismos accedan a determinados bienes en los que se refleja esa calidad de vida."⁶³ Tal y como señala RODRIGUEZ LLAMAS, el legislador "...ha tomado conciencia de la situación, advirtiendo que es necesario en unos casos regular las figuras nuevas que en el ámbito contractual van surgiendo, y en otros adaptar la regulación tradicional de los ya existentes, pues tal y como se concibieron

⁵⁸ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., *"La responsabilità civile. I prospettive storica - colpa aquiliana illecito contrattuale. Il responsabilità oggettiva - rischio d'impresa prevenzione del danno"*, 3ª edizione, aggiornata a curia di Pietro Maria Pultri, Giufrè, Milano, 2001, pág. 16.

⁵⁹ Vid. OCHOA MONZO, J., *"Riesgos mayores y protección civil"*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 10 y ss.

⁶⁰ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., *"La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 24.

⁶¹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 22.

⁶² Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 8.

⁶³ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 25.

originariamente, hoy se manifiestan insuficientes para armonizar de forma equitativa los nuevos intereses en juego."⁶⁴

Asimismo y como Estado social, su labor ya no se agota en meras funciones de ordenación, control y sanción, pues, para cumplir con el cometido cautelar que se ha impuesto, debe intervenir activamente en este ámbito, preocupándose de concebir mecanismos de incentivo o promoción de la mejora de las condiciones de seguridad y calidad de los bienes y servicios; de impulsar la generación de la mejor información posible sobre los productos y su disponibilidad y accesibilidad por parte de los consumidores; de promover la educación del consumidor y el consumo responsable; de fomentar las organizaciones que actúan en defensa de los consumidores; etcétera. En fin, se caracteriza al Estado como un Estado social, interesado en favorecer la calidad de vida de los ciudadanos y su acceso a ciertos bienes, a fin de que puedan vivir en mejores condiciones, a efectos de lo cual, postula GARCIA AMIGO, se considera necesario legislar protegiendo al más débil en la relación de consumo: el consumidor.⁶⁵

Paralelamente, el cuerpo social comienza a adquirir conocimiento de esta situación y de sus derechos y deberes como consumidor. Pero aún más, en una compleja relación y en representación de la multiplicidad de intereses que cobija, incluyendo la visión de los grupos de presión de distinta índole que actúan en cualquier grupo social (empresarios, ecologistas, asociaciones de consumidores, partidos políticos, compañías de seguros, etcétera), el colectivo asume, junto con las autoridades estatales, la tarea de definir el nivel de riesgos que la sociedad está dispuesta a asumir, sea en virtud de explícitas regulaciones normativas, sea porque *"...la propia dinámica social los ha asumido en virtud de un tácito y difuso consenso..."* sostiene IZQUIERDO CARRASCO.⁶⁶ Por su parte, DE PABLO grafica estas ideas, sosteniendo que el mundo ingresó a una nueva fase histórica, *"...en la que los términos "consumo" y "consumidor" perderán poco a poco su significado para hacerse omnicomprendidos, coincidiendo así con la globalidad de la experiencia existencial..., pues asistimos a una coincidencia cada vez mayor entre el mundo del consumo y el mundo vital, debido a la creciente incidencia de los consumos inmateriales (imágenes, sonidos, informaciones), junto a los tradicionales y más confortantes consumos materiales..."*⁶⁷ Sin duda, sus palabras realzan el fenómeno del consumo como una de las realidades más ricas y complejas de la modernidad y, además, nos advierten de la necesidad de que el Estado y la sociedad busquen una solución adecuada para regular esta nueva realidad en todas sus facetas, incluida la

⁶⁴ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 22.

⁶⁵ Vid. GARCIA AMIGO, M., *"Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: Responsabilidad civil extracontractual"*, en Act. Civ., Madrid, 1986, págs. 1210 y ss.

⁶⁶ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., *"La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 53.

⁶⁷ Vid. DE PABLOS, J. C., *"Un concepto sociológico (y comprensivo) de consumo"*, en EC, nº 65, 2003, pág. 21.

inevitable causación de daños en virtud de los avances de la ciencia y de la tecnología, donde se ubican los daños causados por productos defectuosos.

CAPITULO II

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION.

SUMARIO: 1.- EL DERECHO DEL CONSUMIDOR. 2.- LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR COMO UNA EXPRESION MAS DE LA TUTELA INTEGRAL DE LA PERSONA, ES DECIR, COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL. 3.- EL SURGIMIENTO DEL MOVIMIENTO DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y LA CONVICCION DE QUE ERA NECESARIO CONTAR CON HERRAMIENTAS JURIDICAS QUE ASEGURARAN SU COMPLETO RESARCIMIENTO, FRENTE A UN DAÑO DE CONSUMO. 3.1.- LA EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. 3.2.- LA EXPERIENCIA EUROPEA Y EL IMPULSO QUE LE DIO LA UE A LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR.

1.- El Derecho del Consumidor.

En el ámbito del consumo, se dice que el Derecho del Consumidor es un Derecho nuevo, pese a que el consumo es un hábito tan antiguo como el hombre, pues éste siempre ha sido un ser carente, necesitado de bienes y servicios. Primeramente, para asegurar su subsistencia y, más tarde, para satisfacer variadas necesidades de vida.

ALTERINI define la disciplina jurídica que protege al consumidor, expresando que *"...la defensa de los derechos del consumidor es, en un sentido lato, el sistema normativo que tiende a formular, fortalecer y mantener una política enérgica de amparo y según las circunstancias económicas y sociales del país y las necesidades de su población; teniendo en cuenta los costos y los beneficios que entrañan esas medidas..."*.⁶⁸ Podría decirse que la protección del consumidor configura un intento de sistematizar, en un todo orgánico, un conjunto disperso de actuaciones en diversos ámbitos, que abarcan desde políticas educativas, hasta intervención en procedimientos de fabricación y distribución y, fundamentalmente, de reformas en el Sistema Jurídico existente, incluyendo la creación de categorías jurídicas nuevas, que se adapten a las circunstancias imperantes en una sociedad caracterizada por las grandes concentraciones de población y el sometimiento a los riesgos propios de la fabricación en masa, particularmente los daños causados por productos defectuosos.

Los MAZEAUD y TUNC dicen que a medida que la sociedad se desarrolla, estamos tan cerca unos de otros, que resulta difícil obrar sin correr el riesgo de causar un perjuicio a alguien. Ello, sumado al desarrollo de la gran industria; a la eclosión de los productos elaborados en masa; etcétera, hace que estemos expuestos, como nunca, a padecer algún perjuicio. Tanto, que estos autores deciden llamarla la *era del daño*.⁶⁹ No es de extrañar, entonces, que las normas jurídicas que se han usado para proteger a los consumidores, especialmente su salud y seguridad, hayan tomado diversidad de formas, incluyendo aristas penales; daños; contratos; regulaciones sobre seguridad industrial; sobre normalización y homologación; sobre seguridad, salubridad e higiene de los usuarios o consumidores; sobre la defensa de sus intereses económicos⁷⁰, entre otros, a fin de lograr su objetivo tutelar. Sin embargo, además de esas ordenaciones cuyo objetivo primordial es proteger al consumidor, existen otras normas jurídicas que igualmente lo terminan tutelando, aunque sea indirectamente o por rebote, ora por vía de proteger la propiedad, o de facilitar la litigación o el acceso a la justicia, ora por la

⁶⁸ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R. M., 'Responsabilidad civil por daños al consumidor', en *"Cuestiones modernas de responsabilidad civil"*, en La Ley, 1988, pág. 249.

⁶⁹ Vid. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., TUNC, A., *"Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual"*, Ejea, Buenos Aires, 1977, págs. 10 y ss.

⁷⁰ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., *"La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores"*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 35.

consagración de los llamados intereses colectivos o difusos y la instauración de las acciones de clase, etcétera.⁷¹

No debe perderse de vista que la preocupación fundamental del Derecho del Consumo fue y siguen siendo los consumidores, a quienes se habilita para reclamar por daños causados por el consumo de bienes y servicios, pues se les considera como la parte débil o vulnerable de la relación de consumo. La falta de experiencia, la confianza en exceso y el desconocimiento que en general padecen los consumidores, los transforma en legitimados activos para reclamar por los daños causados por bienes y servicios puestos en el mercado. Afirma MENANTEAU, que *"...es incuestionable la existente asimetría, esto es, la diferencia de información entre el productor, empresario, el intermediario, el que entrega sus servicios y el consumidor, lo que se traduce en una incontrarrestable poder entre las partes..."*.⁷² Ocurre que el empresario y sus agentes, sean productores o intermediarios, están en perfecto conocimiento de la calidad y seguridad del bien o servicio que ofrecen. En cambio, usualmente el comprador o consumidor lo ignora todo o tiene muy poco conocimiento sobre el producto que adquiere, situación que cobra más fuerza en el caso de los productos nuevos que nos entregan el progreso y la tecnología. Por así decirlo, *"...el empresario, su agente, representante, vendedor como también el prestador de servicios tienen la calidad de profesionales en la especie, en tanto que el adquirente es sólo un aficionado..."*.⁷³ Por ello y en aras de lograr una equivalencia o real simetría en la relación jurídica entre las partes involucradas en los actos de consumo, es que se hace imprescindible la protección del consumidor, escenario que justifica, tradicionalmente, la acción del Estado en estas materias por medio de la ley y una serie de reglamentaciones. Y, por cierto, a través de la consagración a nivel constitucional de ciertos principios y derechos básicos del consumidor.

En el mundo de consumo y no podía ser de otro modo, una preocupación central es la instauración de un sistema reparador que permita el resarcimiento integral de los daños sufridos por las personas al usar o consumir bienes o servicios, particularmente los daños causados por productos defectuosos introducidos al mercado, principalmente en su persona (vida, salud), como en su bienes (patrimonio). Ahora bien, cualquier sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos debe estar ligado, necesariamente, a la realidad económica y social en que se inserta y que pretenda regir. En efecto, el impacto que significó el surgimiento de daños por productos elaborados defectuosos, se debió, en gran medida, al verdadero golpe que significó la llegada de la Revolución Industrial, a lo que debe sumarse una serie de fenómenos

⁷¹ Vid. AAVV, *"Responsabilidad Civil. Seminário Internacional"*, OABRJ, Editora Justiça Cidadania, Rio de Janeiro, 2004, págs. 1 y ss.

⁷² Vid. MENANTEAU HORTA, M., *"Manual de Derecho de Protección al Consumidor"*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2000, pág. 11.

⁷³ Vid. MENANTEAU HORTA, M., *"Manual de Derecho de Protección al Consumidor"*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2000, pág. 11.

económicos y sociales que fueron dándose a todo lo largo de la segunda mitad del Siglo XX, que supusieron cambios en el mercado, en las formas de producción, en los hábitos de consumo, etcétera. Este nuevo orden de cosas trastocó profundamente los sistemas económicos imperantes y, más intensamente, el sello del comercio y de los actos de consumo. Pasamos así, de un comercio casi siempre personalizado a uno masivo, caracterizado por los contratos de adhesión con clausulados predispuestos.⁷⁴ Asimismo, entre los centros de producción y el consumidor, se instalaron toda suerte de intermediarios, fruto de lo cual -expresa LUCEA-, se *"...secciona toda vinculación directa entre el posible autor de un daño por poner en circulación un producto defectuoso y su víctima..."*.⁷⁵ Todo esto ha propiciado que se venga hablando, en los últimos tiempos, de la degradación de la posición del consumidor, *"...pero bien entendido que lo que se quiere de poner de manifiesto es sencillamente la inadecuación de los instrumentos jurídicos puestos a su alcance ante el cambio de circunstancias..."*, opinan FERNANDEZ DE LA GANDARA y GALLEGO.⁷⁶ Súmese a ello, el que el consumidor también se transforma en un dato, en una mera transacción, despersonalizándose la relación de consumo, con el agravante de que este consumidor masivo y despersonalizado además, es casi siempre apático de sus derechos, a tal punto, que cuando ocurre un daño considerable despierta lo que DE ANGEL YAGUEZ ha llamado *"la conciencia dormida del consumidor"*.⁷⁷

Esta especial situación del consumidor, explica la copiosa cantidad de normas tuitivas que se han dictado para ampararlo en sus relaciones de consumo y para satisfacer los requerimientos de resarcimiento frente a las nuevas y novedosas formas de daño que genera el progreso, particularmente los defectos que pueden portar algunos productos de consumo. Es quizás a ello a lo que apunta BONIFANTI, cuando nos recuerda que las normas que integran el estatuto de la protección del consumidor, *"...reemplazan a los sistemas jurídicos tradicionales del ámbito*

⁷⁴ Vid. ALFARO AGUILA REAL, J., *"Las Condiciones Generales de la Contratación"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *"Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad"*, Bosch, Barcelona, 1999; BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios Jurídicos sobre la Protección de los Consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987; DE CASTRO Y BRAVO, F., *"Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes"*, Civitas, Madrid, 1975; LOPEZ SANTA MARIA, J., *"Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas"*, en Cuadernos Jurídicos N° 4, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, 1996; POLO, E., *"Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos"*, Civitas, Madrid, 1990; STIGLITZ, R. S., STIGLITZ, G., *"Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985; TAPIA RODRIGUEZ, M., VALDIVIA OLIVARES, J. M., *"Contrato por Adhesión. Ley 19.496"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002; TEJEDOR MUÑOZ, L., *"Incorporación Contractual de las Condiciones Generales (Ley española 7/1998, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación)"*, en Revista de Derecho Comparado, n° 2, Cláusulas abusivas-II, junio, 2000; TOMASELLO HART, L., *"La Contratación, Contratación Tipo, de Adhesión y Dirigida. Autocontratación y Subcontratación"*, Edeval, Valparaíso, 1984; VIGURI PEREA, A., *"La Protección del Consumidor y Usuario en el Marco de los Contratos de Adhesión. Análisis Comparado del Derecho Angloamericano"*, Comares, Granada, 1995.

⁷⁵ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 17.

⁷⁶ Vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., GALLEGO SANCHEZ, E., *"Fundamentos de Derecho Mercantil, I"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 68.

⁷⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños por productos defectuosos"*, en Estudios sobre Derecho de Consumo, Bilbao, 1994, pág. 63.

mercantil, insuflando una concepción humanista, solidaria, protectora de la parte débil de las relaciones de consumo."⁷⁸ A lo mismo parecieran referirse ALTERINI y LOPEZ CABANA, al señalar que hemos entrado *"...en el tiempo de encarar la regulación de un derecho privado patrimonial nuevo y más adecuado a lo que sucede en el mundo de la realidad..."*⁷⁹, expresando la necesidad de que el Derecho, concretamente el Derecho de Daños -y nos atrevemos a agregar: todo el compendio de normas de protección del consumidor-, evolucione sensiblemente hacia el tópico de los daños causados por productos defectuosos. En opinión de VAZQUEZ FERREYRA⁸⁰, uno de los autores que mejor ha captado éstas transformaciones, ha sido DIEZ-PICAZO, para quien la causa de estos cambios y trastornos jurídicos es, precisamente, la incidencia en el Derecho de los fenómenos sociales masivos, pues el Derecho tradicional carecería actualmente del utillaje adecuado para dar respuesta a ellos, que se caracterizan por la intervención de grupos numerosos de individuos, totalmente anónimos. Además, DIEZ-PICAZO suma como factores catalizadores adicionales del cambio jurídico, los avances en otros campos del saber: *"...Si se advierte..., ...este condicionamiento del ordenamiento jurídico por los niveles de conocimiento científico y lo niveles de técnicas creativas, la conclusión a la que parece que hay que llegar enseguida es que los avances, las transformaciones que en ese terreno se producen (avances técnicos), tienen que producir un inevitable influjo en el ordenamiento jurídico (cambio jurídico). Hay de este modo una correlación avance técnico-cambio jurídico, siempre que se trate de un avance técnico de proyección social."*⁸¹

El actual panorama legislativo del consumo, exhibe un desarrollo y crecimiento pleno del Derecho del Consumidor. Si bien como una rama especial del Derecho, ella está indudablemente enraizada en el Derecho común. MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI entre otros, expresan que se trata del *"...Derecho de avanzada, de protección a la parte débil, de la solidaridad, de las soluciones inspiradas en la realidad y en la preocupación por la eficiencia, la plena aplicación; no un derecho para los juristas, sino reglas para el pueblo."*⁸² Al decir de STIGLITZ, el Derecho del Consumidor viene a responder a *"...la preocupación generalizada por las agresiones*

⁷⁸ Vid. BONIFANTI, M. A., *"Derecho del Consumidor y del Usuario"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 70.

⁷⁹ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., *"Reformas al Código Civil. Tomo V"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 15.

⁸⁰ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, págs. 5 y ss.

⁸¹ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado"*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, pág. 90.

⁸² Vid. MOSSET ITURRASPE, J., LORENZETTI, R. L., *"Defensa del Consumidor. Ley 24.240"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1993, págs. 307 y ss.; CASTILLO CASTILLO, J., *"Avatares de la sociedad de consumo española"*, en EC, n° 1, 1984, págs. 13 a 19; FONT GALAN, J. I., *"¿Hacia un sistema jurídico-mercantil de faz completamente nueva en La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social"*, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 177, 1985, págs. 402 y ss.; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *"La protección de los consumidores en el Derecho español"*, en EC, n° 1, 1984, págs. 55 y ss.; BERMEJO VERA, J., *"Aspectos jurídicos de la protección del consumidor"*, en RAP, núm. 87, 1978, págs. 264 y ss.; REBOLLO PUIG, M., *"Potestad sancionadora, alimentación y salud pública"*, en INAP, Madrid, 1989, págs. 69 y ss.

*a bienes colectivos, por las violaciones a los intereses de masa que caracterizan a la sociedad moderna. Los métodos y conceptos tradicionales, informados por una estricta óptica individualística, son ya inutilizables para colmar la imperiosa necesidad de eficaces formas de tutela, frente a controversias cargadas de matices sociales, que afectan a situaciones grupales, más que singulares”.*⁸³ En general, hoy podemos decir que las distintas normas constitucionales, legales y reglamentarias que disciplinan directa o tangencialmente la protección del consumidor, constituyen un Derecho del Consumo que en opinión de DE LA VEGA, debe entenderse como parte integrante *“...del estatuto jurídico del comerciante y del operador económico organizado.”*⁸⁴

Con todo, cabe advertir que el Derecho del Consumo, aunque se refiere preferentemente a los proveedores, productores y consumidores, no configura ni puede ser visto como un Derecho de clase o de casta, programado para la lucha a favor de unos en contra de otros. Nos parece que desde una óptica positiva y constructiva, siguiendo en esto a MOSSET ITURRASPE, debe ser visto más bien como *“...un derecho de la armonización de las relaciones de Mercado; de la superación de las diferencias existentes; de la búsqueda de salidas para mejorar las denominadas fallas del Mercado; de la evitación de los abusos, aprovechamientos, excesos en el consumo, actitudes todas ellas que no son buenas para la sociedad.”*⁸⁵

2.- La protección del consumidor como una expresión más de la tutela integral de la persona, es decir, como un derecho fundamental.

Más ampliamente, en el contexto de un fenómeno de mucha mayor trascendencia que el consumo en sentido estricto, la preocupación por el individuo en forma integral, incluidos los aspectos económicos de su quehacer, se entronca con la protección de los derechos humanos, tarea en que se ha embarcado la humanidad desde 1789, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y, en particular, con los llamados derechos de Tercera Generación, también conocidos como derechos de la Solidaridad de los Pueblos, que abarcan los aspectos no atribuidos a los de Primera Generación (derechos civiles y políticos, como la vida, la integridad física, la libertad de conciencia, la de culto, etcétera); ni de la Segunda Generación (derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a la sindicalización, a la seguridad social, a la educación, etcétera); ya que más bien contemplan cuestiones de carácter supranacional, como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. Al decir de AGUIRREZABAL, se trata de salvaguardas para toda la humanidad, sin cortapisas de ningún tipo y por

⁸³ Vid. STIGLITZ, G. A., *“Protección del Consumidor”*, Depalma, Buenos Aires, 1990, Palabras iniciales.

⁸⁴ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., *“Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil”*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 23.

⁸⁵ Vid. MOSSET ITURRASPE, N., *“Derecho de daños. La prueba en el proceso de daños. Tercera Parte”*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 215.

su intermedio se alienta "...la protección del consumidor; la protección de los niños y los ancianos; el derecho a la identidad nacional y cultural;..."⁸⁶, entre otros.

En este sentido, rescatamos las palabras de BONIFANTI, para quien toda la negatividad que puede conllevar el progreso y la tecnología, puede tratar de ser controlada por medio de normas eficaces, destinadas a proteger "...al más débil⁸⁷, - sin tenerlo como una víctima, por su propia desidia-; pero apuntalándolo en lo fundamental: su educación mínima, lenta, pero perseverante, alejando de él los espejismos de la sociedad consumista en la que debe vivir, a fin de precaverlo contra sus intoxicaciones que pueden comenzar por no saber qué quiere comprar (si realmente lo necesita), cómo puede hacerlo y si puede pagarlo."⁸⁸

3.- El surgimiento del movimiento de protección del consumidor y la convicción de que era necesario contar con herramientas jurídicas que aseguraran su completo resarcimiento, frente a un daño de consumo.

3.1.- La experiencia de Los Estados Unidos de Norteamérica.

Gran parte de la doctrina está conteste en que a raíz de los daños ocasionados por productos defectuosos, se concibió la noción de un consumidor requerido de protección, idea que sienta sus raíces durante el Siglo pasado, cuando la inexistencia de resguardos Estatales, proclamada como bandera de lucha en una economía libre, comenzó a generar una serie de problemas ligados a la defensa de los intereses colectivos y de los consumidores. Es así que en Los Estados Unidos de Norteamérica, el año 1933, se dicta la *Consumer's Advisory Board* y, en 1937, se crea el *Institute for Consumer Education*. Finalmente, en 1972 se dicta la *Consumer Product Safety Act*. Actuaciones similares tendrán lugar en Francia, con la dictación de la ley de protección del consumidor de 1978 y en el Reino Unido, con la *Consumer Safety Act* del mismo año, impulso legislativo que se extendió hacia otros países paulatinamente, hasta generar conciencia mundial acerca de la necesidad de proteger al consumidor o usuario de bienes y servicios en sus relaciones con los proveedores y, especialmente, en el caso de los productores, cuando introducían al mercado productos que, por defectos de distinta tipología, al ser usados o consumidos, provocaban daños. En este decantar, la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó en abril de 1985 la Resolución 39/248, que aprobó una serie de directrices para la protección del consumidor, reclamando de los gobiernos una política enérgica, a fin de garantizar que los productos sean seguros, tanto para el uso al que se destinan, como para el que normalmente sea previsible.

⁸⁶ Vid. AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, M., "*Aspectos Procesales Relevantes del Proceso Colectivo para la Defensa de los Derechos del Consumidor*", en Ciclos de Charlas Los Martes al Colegio, Colegio de Abogados de Chile A.G., Charla dictada el martes 23 de junio de 2009, pág. 5.

⁸⁷ En un plano más amplio, DWORKIN habla de *los menos talentosos*. Vid. DWORKIN, R., "*La Comunidad Liberal*", Santafé de Bogotá, Colombia, 1996, pág. 63.

⁸⁸ Vid. BONIFANTI, M. A., "*Derecho del Consumidor y del Usuario*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 9.

Con todo, uno de los hitos más conocidos en la historia de la defensa de los consumidores, está constituido por el discurso de 15 de marzo de 1962, del Presidente Norteamericano John F. Kennedy, quien dirigiéndose al Congreso de su país, enunció una serie de principios destinados a convertirse en el decálogo de los derechos básicos del consumidor, entre los que destacan: el derecho a la seguridad en el consumo de los productos para que éstos no sean nocivos para la salud y no atenten contra la vida; el derecho a poseer la información suficiente y adecuada, que permita elegir los productos que se adquieran; el derecho a ser oído en las distintas instancias de la sociedad; etcétera.

3.2.- La experiencia Europea y el impulso que le dio la UE a la protección del consumidor.

En Inglaterra, el movimiento consumista nace el año 1962, al presentarse al Parlamento británico el informe final elaborado por el *Comité Monoly*, que había iniciado su tarea 4 años antes, cuyo trabajo influyó poderosamente en la Promulgación de la *Consumer Protection Act*, de 1961. Para muchos autores, este trabajo es el germen de todos los movimientos posteriores en pro de los consumidores, pues *"...constituía un manifiesto de las inquietudes del mundo contemporáneo por un restablecimiento de la soberanía de los consumidores."*⁸⁹

Más tarde, estas tempranas iniciativas fueron replicadas por la UE. Se suele afirmar que el camino hacia la real defensa de los consumidores en la UE, se ha desarrollado en 2 fases. La primera de ellas tiene lugar conjuntamente con la etapa inicial de conformación de la Comunidad Europea, en la cual, la preocupación fundamental fue facilitar las libertades económicas que sustentan el Tratado de Roma, en particular, la libre circulación de las personas, de los capitales, de las mercancías y de los servicios. Para BOTANA y RUIZ MUÑOZ, en este contexto, *"...la entrada del consumidor en escena se produce tangencialmente, vía promoción de la libre competencia..."*.⁹⁰ La segunda fase tiene lugar a partir de la década de 1970, donde se comienza a producir un cambio de orientación en la estrategia Comunitaria, pues de la preocupación sobre la productividad y rentabilidad económica, se pasa al desarrollo de un modelo que se ocupa de la calidad de vida de los ciudadanos Comunitarios, lo que se refleja en el surgimiento de una serie de políticas de los Estados miembros, que comienzan a desarrollar una especial preocupación por la protección de los consumidores, siempre dentro de un esquema centrado en la economía social de mercado, inserto en el *"...propio proceso de integración económica y jurídica de la CEE, a la denominada lógica de desarrollo de todo proceso de integración económica internacional."*⁹¹

⁸⁹ Vid. AAVV, *"Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen segundo"*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 965.

⁹⁰ Vid. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 14.

⁹¹ Vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *"Política y derecho de consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 41.

Surge así la idea Comunitaria de proteger al consumidor en términos de "*...mejorar cualitativamente las condiciones de vida...*" de los ciudadanos, según se recoge en el artículo 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea⁹², precepto que conlleva la necesidad de establecer mecanismos efectivos de protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores europeos. Se ha dicho que a través del Tratado de Roma, la UE cimentó "*...unos fines tuitivos de los derechos de los nacionales de los países miembros, todo ello, lógicamente, en el contexto de un desarrollo armonioso de las actividades económicas.*"⁹³

Desde esa época, la labor de la UE ha sido incesante en este campo, a través de decenas de Resoluciones y Directivas de sus órganos institucionales. Es así como el Consejo de Europa elaboró una Carta de Protección al Consumidor el año 1973, a través de la Resolución nº 453 de la Asamblea, que cronológicamente ocupa el primer lugar entre los instrumentos elaborados por una organización europea en este ámbito. Luego, la Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, aprobó un llamado *Programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores*, del cual es de destacar la temprana concepción de consumidor en un sentido amplio, al expresar que a partir de ese instrumento, ya no se le consideraría "*...únicamente como un comprador y usuario de bienes y servicios para uso personal, familiar y colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, le afectan directa e indirectamente.*" Posteriormente, se aprobó un segundo programa, por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981 y, pocos años después, el 23 de julio de 1985 se elaboró un documento titulado *Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores*, que se considera el sucesor de los programas anteriores.

Estos instrumentos regulatorios han avanzado en la formulación de los objetivos de la política Comunitaria sobre el consumo, estableciendo como primer objetivo de carácter general, la consideración de los intereses de los consumidores en los diversos sectores de las actividades comunitarias y satisfacer sus necesidades colectivas e individuales, consagrando una serie de principios básicos destinados a materializar ese objetivo, entre los que se cuentan algunos destinados a garantizar la protección de la salud de los consumidores, sus intereses económicos, su

⁹² Vid. TCEE, artículo 2. "*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*"

⁹³ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 15.

información, su educación y su consulta y representación en la elaboración de las normas y regulaciones que les pudiesen afectar. Naturalmente, el éxito de estas iniciativas dependía, en todo, de la efectiva integración de las políticas de consumo en las restantes políticas Comunitarias, lo que vino a materializarse con la Resolución de 15 de diciembre de 1986, de la Comisión del Consejo, que perseguía la integración de las políticas de consumo en las demás políticas Comunitarias, a fin de proteger a los consumidores y de fomentar sus intereses, en la idea de que ellos se beneficien del MC.

Podemos indicar entre las normas Comunitarias más importantes en el ámbito de la protección integral del consumidor, a título meramente enunciativo, las siguientes: (i) la Directiva 72/461, de 12 de diciembre de 1972, relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios intracomunitarios de carnes frescas; y la Directiva 72/462, de igual fecha, relativa a problemas sanitarios y de policía sanitaria en las importaciones de animales de las especies bovina y porcina y de carnes frescas procedentes de terceros países. Estas Directivas fueron adaptadas en España a través del Real Decreto 1728/1987, de 23 de diciembre. Sin embargo, los nuevos enfoques científicos y técnicos han obligado a reformular su transposición, por medio de los Reales Decretos 110/1990, de 26 de enero y 495/1990, de 20 de abril; (ii) la Directiva 87/357, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de las legislaciones sobre los productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores. Ella ha sido recogida internamente en España por el Real Decreto 820/1990, de 22 de junio de 1990.⁹⁴ Con todo, es de notar que la legislación española ya había prohibido, conforme al Real Decreto 2330/1985, de 6 de noviembre, sobre normas de seguridad de los juguetes de uso infantil y artículos de broma, fabricar y comercializar productos no alimenticios con aspecto de serlo, que por su apariencia engañosa pudieran inducir a confusión y entrañar peligro para el consumidor; (iii) la Directiva 88/738, de 3 de mayo de 1988, que obliga a aproximar las investigaciones sobre la seguridad de los juguetes. Ella ha sido transpuesta al derecho interno español, por medio del Real Decreto 880/1990, de 29 de junio de 1990; (iv) la Directiva 88/379, de 7 de junio de 1988, sobre la aproximación de disposiciones relativas a la clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos; (v) la Directiva 79/112, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de la legislación en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. Ella fue adaptada por Reales Decretos de 12 de agosto de 1982 y de 23 de septiembre de 1988, que a la fecha han sufrido numerosas modificaciones; (vi) la Directiva 450/84, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, que fue

⁹⁴ Su propósito es proteger de daños que puedan surgir de productos que sin ser alimenticios, tengan una forma, olor, color, aspecto, presentación, etiquetado, volumen o un tamaño tales, que sea posible que los consumidores, en particular los niños, los confundan con productos alimenticios y los chupen, ingieran o lleven a la boca, pudiendo ello implicar riesgos de asfixia, intoxicación, perforación o de obstrucción del tubo digestivo.

incorporada al Derecho español por medio de la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988; (vii) la Directiva 67/548, de 27 de junio de 1967, modificada por la Directiva 86/431, de 24 de junio de 1986, relativas al envasado, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas, y que ha sido incorporada al Derecho interno español por medio del Real Decreto 725/1988, de 3 de junio de 1988; (viii) la Directiva 85/339, de 27 de junio de 1985, relativa a los envases para alimentos líquidos, que ha sido incorporada al Sistema Jurídico español por medio del Real Decreto 319/1991, de 8 de marzo de 1991; (ix) la Directiva 374/85, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, promulgada para homogeneizar la legislación de los Estados miembros en materia de responsabilidad derivada de los daños provocados por productos defectuosos; (x) la Directiva 577/85, de 20 de diciembre de 1985, que se refiere a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; (xi) la Directiva 79/581, de 19 de junio de 1979, relativa a la obligación de indicar los precios de los productos alimenticios; (xii) la Directiva 90/377, de 29 de junio de 1990, relativa al procedimiento Comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad; (xiii) la Directiva 102/87, de 22 de diciembre de 1986, que se refiere al crédito al consumo; (xiv) la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, referida a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; (xv) la Directiva 83/2011: Directiva 83/2011, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; (xvi) la Resolución del Consejo, de 25 de junio de 1987, relativa al acceso de los consumidores a la Justicia; y (xvii) el TR, que ha refundido y sistematizado una serie de leyes y normas jurídicas sobre protección del consumidor, como hemos visto con antelación.⁹⁵

Haciéndose eco a estas numerosas iniciativas, las autoridades de los países miembros de la UE⁹⁶, comenzaron a preocuparse de blandir diversas políticas a favor de la protección del consumidor, insertas, por cierto, en la actividad social del Estado. Para los BERCOVITZ, tal es la importancia dada a esta política pro-consumidor, que se optó en España por darle rango constitucional a la protección de los consumidores.⁹⁷ En efecto, la Constitución Española de 1978, siguiendo en parte a la Constitución Portuguesa de 1976, desarrolla lo que CONCEPCION califica

⁹⁵ Vid. *supra*, apartado 1.- Tema de la tesis / INTRODUCCION.

⁹⁶ Lo que ha sido replicado con mayor o menor intensidad por otros países extracomunitarios.

⁹⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Tecnos, Madrid, 1987, pág. 18.

como un verdadero mandato Constitucional a favor de los consumidores y usuarios en su artículo 51.⁹⁸, que lee: "*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos...*", dejando bien a las claras la importancia que para el constituyente español ha adquirido la tutela del consumidor. Enseguida, el numeral 2 de este precepto, establece la obligación de los poderes públicos de promover "*...la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca*", decantando la idea de que al consumidor no sólo debe protegerse, sino que, además, educársele en los ámbitos del consumo, haciéndole adquirir conciencia de sus derechos y deberes como consumidor. De lo que se sigue, para parte importante de la doctrina, que este precepto constitucional representa el hito más importante en el ámbito de la protección del consumidor, pues, como dice RODRIGUEZ LLAMAS, "*...proclama el principio de defensa de los consumidores..., ...erigiéndolo como uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado Español...*".⁹⁹ Así, según LASARTE, "*...al artículo 51 de la Constitución de 1978 le cabe el indudable honor de haber sido el primer precepto en acoger la idea de la defensa de los consumidores y usuarios como pauta legislativa, como criterio rector y ordenador de una serie de relaciones sociales que, andando el tiempo, han sido calificadas con todo acierto como actos o, mejor, contratos de consumo.*"¹⁰⁰ Esta idea se ve reforzada al coordinar este precepto con el artículo 53 del mismo texto fundamental, que en su párrafo tercero establece que "*...el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos...*", elevando la protección de los consumidores al rango de un Principio General del Derecho, que en cuanto tal, está en la base e informa todo el Sistema Jurídico español, sirviendo de guía interpretativa e integradora de todos sus preceptos.

Sin duda, los dos primeros apartados de este artículo 51 se inspiran en la citada Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975¹⁰¹ y en aras de su adecuado resguardo, enumera los siguientes derechos fundamentales de los consumidores: (i) derecho a la protección de su salud y de su seguridad; (ii) derecho a la protección de sus intereses económicos; (iii) derecho a la reparación de los daños que hayan sufrido; (iv) derecho a la información y a la educación; y, (v) derecho a la representación y a ser oídos. BOTANA y MUÑOZ señalan, acertadamente a nuestro juicio, que "*...el alcance real del precepto nos lo da la*

⁹⁸ Vid. CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., "*Derecho de Daños*", Bosch, Barcelona, 1999, pág. 415.

⁹⁹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 40.

¹⁰⁰ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "*La protección del consumidor como principio general del derecho*", en EC, n° 73, 2005, pág. 55.

¹⁰¹ Relativa a un programa preliminar de la CEE para una política de protección y de información de los consumidores, como ya se dijo.

ubicación del mismo texto constitucional dentro de los principios rectores de política social y económica. Según lo establecido por la propia Constitución en su artículo 53.3, dichos principios informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos."¹⁰² En suma, podemos decir que la protección de los consumidores es un principio general del Derecho español¹⁰³, destacándose que si bien el apartado 1 del artículo 51 de la Constitución no menciona el derecho a la reparación del daño sufrido por el consumidor, ello no tendría importancia, pues, según RODRIGUEZ CARRION y los BERCOVITZ, tal "*...derecho queda subsumido en los correspondientes a la protección de la salud e intereses económicos.*"¹⁰⁴

Para concluir este punto, además de la protección del consumidor a nivel Comunitario y por la legislación interna de España, es conveniente detenerse en las palabras de GARCIA AMIGO, quien apunta que "*...el tema de la protección de los consumidores desborda el Derecho civil, el Derecho Privado. Pero dentro de él, el problema clave es el de la responsabilidad civil, tanto de la contractual, por defectos del bien adquirido o del servicio utilizado, como de la extracontractual, por los daños sufridos en razón del consumo de bienes o de la utilización de servicios...*"¹⁰⁵, agregando que el segundo tópico, el de la responsabilidad extracontractual "*...nos lleva al problema de la responsabilidad por el riesgo creado, y, en todo caso, al problema de la culpa objetiva, por violación de los reglamentos reguladores de la producción y distribución de bienes y servicios...*"¹⁰⁶, cuestiones todas de las más alta importancia al tiempo de definir un estatuto sancionador de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que la Directiva 85/374, la LPD en su momento y actualmente el TR, han debido abordar, como tendremos oportunidad de plantear en los Capítulos siguientes.

¹⁰² Vid. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 11.

¹⁰³ Entre otros cuerpos legales y reglamentarios que desarrollan este mandato constitucional, cabe mencionar: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles; Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre Viajes Combinados; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, posteriormente modificada por Ley 47/2002, Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; Ley 22/2007, de 11 de julio, de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los Consumidores; Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores; Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de Protección de los Consumidores en la Contratación de Bienes con Oferta de Restitución del precio; RD 1801/2003, sobre Seguridad General de los Productos; Reglamento CE nº 178/2002, sobre Seguridad de los Productos Alimentarios y Alimentos; el TR; etcétera.

¹⁰⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 14; BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 22 y ss.

¹⁰⁵ Vid. GARCIA AMIGO, M., *"Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: Responsabilidad civil extracontractual"*, en Act. Civ., Madrid, 1986, págs. 1209 y ss.

¹⁰⁶ Vid. GARCIA AMIGO, M., *"Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: Responsabilidad civil extracontractual"*, en Act. Civ., Madrid, 1986, págs. 1209 y ss.

CAPITULO III

EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD.

SUMARIO: 1.- LA PRESENCIA DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS EN LA SOCIEDAD. 2.- LA MODERNIDAD Y LA SOCIEDAD DEL RIESGO, COMO REFLEJOS DE UN CARACTER ESTRUCTURAL DEL TRAMADO SOCIAL: LA PRODUCCION SOCIAL DE RIESGOS. 2.1.- LA SOCIEDAD DEL RIESGO, VISTA COMO UNA CULTURA DEL RIESGO. 2.2.- CARACTERISTICAS DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO. 2.3.- ACTIVIDADES RIESGOSAS. 2.4.- LA REACCION DEL SISTEMA JURIDICO FRENTE A LOS DESAFIOS QUE LE PRESENTA LA SOCIEDAD DEL RIESGO: NUEVOS MODELOS DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD Y LA PREVENCION. 3.- LA DIFERENCIA ENTRE PRODUCTOS PELIGROSOS, PRODUCTOS SEGUROS, PRODUCTOS RIESGOSOS Y PRODUCTOS DEFECTUOSOS, UNA PRECISION ESENCIAL. 3.1.- PRODUCTOS PELIGROSOS. 3.2.- PRODUCTOS SEGUROS. 3.3.- PRODUCTOS RIESGOSOS. 3.4.- PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.5.- DISTINCION ENTRE PRODUCTOS PELIGROSOS, PRODUCTOS SEGUROS, PRODUCTOS RIESGOSOS Y PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

1.- La presencia de productos riesgosos y peligrosos en la sociedad.

La realidad nos muestra, dice MIRA, que nuestra sociedad *"...utiliza productos con riesgos elevados para la salud, la seguridad y el medio ambiente. Pero no sólo durante la etapa de uso o consumo del producto, sino también en la fase de producción, durante su transporte, en el almacenamiento y, finalmente, en su desecho o destrucción."*¹⁰⁷ No podemos obviar que el progreso y la ciencia han dotado a la humanidad de una serie de ventajas y beneficios, mediante la creación de una serie innumerable de inventos y adelantos que se materializan en nuevos productos para el consumo, respondiendo a una fuerza social especialmente propensa a obtener productos para colmar sus variados requerimientos.

Sin embargo, este estado de bienestar y de adelantos no es gratuito. La producción masiva de productos y la necesidad de innovación, para mantener vivas las fuerzas del mercado, genera, como contrapartida, una serie de riesgos fabriles, pues cada día se lanzan al mercado productos más complejos, convirtiéndolos en nuevas fuentes de riesgos y de daños, al decir de HIDALGO y de OLAYA.¹⁰⁸ Es por ello que RODRIGUEZ CARRION postula que tales riesgos, *"...pese al perfeccionamiento técnico cada vez mayor de los sistemas empleados en la elaboración de los productos, son inevitables, terminando por aparecer defectuosos algunos de ellos, sobre todo en los productos en masa o serie."*¹⁰⁹ Tampoco puede obviarse el hecho de que, en ocasiones, los riesgos que puede importar un producto o los efectos dañosos que provoca, obedezcan, pura y simplemente, a que su productor no ha cumplido con las normas de seguridad que el mercado y la legislación le exigen.

Todo esto se traduce, en la práctica, en que la industria se ve expuesta por el riesgo de los productos que va creando e introduciendo en el mercado, pues algunos de ellos pueden resultar peligrosos en cuanto a su uso, cuestión que los mismos consumidores no ignoran o al menos, tienen noticias respecto de su peligrosidad, pues hay en su empleo una latencia de riesgo y daño normalmente conocida. En realidad, es un sello de estos tiempos el *"...elevado potencial de peligro que la fabricación y distribución de productos supone en las sociedades altamente industrializadas."*¹¹⁰ De alguna manera, esta latencia de mayor riesgo se ha visto coadyuvada por las características del modelo económico y de consumo, que propicia una distancia tremenda entre el productor y el consumidor y usuario, así como un desnivel del conocimiento técnico-científico entre ellos, circunstancias que a la par de caracterizar la producción industrial actual, limitan

¹⁰⁷ Vid. MIRA CANDEL, F., 'Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 2.

¹⁰⁸ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 7.

¹⁰⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 11.

¹¹⁰ Vid. AAVV, MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., (coord.), *"Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto"*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 232.

considerablemente las posibilidades de control por parte del consumidor.¹¹¹ Por ello es que podemos afirmar que la comercialización de productos constituye, hoy por hoy, pese a su indiscutible utilidad social, una fuente de peligros y riesgos.

2.- La Modernidad y la Sociedad del Riesgo, como reflejos de un carácter estructural del tramado social: la producción social de riesgos.

2.1.- La Sociedad del Riesgo, vista como una cultura del riesgo.

Siguiendo en esto a BECK, la Modernidad¹¹² nos ha puesto delante de un modelo en que la producción social de bienes va unida a la producción social de riesgos.¹¹³ Si bien ello nos ha traído una mejor calidad de vida, el costo de ello es lidiar con un incremento de los riesgos que la producción masiva de bienes genera.¹¹⁴ Como dice GIDDENS, "...la Modernidad es una cultura del riesgo."¹¹⁵ Es por ello que la conocida denominación *Sociedad del Riesgo*, se presenta, semánticamente hablando, con un significado negativo, pues, según GUTIERREZ SANTIAGO, alude a nuevos riesgos y a nuevas fuentes de daños, "...que en las sociedades postindustriales desarrolladas conlleva el progreso tecnológico y el sistema de producción y consumo."¹¹⁶

Los riesgos a los cuales hoy nos enfrentamos como sociedad, han sido clasificados por LAU¹¹⁷ en tres clases: (i) riesgos tradicionales; (ii) riesgos provocados por el avance industrial o riesgos propios del estado industrial del bienestar; y, (iii) nuevos riesgos. Los denominados riesgos tradicionales se caracterizan por ser individualmente imputables y limitados en el tiempo. Normalmente son riesgos que se asumen de forma voluntaria, verbigracia, la decisión de esquiar por una pista de extrema dificultad, o aceptar una terapia con drogas experimentales. A su turno, los riesgos emanados de los nuevos avances industriales normalmente se atribuyen a un grupo de personas y son decididos en virtud de análisis del tipo costo y beneficio y son difíciles de delimitar, por lo que conducen inexorablemente a la técnica aseguradora y al prurito de asegurar toda posible contingencia de riesgos, situación en que el costo de los riesgos no son soportados

¹¹¹ Vid., al respecto, KUHLEN, L., "*Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*", Müller, Heidelberg, 1989.

¹¹² Para BECK, la expresión Modernidad alude a una nueva configuración social, surgida con posterioridad a la sociedad industrial. Se trata de un proceso autónomo de innovación, cuyo contrapunto es el riesgo. Este nuevo paradigma social no es una opción elegida o rechazada por los grupos políticos, sino consecuencia de los procesos de modernización que son ajenos a las consecuencias y peligros que a su paso desencadenan. Vid., en mayor extensión, BECK, U., "*La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*", Paidós, Barcelona, 1998; "*La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*", Paidós, Barcelona, 2008; BECK, U., BONSS, W., LAU, C., "*The Theory of Reflexive Modernization: Problematic, Hypotheses and Research Programme*", en *Theory, Culture & Society*, vol. 20, n° 2, págs. 1 a la 33.

¹¹³ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., "*La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*", Bosch, Barcelona, 2001, págs. 23 y ss.

¹¹⁴ Vid. SEELMANN, K., "*Societat de risc i dret penal*", en *Iuris, Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, págs. 272 y ss.

¹¹⁵ Vid. GIDDENS, A., "*Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea*", Península, Barcelona, 1995, pág.12.

¹¹⁶ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 22.

¹¹⁷ Vid. LAU, C., "*Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen un die Definition von Risiken*", en *Soziale Welt*, 1989, págs. 418 y ss.

individualmente, sino de forma social o solidaria. Por último, en cuanto a los llamados nuevos riesgos, éstos se producen de forma involuntaria, aunque se deben a decisiones y acciones de individuos e instituciones. Es el caso de los peligros causados por la energía nuclear, por los productos químicos, etcétera, y sus efectos dañosos pueden recaer sobre cualquiera.

2.2.- Características de la Sociedad del Riesgo.

BECK¹¹⁸, tomando como punto de partida las ideas de LAU, traza las características que la Sociedad del Riesgo presenta, a saber: (i) los nuevos riesgos no pueden ser limitados atendiendo al lugar, tiempo y círculo de afectados; (ii) no son aplicables las reglas que habían venido utilizándose para hacer responder de los daños, como la causalidad, culpabilidad y responsabilidad; (iii) no son asegurable; (iv) son acumulativos, en cuanto los daños que causan son aditivos y se retroalimentan de una pluralidad de factores de riesgo, cada uno de los cuales, por separado, habría de ser estimado irrelevante; (v) la fuente de estos nuevos riesgos es imposible de controlar o dominar en forma exitosa, todo el tiempo.¹¹⁹

Para IÑIGO CORROZA¹²⁰, las principales características de la Sociedad del Riesgo son: (i) Una alteración del potencial de peligro, en el sentido que es el hombre quien crea peligros de dimensiones inmensas, lo que antes también ocurría, pero la diferencia estriba en que estos nuevos riesgos están basados en decisiones de índole industrial o comercial -conocidos en general como riesgos industriales-, que sólo tienen en cuenta los peligros mencionados como aspectos oscuros del progreso. Hablamos de riesgos nucleares, químicos, de la tecnología genética y otros, que son generados de modo artificial y que tienen la potencialidad de poner en peligro la vida de cientos de miles de personas¹²¹; (ii) En la medida en que aumenta la división social del trabajo, la sociedad se vuelve más compleja y, por consecuencia, la responsabilidad se diversifica cada vez más, al extremo, que la colaboración de cada cual dentro del entramado social es muy pequeña y específica, tanto, que al decir de SEELMANN, es "*...una pequeña nota en el gran engranaje...*"¹²²; (iii) Existe una falta de seguridad subjetiva, nacida de la tensión que se da entre la seguridad que se demanda de los productos versus su complejidad; (iv) Se produce una coexistencia problemática entre dos modernidades: la de la expansión de opciones y la de expansión de riesgos. Ambas

¹¹⁸ Vid. BECK, U., *"Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen, Frankfurt am Main"*, Suhrkamp Verlag, 1991, pág. 10.

¹¹⁹ Vid., al respecto, DENNIGER, E., *"Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno"*, Doxa, n° 14, 1993, págs. 368 y ss.

¹²⁰ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 28.

¹²¹ Nótese que los riesgos naturales eran considerados como golpes del destino, situaciones azarosas u otros de similar naturaleza. En cambio, los riesgos industriales, que están vinculados a una decisión, conllevan el deber de responder por los daños ocasionados, lo que al Derecho importa en términos de imputación y responsabilidad a la hora de crear un régimen de responsabilidad.

¹²² Vid. SEELMANN, K., *"Societat de risc i dret penal"*, en Iuris: Quaderns de política jurídica, n° 1, 1994, págs. 271-288.

son indisociables, pues todas las actividades relacionadas con el desarrollo científico, tecnológico y social de una sociedad crean, en mayor o menor medida, riesgos; (v) Dentro de los riesgos propios del estado industrial del bienestar, se incluyen todos aquellos derivados de la fabricación y comercialización de productos; (vi) Los daños generados por defectos de los productos pueden importar altos costos sociales, sea en relación a los usuarios y consumidores, sea en relación a los trabajadores que laboran en su producción, sea al medio ambiente; (vii) El proceso de producción y consumo masivo, marca una pauta fundamental en esta nueva sociedad, pues no se trata sólo de la causación de riesgos derivados de los procesos productivos por decisiones fabriles o errores técnicos en su fabricación, sino que ayuda a esta proliferación de los daños el incremento del consumo y del bienestar, dándose lugar a daños colectivos, infligidos al grupo social; (viii) Este orden de cosas motiva que, incluso los mejores controles, no puedan garantizar -siempre y en todo caso- la inocuidad de los productos. De hecho, la confianza que consumidores o usuarios normalmente depositan en los productores, no siempre está justificada. Sobran los ejemplos al respecto: el paciente que utiliza un medicamento tras haber leído el prospecto y, sin embargo, después sufre una serie de efectos secundarios no previstos en las contraindicaciones; la madre que adquiere en un establecimiento autorizado una caja de leche para un infante y no recibe suficiente información acerca de sus componentes; el propietario de un vehículo de una prestigiosa marca, que sufre un grave accidente de circulación porque las ruedas se encontraban en mal estado; los que compran aceite para cocinar, que luego resulta ser tóxico; etcétera. En efecto, es fácil constatar que los productos químicos, tóxicos y otros materiales peligrosos, han llegado a convertirse en esenciales para el crecimiento económico de todos los países. Conforme señala MIRA, *"...la industria de alta tecnología en materia de componentes electrónicos pudo utilizar más de dos mil productos químicos distintos, la mayoría de ellos altamente peligrosos. La industria de la automatización utiliza robots y maquinarias muy sofisticadas cuya susceptibilidad de daños propios era difícilmente imaginable tiempo atrás..."*.¹²³ En el mismo sentido, la productividad en la agricultura está ineludiblemente vinculada al uso de productos químicos de alta toxicidad. Los productos farmacéuticos, imprescindibles para nuestra sociedad moderna, también implican un abanico de riesgos para la salud humana, difíciles de prever de antemano y de dimensionar en toda su magnitud, pese a las innumerables pruebas y controles a que son sometidos antes de ser introducidos en el mercado. Como dice ALCOVER, *"...se está ante un inevitable coste del progreso, ya que la sociedad actual en la que estamos inmersos no quiere renunciar a los beneficios de la estructura productiva pese a sus evidentes riesgos..."*.¹²⁴

¹²³ Vid. MIRA CANDEL, F., 'Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 2.

¹²⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 19.

2.3.- Actividades riesgosas.

Si bien tradicionalmente los énfasis se han puesto en la existencia de bienes o productos peligrosos, como un sello distintivo de la Sociedad del Riesgo, no olvidemos que la vida en sociedad requiere del desarrollo de una serie de actividades riesgosas, las que tampoco se pueden evitar o abandonar, dadas las finalidades que sirven. El concepto de actividad riesgosa ha sido desarrollado por la doctrina comparada y aceptada por los Códigos más avanzados. Por ejemplo, explica PARELLADA que el artículo 2050 del Código Civil Italiano¹²⁵ se ha aplicado ampliamente por la jurisprudencia de ese país a empresas de construcción, molinos, industrias insalubres o tóxicas; a la utilización de calderas o máquinas accionadas por la electricidad o vapor; en la actividad minera; en el transporte; en la producción de energía eléctrica; en la colocación de conductos bajo la calzada; en la caza con armas de fuego; en la manipulación de fuegos de artificio; en el ejercicio del sky; en la excavación de terrenos; en el uso de pesticidas; etcétera.¹²⁶

Empero, como contrapartida a la existencia y uso de productos riesgosos, se ha forjado lo que MIRA califica como “...una creciente demanda social en relación con la seguridad de los productos puestos en el mercado, y con la exigencia de responsabilidades en el caso de daños causados por aquéllos a los consumidores...”¹²⁷, lo que ha provocado un giro importante en el desarrollo del comercio, rigurosos controles de calidad a los productos y sistemas legislativos a nivel comparado cada vez más severos en estas materias, que buscan asegurar la indemnización de los perjuicios provocados por productos defectuosos.

2.4.- La reacción del Sistema Jurídico frente a los desafíos que le presenta la Sociedad del Riesgo: Nuevos modelos de imputación de responsabilidad y la prevención.

Todas las veces que un producto peligroso causa un daño a alguien, o las veces en que una actividad o tarea riesgosa desemboca en un accidente, probablemente se trata de casos en los que la confianza del consumidor o usuario ha sido defraudada. Por ello es que el Derecho ha debido reaccionar, para amparar a estas víctimas expuestas a nuevas fuentes de daños, inventando nuevos modelos de imputación, con un cariz social de responsabilidad, ideologizados en hacer efectiva la reparación de las víctimas de daños causados por productos que circulan en el mercado. No olvidemos que, a fin de cuentas, la responsabilidad no es más que “...la necesidad efectiva o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio...” enseña

¹²⁵ Vid. CC italiano, artículo 2050. “Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. Todo aquel que causa daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por la naturaleza de la misma o de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, a menos que pruebe que adoptó todas las medidas idóneas para evitar el daño.”

¹²⁶ Vid. PARELLADA, C. A., “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, en LL, agosto, 1987.

¹²⁷ Vid. MIRA CANDEL, F., ‘Seguridad y responsabilidad de productos’, en “Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 1.

CORRAL¹²⁸; o el "...deber jurídico de reparar los daños o perjuicios que se producen con ocasión de un incumplimiento de una obligación...", en palabras de RODRIGUEZ GREZ.¹²⁹

Pero estas reacciones regulatorias no se han centrado sólo en la reparación. Por el contrario, se ha instalado la idea de que también deben desarrollarse políticas de prevención. Si el uso creciente de los medios técnicos -en todos los ámbitos-, ha hecho aumentar las posibilidades de daños, es obvio pensar, como dice CARRASCO, que "...la prevención de estas desgracias es una necesidad social que va en aumento y obliga a que con el desarrollo de la tecnología se incrementen los esfuerzos para que la misma ofrezca unas condiciones de seguridad e higiene aceptables."¹³⁰

Cabe anotar que en el ámbito de la prevención, se presentan 2 vías distintas para enfrentar este desafío, una referida a la intervención en la concepción y diseño de los productos y la otra, posterior, relativa a sus condiciones de utilización. En general, las técnicas de prevención permiten diseñar procedimientos para la reducción de los riesgos de los productos. Por ello, el procedimiento de prevención comprende: (i) el análisis de los riesgos del producto; (ii) la aplicación de la normativa legal que los afecta; (iii) la disposición de las medidas preventivas; y, (iv) la decisión económica de la prevención.¹³¹

Con todo, no puede olvidarse que existe un ámbito de riesgo permitido, cuya extensión depende de una ponderación de los intereses en juego. Estos intereses, aun cuando fundamentalmente económicos, pueden ser de muy variada índole, tal como la utilidad del producto, la competitividad del producto, el encarecimiento del producto como consecuencia de los mayores controles; etcétera.¹³² En fin, es la misma sociedad la que decide el nivel de riesgos que está dispuesta asumir. Por ende, todo lo que esté dentro de ese umbral, será un riesgo permitido y lo que lo sobrepase, un riesgo inaceptable, por el que se deberá responder.

¹²⁸ Vid. CORRAL TALCIANI, H., "Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 13.

¹²⁹ Vid. RODRIGUEZ GREZ, P., "Responsabilidad Extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 11.

¹³⁰ Vid. CARRASCO ARIAS, V., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 44.

¹³¹ No podemos dejar de mencionar un asunto sumamente interesante a nuestro entender, referido a la prevención del producto, concepto extraído del ámbito de los seguros. Se quiere aludir a la seguridad de los productos, como un requisito imprescindible de satisfacer por el productor a través de la prevención. La prevención del producto exige un análisis técnico de los riesgos que conllevan los productos, desde que nacen y hasta que mueren, bajo el postulado de que el ciclo de cualquier producto exige una auditoría destinada a registrar todas las etapas del proceso productivo. Como señala GHERSI, esta tarea engloba "...tanto el producto en sí mismo, como del ambiente en que se encuentra y, especialmente, de las personas o bienes con los que se mantiene en posible contacto o por su utilización..." (Vid. GHERSI, C. A., 'Responsabilidad Civil de la Empresa', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 15.). Esfuerzo que estimamos notable, pues se trata precisamente de una estructura de aliento o incentivo no normativo, que prescinde de todo castigo resarcitorio, dirigida a producir mejor, evitando el daño de consumo y todos sus costos, desde el origen.

¹³² Vid. AAVV, MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., (coord.), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", Bosch, Barcelona, 1996, pág. 253.

3.- La diferencia entre productos peligrosos, seguros, riesgosos y defectuosos, una precisión esencial.

Aunque pueda ser prematuro adelantar una conclusión a estos respectos, nos parece esencial establecer, desde ya, la diferencia entre productos peligrosos, productos seguros, productos riesgosos y productos defectuosos, más allá de las legislaciones que establecen responsabilidades en cabeza del productor por unos u otros, o de los casos en que se les trata como sinónimos, tipificando responsabilidades por daños causados por productos riesgosos o peligrosos e, incluso, en algunos casos en que se les asimila a la noción de productos defectuosos.

En efecto, es necesario dar cuenta de una clarificación esencial, de autoría de RUIZ GARCIA y MARIN, quienes, en términos muy sencillos, nos dicen que "*...el concepto de producto peligroso es fáctico, mientras que los conceptos de producto seguro y de producto defectuoso son normativos...*".¹³³ Entonces, a efectos del análisis que sigue, es menester tener presente que en el caso de los productos peligrosos, se enfrenta un concepto fáctico, dado por la realidad y la experiencia. En cambio, tratándose de los productos seguros, riesgosos y defectuosos, su noción está construida por el legislador, por lo que se trata de definiciones normativas.

Esta sencilla pero primordial idea, deberá guiar las diferencias que enseguida intentaremos ir apuntando entre estos conceptos, que suelen ser malentendidos o confundidos entre sí.

3.1.- Productos Peligrosos.

Es indudable que los productos peligrosos son una realidad de la vida moderna, con los cuales convivimos diariamente. En efecto, es bien conocido el hecho que, desde hace 3 o 4 décadas, el avance de los fenómenos tecnológicos y la expansión del comercio, en todas sus formas, han provocado la masificación de la producción y la intensificación de la oferta de bienes y servicios, redundando en mejoras en las condiciones de vida de las personas, pero, al mismo tiempo, paradójicamente, los enfrentan a más riesgos, pues muchos de los productos que se introducen al mercado, si bien cumplen los fines para los cuales fueron ideados o diseñados, tienen o importan una latencia de riesgo para quienes los emplean o consumen.¹³⁴

¹³³ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "*Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 5.

¹³⁴ Vid. RAMOS, S., RIERA, M., FABIAN, I., FABIAN, R., GASCH, C., "*Sujetos responsables por los daños derivados del uso de un producto peligroso. Comentario a la STS 1ª, 21.11.2008 (MP: José Antonio Seijas Quintana), RJ 2009/144*", en InDret, n° 4, 2009; GONZALEZ BARRIOS, I., "*Responsabilidad por productos inevitablemente peligrosos: ¿riesgo agravado o riesgo consentido?*", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, núm. 4, 2005.

Si bien ello es un dato totalmente verificable, curiosamente es difícil encontrar una definición de producto peligroso en la legislación. Sin embargo, la SAP de Zaragoza, de 27 de septiembre de 1999¹³⁵, en su FD 1º, entrega un concepto de producto peligroso sumamente ilustrativo, al expresar que *"...puede ser definido como aquél que de forma inminente sea potencialmente susceptible de producir un daño, por sí mismo, bien por su naturaleza, bien por su relación a otras determinadas circunstancias (cantidad, personas a quienes va dirigidos, embalaje, etc.), caracterizándose también... por el hecho de llevar consigo, a ser posible incorporada al producto mismo, una llamada de atención sobre su innata peligrosidad a modo de advertencia, de forma tal que quien lo adquiera o se sirva de él, pueda conocer de manera rápida los peligros que del mismo se derivan, y en su caso los medios apropiados para evitarlos."*¹³⁶

Por ende, producto peligroso es aquél que importa una latencia de daño, que proviene de su uso o consumo. Así por ejemplo, un remedio es un producto peligroso, que en dosis mayores que las indicadas, pueden provocar graves y serios daños e incluso causar la muerte de una persona. Una motocicleta, una herramienta de carpintería, algunas fuentes de energía, los cigarrillos, etcétera, son todos buenos ejemplos de productos peligrosos, cuyo uso o consumo es capaz de provocar daños en quien los emplea o consume. Y es que conforme los lúcidos comentarios de RUIZ GARCIA y MARIN, puede decirse que todo producto es, en mayor o menor medida, peligroso, ya que cualquier producto puede causar un daño¹³⁷, aunque debe reconocerse que algunos tienen más aptitud para causar un daño que otros, por lo que es justo concluir que algunos productos pueden ser más peligrosos que otros, lo que, *prima facie*, nos conduce a la conclusión de que la apreciación acerca de la peligrosidad de un producto es, ante todo, una cuestión de hecho que, lógicamente, dependerá de la naturaleza y características de cada producto y de las circunstancias de su uso o empleo.

3.2.- Productos Seguros.

Normativamente, producto seguro, que es la contracara de un producto peligroso, está definido en el artículo 2, letra b) de la Directiva 95/2001 y en la letra a) del artículo 2 del RD 1801/2003, en los siguientes términos: *"...cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de*

¹³⁵ Vid. Civil, Sec. 5a., de fecha 27 de septiembre de 1999.

¹³⁶ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 5.

¹³⁷ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 5.

un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular de los siguientes elementos: (i) características del producto, entre ellas su composición, envase, instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento, (ii) efecto sobre otros productos cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos, (iii) presentación del producto, etiquetado, posibles avisos e instrucciones de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto; (iv) categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores...".

Agrega este precepto una frase de singular interés para la tipología de producto seguro, al expresar que *"...la posibilidad de obtener niveles de seguridad o de obtener otros productos que presenten menor grado de riesgo no será razón suficiente para considerar que un producto es peligroso"*, léase inseguro, pues el sentido de la frase es, obviamente, aludir a la presencia de más riesgos que los considerados admisibles. Ello, porque un producto es seguro cuando no posee riesgos o los riesgos que conlleva son mínimos, siendo esta segunda posibilidad la más probable, pues, por descontado, debemos decir que fabricar un producto que tecnológicamente no contenga ningún riesgo, es algo muy difícil de lograr o a costes inimaginables, lo que lo haría inviable comercialmente hablando.

3.3.- Productos Riesgosos.

Para LOMBARDA, un producto riesgoso es aquél *"...cuyo consumo o manejo demande conocimientos o precauciones especiales a los fines de evitar potenciales perjuicios."*¹³⁸ Asimismo, riesgo está definido en el apartado c) del artículo 2 del RD 1801/2003, como la *"...posibilidad de que los consumidores y usuarios sufran un daño para la salud o seguridad, derivado de la utilización, consumo o presencia de un producto..."*; agregando luego algunos criterios para poder evaluar el riesgo, que en realidad se remiten a las disposiciones normativas de obligado cumplimiento en España, que fijan los requisitos de salud y seguridad que debe cumplir todo producto, según reza el artículo 3.1 del citado RD.

Entonces, el producto es seguro si cumple los requisitos mínimos de protección de la salud y de seguridad que le sean aplicables según su naturaleza y conforme disponga la nomenclatura jurídica vinculante y de no cumplirlas, debe entenderse como un producto riesgoso. Como es obvio, hablamos de exigencias de salud y seguridad mínimas y de carácter general, que permiten concluir que todo producto que ingresa al mercado posee, dicen RUIZ GARCIA y MARIN, al menos *"...un nivel*

¹³⁸ Vid. LOMBARDA, C. A., 'El Deber de Seguridad en la Ley del Consumidor', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 397.

básico de seguridad."¹³⁹ Esto no significa que la Administración Pública no pueda fiscalizar un producto determinado, si estima que pese a cumplir ese estándar básico, es inseguro, pues supera el nivel de riesgos mínimos en comento.¹⁴⁰

3.4.- Productos Defectuosos.

Paralelamente, las mismas condiciones fabriles y mercantiles ya enunciadas, han permitido la aparición de ciertos productos que, puestos en el mercado, circulan en él portando un defecto capaz de dañar a las personas que los usan, consumen o emplean, sin tener noticia de dicho defecto y, lo que es peor -dice LAMBERT-, confiadas en que ese producto es seguro de usar o consumir.¹⁴¹ De acuerdo al artículo 6.1 de la Directiva 85/374, un producto es defectuoso "*...cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.*" Por su parte, el artículo 137.1 del TR, define producto defectuoso en los siguientes términos: "*Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.*" Es decir, se trata de productos que en su concepción o diseño adolecen de un error o defecto, o bien, de una anomalía en su proceso fabril, o bien, las instrucciones o informaciones sobre su uso o empleo son erradas, parciales o insuficientes, o bien, porque lisa y llanamente su estándar de seguridad es menor al que un hombre promedio razonablemente podría esperar, y que, por lo mismo, son capaces de causar un daño a las personas que los usan o consumen. En todos estos casos, nos enfrentamos a un producto defectuoso, que da lugar a la denominada responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos.

3.5.- Distinción entre Productos Peligrosos, Productos Seguros, Productos Riesgosos y Productos Defectuosos.

La distinción entre producto peligroso y producto defectuoso no siempre es fácil. Sin embargo, en la legislación comunitaria podemos encontrar una consagración positiva del tratamiento diferenciado de estos 2 tipos de productos. En efecto, la

¹³⁹ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "*Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 8.

¹⁴⁰ Esto se justifica en virtud del principio de cautela o de precaución, pues si hay dudas acerca de la seguridad de un producto y el estado de los conocimientos no basta para determinar su nivel de seguridad, está justificada la intervención de los poderes públicos a fin de impedir su comercialización, ordenando su retiro del mercado, etcétera. Para un mayor análisis de este principio, Vid. SALVADOR CORDECH, P., SEUBA TORREBLANCA, J. C., RAMOS GONZALEZ, S., LUNA YERGA, A., "*Neminem laedere, principio de cautela y red de alerta*", en InDret, n° 190, enero, 2004; FEINTUCK, M., "*Precautionary Maybe, but What's the Principle? The Precautionary Principle, the Regulation of Risk, and the public Domain*", en Journal of Law and Society, vol. 32 (3), Blackwell Publishing, Oxford, 2005, págs. 371 y ss.; Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución, de 2 de febrero del 2000, Bruselas.

¹⁴¹ Vid. LAMBERT, S., "*La Loi du 19 Mai 199 relative a la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux*", Presses Universitaires D'aix-Marseille, 2000, pág. 37.

Directiva 95/2001, relativa a la seguridad general de los productos y el RD 1801/2003, con idéntico título, desarrollan el concepto de producto seguro, por una parte -que es el extremo opuesto de un producto inseguro- y que también nos permite hablar de un producto peligroso. Y, por otra parte, la Directiva 85/374 y el TR disciplinan el concepto y régimen de los productos defectuosos. Entonces, a partir de estos cuerpos normativos, podemos ir estableciendo las diferencias entre unos y otros.

Por lo pronto, es obvio que tanto el producto peligroso como el defectuoso pueden dañar, pero la diferencia entre uno y otro estriba en que el riesgo que entraña el producto peligroso es esperado por su usuario o consumidor, mientras que el riesgo que importa el producto defectuoso no, pues es totalmente desconocido. De hecho, hace tiempo ya, que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana entendieron que un producto peligroso no es por sí mismo defectuoso. Como explica el comentario i a la Sección 402 A del *Restatement Second*, existen productos, como las armas de fuego, los cuchillos, el tabaco o las bebidas alcohólicas que son peligrosos por naturaleza -o que producen ciertos efectos secundarios dañosos- cuyos riesgos, que suelen ser conocidos por sus destinatarios, no pueden eliminarse sin al mismo tiempo suprimir aquellas características que precisamente los hacen atractivos a sus destinatarios. Por ello, resulta imposible fabricar esos productos sin eliminar los riesgos inherentes a su propia naturaleza.¹⁴² Tales productos no son, en sí mismos, defectuosos, sino sólo cuando, más allá de esos riesgos inherentes y conocidos, crean riesgos no esperados a causa de alguna circunstancia ajena a su naturaleza misma. Así, "*...el buen whisky no es irrazonablemente peligroso sólo porque produzca la embriaguez de quien lo ingiere ni porque resulte en especial peligroso para los alcohólicos; sin embargo el mal whisky que contenga una cantidad suficiente de impurezas debido a una mala destilación, resulta irrazonablemente peligroso[...]; ...La buena mantequilla no es irrazonablemente peligrosa simplemente porque pueda incrementar el nivel de colesterol y sea la causa de ataques cardíacos; sin embargo, la mantequilla contaminada con aceite de pescado tóxico es un producto irrazonablemente peligroso.*"¹⁴³ Por ello, CILLERO DE CABO afirma que un producto peligroso sólo es defectuoso, si "*...su peligrosidad se encuentra oculta, de modo que, habiendo generado ciertas expectativas de seguridad en los consumidores, éstas quedan frustradas al producirse el daño.*"¹⁴⁴ Es así como la doctrina ha dado cuenta de la existencia de productos considerados peligrosos por su propia naturaleza, tales como el tabaco, el alcohol, los medicamentos con efectos secundarios, etcétera,

¹⁴² Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, págs. 792 y 793.

¹⁴³ Vid. AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.), "*Restatement of the Law, Second, Of Torts*", St. Paul, Minn., 1965, págs. 352 y 353.

¹⁴⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 154.

puesto que todos ellos entrañan riesgos inevitables para la salud, pero son necesarios para la población o indispensables para el desarrollo de un sinnúmero de actividades. Sin embargo, ellos no son defectuosos, pues no defraudan la expectativa legítima de seguridad de nadie, pues existe claro y evidente conocimiento del riesgo o peligro que entraña su uso o consumo.

Hay, además, un matiz entre las expresiones peligroso e inseguro, más allá de que suelen emplearse como sinónimos, pues ocurre que un producto peligroso puede ser seguro, ya que *"...la peligrosidad de un producto depende de sus características propias, mientras que la seguridad deriva de la ausencia total o presencia mínima de riesgos..."*¹⁴⁵, aunque, claro está, las características de peligroso y seguro pueden concurrir perfectamente en un producto. Piénsese en un revólver que sólo dispara si se jala el gatillo, después de haber quitado el seguro que permite percutirlo. Tal y como dicen HIDALGO y OLAYA: *"...En términos coloquiales la idea de seguridad va unida a la ausencia de peligro..."*¹⁴⁶, lo que genera la referida tendencia a confundir peligro y defecto, pese a no ser la misma cosa, según queda expuesto precedentemente, cuestión que el concepto normativo de producto defectuoso procura despejar.

Por último, es conveniente tratar de desnudar las imbricaciones posibles entre productos peligrosos, seguros y defectuosos, pues, evidentemente, en un mismo producto pueden coincidir más de una de éstas características. Dicho de otro modo, ¿Hay productos seguros que sean, a la vez, peligrosos y defectuosos? Para responder a esta duda, veamos algunas posibilidades.

Sin duda, una primera posibilidad es encontrar un producto peligroso que sea seguro a la vez, ya que la peligrosidad, que es una cuestión fáctica, encaja perfectamente dentro del concepto normativo de seguridad a que hemos aludido con antelación. En efecto, como dicen RUIZ GARCIA y MARIN, ocurre que *"...un producto seguro es todo lo peligroso que debe ser, de modo que un producto peligroso será seguro si los riesgos que contiene son mínimos."*¹⁴⁷ Por ejemplo, una pistola es un producto peligroso innegablemente. Pero es seguro siempre que dispare sólo al jalar su gatillo y no por una simple manipulación. Por ende, peligrosidad y seguridad no son necesariamente incompatibles, aunque queda en el aire un tema nada fácil de despejar: ¿Cuál es el límite a esa peligrosidad, para considerar un producto seguro?, pues de estimarse inseguro, no podría ingresar al mercado.

¹⁴⁵ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., *"Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994"*, en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 6.

¹⁴⁶ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 277.

¹⁴⁷ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., *"Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994"*, en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 12.

Una segunda posibilidad es enfrentarse a un producto peligroso y defectuoso al mismo tiempo. Aquí la dificultad estriba en que cualquier producto defectuoso, por el solo hecho de ser tal, *"...es siempre más peligroso de lo que debería ser, pero un producto peligroso no es necesariamente defectuoso..."*.¹⁴⁸ Por ende, peligro y defecto no son un binomio inseparable. En esa línea, CERVETTI señala que *"...Un producto peligroso pero sin embargo bien fabricado y acompañado de adecuadas advertencias de uso no es por sí mismo dañoso: por el contrario un producto defectuoso, en el sentido de que no ofrece la seguridad legítimamente esperada, es en cambio siempre peligroso..."*.¹⁴⁹ De hecho, el peligro de un producto no tiene porque deberse a su defecto, ya que intrínsecamente y por su propia naturaleza, puede ser peligroso. Aunque, claro está, la existencia de un defecto aumenta la peligrosidad del producto. A vía ejemplar, RUIZ GARCIA y MARIN¹⁵⁰ rescatan la decisión contenida en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de marzo de 2006¹⁵¹, sobre daños causados por el uso de un producto profesional que contenía un elevado contenido de ácido sulfúrico (98%), caratulada *Carlos Francisco c. Quimigas, S.L. y Seguros Catalana Occidente S.A.*, en que el Tribunal razona en su FD 4º, de la siguiente manera: *"Por mucha amplitud que se le quiera dar al concepto (de producto defectuoso), no cabe incluir en el mismo cualquier clase de producto peligroso por el hecho de que lo sea en sí o por mucho peligro que entrañe, pues si ese producto se presenta en las condiciones de seguridad precisas y proporcionadas a su naturaleza en función del uso que le es previsible, no tendrá la consideración de defectuoso pese al peligro que suponga."*

Por último, una tercera posibilidad apunta a la relación entre defecto y seguridad de un producto, pues un producto defectuoso siempre es inseguro, ya que ha superado el umbral de riesgos mínimos que es tolerable, transformándose en inseguro. Básicamente, defraudará las expectativas de seguridad de un consumidor ordinario, por lo que merece ser calificado también como defectuoso.

En síntesis, podemos afirmar que un producto peligroso puede ser seguro y que, además, por el hecho de ser peligroso no tiene porque ser necesariamente defectuoso. Asimismo, hay una serie de productos peligrosos, pues su uso conlleva riesgos, pero que no son inseguros. Por último, pueden haber productos peligrosos, seguros y no defectuosos. Se trata de productos que funcionan para aquello que se les concibió o diseñó, no portan ningún vicio o defecto de manufactura, la

¹⁴⁸ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., *"Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994"*, en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 13.

¹⁴⁹ Vid. CERVETTI, F., *"La nuova legge spagnola sulla responsabilità del produttore"*, en Riv. Dir. Comm., 1996-I, págs. 320 y 321.

¹⁵⁰ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., *"Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994"*, en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 14.

¹⁵¹ Vid. Civil, Sec. 4ª, de 15 de marzo de 2006.

información sobre su uso o empleo es clara y suficiente y tampoco defraudan una expectativa legítima de seguridad que una persona promedio, razonablemente, pudiera formarse respecto de su uso o consumo. Es decir, hablamos de productos que, por sus especiales características o por su naturaleza o por las circunstancias en las que se usan o emplean, portan una latencia de daño, es decir, perfectamente pueden causarle una lesión o perjuicio a una persona por su mero uso o consumo. Tal es el caso de un equipo de alas delta, de una motocicleta, de los cigarrillos, de una determinada preparación farmacéutica, etcétera, pero que, con las advertencias e instrucciones pertinentes y usados correctamente y de acuerdo a su propósito natural -aquello para lo cual fueron concebidos-, ofrecen la seguridad que legítimamente cabe esperar y exigir. En cambio, todo producto defectuoso es, *per se*, inseguro, pues en este caso no funciona como se le concibió, o bien, en su fabricación, inadvertidamente, se introdujo una anomalía, o sus instrucciones de uso son erradas, mezquinas, vagas etcétera, o bien, no supera la legítima expectativa de seguridad o de uso seguro, por parte de quien lo usa o consume.¹⁵² Del mismo modo, debiésemos concluir que también es defectuoso el producto que genera un riesgo que excede los límites aceptables, atendidas todas sus circunstancias de uso y consumo.

Nos parece que las radicales diferencias apuntadas, permiten distinguir entre un producto peligroso, seguro, riesgoso y otro defectuoso. Sin embargo, no podemos desconocer que existe una zona gris, pues productos irrazonablemente peligrosos, pueden llegar a ser considerados como defectuosos, en el sentido que aun informando los riesgos que entraña su uso o consumo, no ofrezcan ni siquiera un mínimo de seguridad. En esta categoría habrá que considerar al producto peligroso cuyos riesgos son conocidos por el productor, pero no por el consumidor y a todos aquellos que defrauden las legítimas expectativas de seguridad en su uso o consumo que, un hombre promedio, pudiese alentar. Desde luego, este es un tema de matices, pero vale la pena dejarlo planteado.¹⁵³

¹⁵² Esta distinción entre productos peligrosos y productos defectuosos se hace aún más compleja de discernir, cuando pensamos en ciertos productos cuya producción, distribución y comercialización es legítima, está regulada por una serie de normas legales y reglamentarias, genera empleo y pagan tributos y, sin embargo, son de un riesgo altísimo, pues su empleo o consumo está asociado a ingentes riesgos, a patologías severas, etcétera. Entre estos casos encontramos sustancias tóxicas que se emplean en la industria pesada, explosivos, ciertas drogas y el tabaco, por mencionar algunos.

¹⁵³ VERNIMMEN y KRÄMER intentan abordar la diferencia entre defecto y peligrosidad. Dan como ejemplo el suero utilizado en el tratamiento contra el cáncer, ya que es totalmente tóxico, pero no defectuoso, si se prepara y usa correctamente, y se acompaña con las advertencias adecuadas. Vid. VERNIMMEN, G., KRÄMER, L., "La responsabilité du fait des produits en Europe", ed. Agence européenne d'informations, 1977.

CAPITULO IV

EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR.

SUMARIO: 1.- LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA FRENTE AL FENOMENO DEL CONSUMO Y LA FABRICACION DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 2.- EL SURGIMIENTO DEL TOPICO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.- SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.1.- IDEAS PRELIMINARES. 3.2.- SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVO O CON CULPA. 3.2.1.- PLANTEAMIENTO DE TEMA. 3.2.2.- ARGUMENTOS CENTRALES DE ESTA TESIS. 3.2.3.- APLICACION DE LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.3.- SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, POR RIESGO O SIN CULPA. 3.3.1.- ORIGEN Y CONCEPTO. 3.3.2.- EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: LOS FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. 3.3.2.1.- CLASIFICACION DE LOS FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. 3.3.2.1.1.- FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD EN EL AMBITO CONTRACTUAL: (I) OBLIGACIONES DE RESULTADO Y (II) OBLIGACION GENERAL DE SEGURIDAD. 3.3.2.1.2.- FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD EN EL AMBITO EXTRA CONTRACTUAL: (I) LOS TRADICIONALES; Y (II) LOS QUE APLICAN EN EL AMBITO DE LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.3.2.1.2.1.- LOS TRADICIONALES. 3.3.2.1.2.1.1.- EL RIESGO CREADO. 3.3.2.1.2.1.2.- LA EQUIDAD. 3.3.2.1.2.1.3.- LA GARANTIA Y TUTELA DEL CREDITO. 3.3.2.1.2.1.4.- LA SOLIDARIDAD SOCIAL. 3.3.2.1.2.1.5.- LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS. 3.3.2.1.2.2.- FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD QUE APLICAN EN EL AMBITO DE LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.3.2.1.2.2.1.- EL RIESGO DE DEFECTUOSIDAD EN LA PRODUCCIÓN DE UN BIEN. 3.3.2.1.2.2.2.- LA GENERACION DE CONFIANZA. 3.3.2.1.2.2.3.- IMPOSIBILIDAD DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS PARA PROTEGERSE ADECUADAMENTE. 3.3.2.1.2.2.4.- LOS PRODUCTORES PUEDEN IDENTIFICAR Y CONTROLAR MEJOR LOS RIESGOS. 3.3.2.1.2.2.5.- EL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA SERIA UN INCENTIVO PARA LA PRODUCCION DE BIENES SEGUROS. 3.3.2.1.2.2.6.- LOS PRODUCTORES DEBEN ABSORBER EL COSTO DE LOS ACCIDENTES QUE CAUSAN SUS PRODUCTOS. 3.3.2.1.2.2.7.- LOS PRODUCTORES PUEDEN DISTRIBUIR MEJOR EL COSTO DE LOS ACCIDENTES. 3.3.2.1.2.2.8.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA PRODUCE ECONOMIAS EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. 3.3.2.1.2.2.9.- RESPONSABILIDAD DE TODO UN RAMO DE LA INDUSTRIA. 3.3.2.1.2.2.9.1.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA. 3.3.2.1.2.2.9.2.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD POR ACCION CONCERTADA. 3.3.2.1.2.2.9.3.- TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD DE TODA UNA INDUSTRIA. 3.3.2.1.2.2.9.4.- TEORIA DE LA PARTICIPACION EN EL MERCADO O *MARKET SHARE LIABILITY*. 3.3.2.1.2.2.10.- TESIS DEL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO. 3.3.2.1.2.2.10.1.- EXPLICACION. 3.3.2.1.2.2.10.2.- COSTOS PRIMARIOS, SECUNDARIOS Y TERCARIOS. 3.3.2.1.2.2.10.2.1.- COSTOS PRIMARIOS. 3.3.2.1.2.2.10.2.2.- COSTOS SECUNDARIOS. 3.3.2.1.2.2.10.2.3.- COSTOS TERCARIOS. 3.3.2.1.2.2.10.3.- CONSECUENCIAS DE ESTA TESIS. 3.3.3.- LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SU APLICACION EN EL AMBITO DE LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS BAJO LA EGIDA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL RIESGO CREADO. 3.3.4.- MITIGACIONES AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA. 3.3.5.- LA TESIS DEL RIESGO DE EMPRESA, COMO EXPRESION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CAMPO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.3.5.1.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LA TESIS DEL RIESGO DE EMPRESA. 3.3.5.2.- SUB CLASIFICACIONES DE LA TESIS DEL RIESGO DE EMPRESA. 3.3.5.2.1.- TESIS DEL RIESGO CREADO. 3.3.5.2.2.- TESIS DEL RIESGO PROVECHO O DEL RIESGO BENEFICIO. 3.3.5.2.3.- TESIS DEL ACTO NORMAL O DEL RIESGO TIPICO. 3.3.5.2.4.- TESIS DEL RIESGO ASEGURABLE. 3.3.5.3.- ESTADO ACTUAL DE LA TESIS DEL RIESGO DE EMPRESA.

1.- La responsabilidad de la empresa frente al fenómeno del consumo y la fabricación de productos defectuosos.

Indudablemente uno de los problemas más discutidos del final de la Modernidad y del comienzo de la Posmodernidad es, precisamente, el rol, las funciones y la responsabilidad de la empresa, puesto que éstas entelequias se han transformado en un motor de cambio y prosperidad de los pueblos. Como dicen AGOGLIA, BORAGINA y MEZA: “...El trabajo artesanal, autárquico, personalizado, propio de las sociedades rurales decimonónicas, ha sido abiertamente reemplazado por la actividad empresarial organizada.”¹⁵⁴ Los nuevos procesos industriales, atendidas sus actuales características, deben cuidar de la preservación del entorno natural, de los daños masivos que sus productos puedan causar y de su función social, de lo cual el Estado no puede quedar ajeno, pues a través de sus potestades regulatorias, está facultado para ordenar la actividad empresarial hacia esos extremos, tarea nada fácil, pues es evidente que la temática referida a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos está totalmente determinada “...por el creciente desarrollo de la industria que hace difícil poder controlar los riesgos que de la producción y comercialización de productos se derivan.”¹⁵⁵ Tal y como afirma RODRIGUEZ LLAMAS, ni el perfeccionamiento técnico de los sistemas y medios de producción “...garantiza que los productos que se ofertan al público estén exentos de defectos.”¹⁵⁶ No olvidemos los apuntes de BISBAL al respecto, para quien los daños por productos defectuosos son un inevitable coste del progreso, ya que la sociedad actual no quiere renunciar a los beneficios que le brinda la estructura productiva, pese a sus evidentes riesgos.¹⁵⁷ De hecho, el estándar de bienestar que se persigue por las sociedades modernas, está intrínsecamente ligado a la obtención de más y nuevos bienes y servicios. Las empresas, como contrapartida, ante la expectativa de poder colocar sus artículos, se esfuerzan por mantener el espiral de comercialización de nuevos productos. El problema viene dado por el hecho de que este tándem producción-consumo, potencia la creación de nuevos riesgos de consumo, por la posibilidad inmanejable de fabricar e introducir en el mercado productos que portan un defecto, tal y como hemos venido señalando.

La posibilidad de una actividad regulatoria sobre la empresa, es plausible de entender, dada la existencia de un cierto antagonismo entre el Derecho del Consumidor y las condiciones de desenvolvimiento del Derecho Empresarial, pues esta compilación, nos dice MOSSET ITURRASPE, “...coloca en el centro al

154 Vid. AGOGLIA, M. M., BORAGINA, J. C., MEZA, J. A., ‘La Empresa Moderna y la Responsabilidad Contractual por el Hecho Ajeno’, en AAVV, “Responsabilidad Civil de la Empresa”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 33.

155 Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., “La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos”, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 55.

156 Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., “Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 19.

157 Vid. BISBAL MENDEZ, J., “La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso”, en Revista de Derecho Mercantil, 1983, págs. 75 y ss.

*consumidor y no a la empresa proveedora de bienes o servicios...*¹⁵⁸, pretendiendo normar la situación de un consumidor *"...que no es más soberano -como en los tiempos del derecho comercial- sino que se ha vuelto vulnerable..."*¹⁵⁹. Se trata de un consumidor al cual hay que proteger o tutelar, precisamente, frente a los excesos o abusos de los empresarios que, gracias al desarrollo globalizado de los mercados, al retroceso de los Estados nacionales, al alto costo del dinero y a la presencia de capitales rentísticos cuya movilidad trasciende y perturba las tradicionales economías, han adquirido una posición o estatus prevalente frente al consumidor. De igual forma, éste nuevo orden de cosas ha impuesto nuevos roles y funciones a las empresas, a las sociedades, a los Estados y, en general, a los seres humanos ligados a estos cambios. Desde esta perspectiva, cobran importancia los dichos de GHERSI, quien, respecto de los nuevos procesos y sistemas de producción de bienes y servicios generados al alero de la empresa, asume que constituyen un *"...germen importante de aumento del nivel de expropiación a la sociedad de su supuesto bienestar y de retroalimentación del poder, es decir se asume en la empresa el poder tecnológico y económico simultáneamente."*¹⁶⁰ En el contexto de esta trama, es posible constatar la mencionada contradicción de intereses entre la empresa y los consumidores, pues *"...aquella ha dejado de ser la que determinaba la confiabilidad por el uso o consumo de los bienes y servicios, hoy los contratos de circulación, distribución o comercializaciones indirectas -verbigracia agencias, franquicias, etc.- conllevan niveles de inseguridad a los consumidores, que si bien son atraídos por marcas famosas, el fraccionamiento de la responsabilidad entre los distintos niveles de conjuntos empresariales hace trasladar el riesgo a los consumidores."*¹⁶¹ Es por esto que se entiende que el Estado debe asumir un rol protagónico en el intento de conducir la responsabilidad empresarial, obligándola a cumplir su rol social, además del propio, de cuño propietario e individual, generando las normas necesarias para la transparencia de la actuación empresarial en los ámbitos del mercado, el laboral, el ambiental y el del consumo. Sobre este último, es menester considerar que a falta de reglas adecuadas, las empresas pueden sentirse tentadas a reducir los niveles de seguridad y calidad de sus bienes y servicios y a trasladar los riesgos del consumo a los consumidores. Desde luego, y no es ninguna novedad, el paliativo a tales hipótesis no debe ser sólo una estricta regulación normativa de corte sancionatorio, pues, sin duda, son mejores catalizadores de tales conductas las estructuras de aliento empresarial, como pueden ser los incentivos económicos, tributarios o de otra índole, que generen comportamientos empresariales destinados a asegurar la calidad y seguridad de los productos, a fin de evitar los daños de consumo atribuibles a defectos evitables.

¹⁵⁸ Vid. MOSSET ITURRASPE, J., 'La Empresa y la Protección del Consumidor', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 31.

¹⁵⁹ Vid. MOSSET ITURRASPE, J., 'La Empresa y la Protección del Consumidor', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 32.

¹⁶⁰ Vid. GHERSI, C. A., 'Responsabilidad Civil de la Empresa', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 19.

¹⁶¹ Vid. GHERSI, C. A., 'Responsabilidad Civil de la Empresa', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 20.

Queda asentada así, la idea de que los agentes económicos deben soportar la carga de una responsabilidad frente a los daños que causen sus productos y, por ende, la obligación de repararlos y satisfacerlos.¹⁶²

En esa dirección, el sistema de reparación de daños causados por actos de consumo debiera contemplar los mecanismos disociadores de conductas de traslado de riesgos de consumo desde las empresas hacia los consumidores, lo que se puede lograr, según la doctrina, al menos en base a 3 métodos: (i) La responsabilidad objetiva de la empresa; (ii) La no fragmentación de la responsabilidad de la cadena de producción, circulación, distribución y comercialización de los bienes y servicios¹⁶³; y, (iii) La consolidación de un nuevo factor en la reparación de los daños, como es la actividad económica en sí misma.

Del mismo modo, la responsabilidad de la empresa puede activarse, en términos generales, en base a los siguientes tipos de ilícitos: (i) el daño ocurrido a un dependiente con ocasión de su trabajo; (ii) el perjuicio causado al medio ambiente; y, (iii) el daño ocasionado a los consumidores. En lo que nos interesa, la responsabilidad civil de la empresa por los daños causados por el defecto de los productos que elabora, al decir de ANDORNO, “...constituye un capítulo muy importante en la problemática del denominado derecho de daños. Guarda asimismo estrecha relación con alguno de los derechos básicos y fundamentales de los

¹⁶² Vid. VARELA VALENZUELA, H., “La Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen IV, N° 4, 1995; RODRIGUEZ GREZ, P., “Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999; CORRAL TALCIANI, H., “Documento de Trabajo N° 13, Universidad de Los Andes”, Santiago, 1997; “Responsabilidad civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso - Año 1996, N° XVII; “Responsabilidad por Productos Defectuosos. Una Propuesta Legislativa. (Informe para la Fundación Fueyo Laneri); DE ANGEL YAGUEZ, R., “Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)”, Civitas, Madrid, 1995; “Tratado de responsabilidad civil”, Civitas, Madrid, 1993; “La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos”, Estudios sobre Derecho de Consumo, Bilbao, 1994; “La responsabilidad civil”, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988; DE CUPIS, A., “El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Bosch, Barcelona, 1975; BUSTAMANTE ALSINA, J. H., “Responsabilidad Civil y Otros Estudios”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984; “Teoría general de la Responsabilidad civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; “Responsabilidad Civil por productos elaborados y defectuosos”, en LL, diciembre, 1992; “Responsabilidad Civil por Productos Elaborados en el Derecho Civil Argentino”, en La Ley, Tomo 143; “La Responsabilidad Colectiva en el resarcimiento de los daños”, en La Ley, Tomo 142; PASCUAL ESTEVILL, L., “Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil (T.1), (Parte general)”, Bosch, Barcelona, 1989; “La responsabilidad contractual”, Bosch, Barcelona, 1989; “La Responsabilidad Extracontractual Aquiliana o delictual. Tomo II, Volúmenes I y II. Parte Especial”, Bosch, Barcelona, 1990; SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad civil II”, Montecorvo, Madrid, 1981; “Derecho de Daños”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; ROGEL VIDE, C., “La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español”, Civitas, Madrid, 1976; ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “La responsabilidad civil del fabricante”, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974; VAZQUEZ FERREYRA, R. A., “Responsabilidad por Daños (Elementos)”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993; etcétera.

¹⁶³ GHERSI afirma que la fragmentación de la responsabilidad respecto de las empresas es el debate más importante de este fin de siglo. Vid. GHERSI, C. A., ‘Responsabilidad Civil de la Empresa’, en AAVV, “Responsabilidad Civil de la Empresa”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 24; “La ley de defensa de los derechos del consumidor y la fragmentación del sistema de reparación de daños. Una herramienta de control social”, en La Ley, abril, 1994.

consumidores y usuarios, consagrados por las Naciones Unidas a través de las directivas de 1985, cuáles son los relativos a la protección de la integridad psicofísica de los mismos y de sus bienes, con el consecuente derecho a obtener adecuado resarcimiento por los perjuicios que puedan sufrir."¹⁶⁴ Es por ello que se puede afirmar que, uno de los objetivos principales de toda la regulación de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, es reducir los riesgos de productos defectuosos para los consumidores y lograr la adecuada indemnización de las víctimas de este tipo de daños. Con todo, parafraseando a PARRA LUCAN, una política de consumo que solo satisfaga el prurito indemnizatorio, asume el peligro de no lograr una efectiva protección del consumidor. Insiste esta autora en el punto, indicando que "*...el ejercicio de una acción de resarcimiento satisface, en la medida en que el daño ya se ha producido, al consumidor individual dañado, pero olvida otros intereses en juego, especialmente el derecho de la comunidad a que los productos sean seguros...*".¹⁶⁵

2.- El surgimiento del tópico de la responsabilidad por productos defectuosos.¹⁶⁶

Consecuente al desarrollo y avance tecnológico, la sociedad comenzó a producir y comercializar productos en serie o en masa. De la mano de este fenómeno fabril, las formas de comercializarlos también comenzaron a cambiar, al extremo, que se postula que el rol de los comerciantes hoy, ya no es esencial, pues, como afirma RODRIGUEZ LLAMAS, "*...actualmente han pasado a ser un elemento más en la larga cadena de producción caracterizada por la especialización de los distintos sectores que participan en la elaboración de los productos.*"¹⁶⁷

Como quiera que sea, los nuevos métodos productivos y sus especiales características, nos conducen inexorablemente a la cuestión de la responsabilidad por productos defectuosos, que demanda la atención de la doctrina -en el contexto de la protección al consumidor-, ya que, como se ha dicho precedentemente, se alzó una nueva fuente potencial de daños. De esa forma, aparecen en escena los damnificados en serie o por daños colectivos, cuyo origen está, mayormente, en los productos defectuosos producidos masivamente. Este nuevo orden de cosas obliga a repensar la responsabilidad del productor, cuya única regulación a estos

¹⁶⁴ Vid. ANDORNO, L., 'Responsabilidad Civil de la Empresa por Productos Elaborados', en AAVV, "*Responsabilidad Civil de la Empresa*", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 135.

¹⁶⁵ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 21.

¹⁶⁶ Vid., entre otros, ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "*La responsabilidad civil del fabricante*", Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974; CARNEVALI, U., "*La responsabilità del produttore*", Giuffrè, Milano, 1979; MILLER, C. J., "*Product Liability & Safety Encyclopedia*", Butterworths & Company, London, 1979; ALPA, G., BESSONE, M., "*La responsabilità del produttore*", Giuffrè, Milano, 1987; RUBIO GARCIA-MINA, J., "*La responsabilidad civil del empresario*", Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971; TASCHNER, H. C., 'Exposé introductif a La Directive et son introduction dans les droits européens', en GHESTIN, J. (dir), "*Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*", LGDJ, Paris, 1987, págs. 109 y ss.

¹⁶⁷ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 20.

respectos era como comerciante o vendedor, sobre una base de responsabilidad meramente contractual, sin que existiesen otras regulaciones que permitieran abordar su responsabilidad desde la arista de la producción de productos defectuosos. De ese modo, se conjugaba un pésimo escenario para el perjudicado por un accidente de consumo, pues las soluciones contractuales obviamente no brindaban protección a quienes no fueren contratantes, esto es, a los meros usuarios del producto y a los *bystanders*, es decir, a quienes sin siquiera usarlo y por su mera cercanía o contacto con el producto, se ven alcanzados por el daño provocado por aquél. Por otro lado, las reglas de saneamiento por vicios ocultos del Derecho común, también devenían en ineptas en muchos casos de daños de consumo, pues ni su fundamento ni su mecánica, permiten resarcir al comprador por los daños que pudiera causarle el bien adquirido, pues han sido concebidas para corregir la falta de utilidad de la cosa vendida o su ineptitud para el uso al que se la destina, pero no para indemnizar su falta de seguridad o la susceptibilidad de actuar como fuente de daño para la persona o los bienes del comprador, como acertadamente concluye MARCO.¹⁶⁸ En el mismo sentido, MARTIN y SOLE I FELIU expresan que si *"...un producto no funciona, carece de la utilidad pactada y el problema se circunscribe, en principio, al ámbito de la responsabilidad contractual. Sin embargo, cuando la falta de funcionamiento del producto puede causar un daño que podría haberse evitado si el adquirente hubiera conocido esta circunstancia, el producto resulta, además de inútil, peligroso. Entonces, la producción del daño se sitúa fuera del ámbito estricto del incumplimiento contractual..."*.¹⁶⁹ A esto apunta precisamente ROJO¹⁷⁰, al indicar que el tratamiento de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos tuvo su origen en la insuficiencia del Sistema Jurídico ante la nueva realidad económica-social¹⁷¹, que representaba la producción masiva y el consumo.¹⁷²

El Derecho, llamado a reaccionar ante esta nueva fuente y representación del daño, pronto constató que los acostumbrados sistemas de responsabilidad, basados en la culpa y con un fundamento contractual, se volvían inoperantes, dejando, en la mayoría de los casos, inermes a los perjudicados. Nace así, una fuerte corriente de cambio en el Derecho resarcitorio, cimentada en las siguientes pautas: (i) la insuficiencia del concepto de culpa y de los principios de la responsabilidad individual, que no son idóneos para brindar respuestas adecuadas para los riesgos que acompañan al desarrollo tecnológico; (ii) la dilatación de los factores objetivos

¹⁶⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 54.

¹⁶⁹ Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos"*, en *InDret*, n° 1, 2000.

¹⁷⁰ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 43.

¹⁷¹ Vid. SOTOMAYOR GIPPINI, J. M., *"La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en *RES*, núm. 79, pág. 65.

¹⁷² Vid. MULLERAT BALMAÑA, R., *"La responsabilidad civil de productos en derecho español (La Ley de 22/1994 de 6 de julio)"*, en *RJC*, n° 94, 1995, pág. 10; AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 96 y ss.

de atribución de responsabilidad; (iii) la moderna organización de las actividades empresariales, que conlleva a la posibilidad cierta de causar perjuicios al interior de la comunidad; (iv) la rentabilidad económica derivada de los avances técnicos, en forma directamente proporcional a su aplicación colectiva; (v) el aumento de los sujetos intervinientes en el proceso productivo y de comercialización -la cadena de valor-, y el anonimato respecto a la autoría del daño; y, (vi) la existencia de un nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el menoscabo resultante.¹⁷³

En general, podríamos resumir las cuestiones que plantea la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en los siguientes puntos: (i) se enfrenta una primera dificultad en la tarea de determinar al responsable del daño causado por un producto defectuoso, teniendo en cuenta que el consumo se produce al final de una larga cadena de producción, distribución y comercialización, en la que intervienen muchos sujetos, quienes normalmente tienen responsabilidad, ya principal, ya subsidiaria; (ii) la determinación de los sujetos a quienes se otorga la acción para reclamar el daño causado por el producto defectuoso, esto es, los legitimados activos; (iii) la definición de la órbita de responsabilidad de que se trate, contractual o extracontractual, dado que el resultado dañoso puede afectar a un tercero no contratante, el llamado *bystander*, quien ha sufrido el daño por su cercanía con el producto o por su uso o consumo, sin haber contratado con el productor; y, (iv) la fijación del factor de atribución de responsabilidad, ora subjetivo, basado en la culpa o el dolo; ora objetivo, basado en la teoría del riesgo o en una obligación contractual de resultado o en algún otro factor atributivo de responsabilidad de naturaleza objetivo.

Analizando los regímenes de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos imperantes en países como Francia, Italia, Alemania, Inglaterra y Los Estados Unidos de Norteamérica, se puede observar que ellos han experimentado un desarrollo susceptible de dividir en 2 etapas. La primera, caracterizada por un sistema donde se consultaban una serie de salvaguardias en favor de las industrias, a fin de morigerar el monto de las reparaciones de los daños que ocasionaban sus productos. Y la segunda, en que se destaca el impulso de “...cargar los daños que pueden producir los productos a su coste a base de responsabilizar automáticamente al fabricante, para que repercutan estos costes en la producción...”¹⁷⁴ nos dice CARRASCO, aun cuando, como veremos más adelante, los sistemas objetivos de responsabilidad pueden descansar en un sinnúmero de mecanismos y estructuras.

¹⁷³ Vid. GOLDENBERG, I. H., ‘Los Riesgos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental’, en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 342.

¹⁷⁴ Vid. CARRASCO ARIAS, V., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española’, en AAVV, *Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 75.

Para concluir este punto, si bien tradicionalmente se menciona a este sector de la regulación jurídica como el de la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos, parece importante destacar una precisión que al respecto formula DE ANGEL YAGUEZ, al señalar que sería preferible emplear las expresiones *"...responsabilidad del empresario, ya que hablar del fabricante, como es usual, no es exacto, habida cuenta que el deber de responder puede alcanzar también a quien comercializa..."*¹⁷⁵, lo que es absolutamente cierto, pues si bien la figura central de este régimen de responsabilidad es el productor, veremos que las soluciones legislativas suelen poner a su lado a otros agentes económicos, que, bajo determinadas circunstancias, también pueden tener responsabilidad en caso de daños causados por un producto defectuoso, pese a no haberlo fabricado. Ello, por haber participado de alguna forma en la cadena de comercialización del producto, lo que es razón suficiente para quedar afectados a responder ante el perjudicado, sin perjuicio de los derechos a reembolso o repetición que pudieren corresponderle contra otros agentes de la cadena de valor o contra el propio productor.¹⁷⁶

3.- Sistemas de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

3.1.- Ideas preliminares.

Al decir de VINEY, la idea dominante en todos los Sistemas Jurídicos, es asignar a las personas la reparación de los daños que causen.¹⁷⁷ En el caso de los daños causados por productos defectuosos, no es otra la idea, aunque quizás sea bueno precisar que esta responsabilidad no recae únicamente sobre el productor, por lo que quizás es mejor hablar de una de responsabilidad civil por daños causados por productos elaborados y no de la responsabilidad civil del productor.¹⁷⁸ Esto, por cuanto el ámbito subjetivo de esta disciplina jurídica especial, abarca al productor, al productor de materias primas o de partes integrantes del producto final, al productor aparente, al importador Comunitario e, incluso, al proveedor bajo ciertas circunstancias, a fin de que indemnicen o reparen el daño causado por el defecto del producto que se ha elaborado e introducido en el mercado -que es el objetivo primordial de esta nomenclatura-, y, por extensión, proteger al consumidor y más concretamente, a todo perjudicado. De suerte que *"...la protección del consumidor es una consecuencia de la misma y no un fin en sí mismo."*¹⁷⁹ De hecho, esto es plenamente coincidente con lo prevenido en el

¹⁷⁵ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"Tratado de Responsabilidad Civil"*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 633.

¹⁷⁶ Vid. *infra* apartado 1.- El derecho de regreso o reembolso entre los responsables solidarios que contempla esta legislación especial; apartado 2.- Análisis de los casos en que le corresponde al proveedor esta acción de repetición / Capítulo V EL DERECHO DE REPETICION QUE PUEDE EJERCER EL PROVEEDOR, EN CASO DE QUE SE HAYA HECHO EFECTIVA SU RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO QUE EL HA SUMINISTRADO / PARTE III.

¹⁷⁷ Vid. VINEY, G., *"Traité de Droit Civil. La responsabilité: effets"*, dirigida por Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1988, pág. 3.

¹⁷⁸ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 21.

¹⁷⁹ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., *"Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 28.

artículo 51 de la Constitución Política española que, como vimos con antelación¹⁸⁰, es un principio rector de la política social y económica de este país, erigiéndose en una clara orientación para la regulación de estos temas, que sin duda constituye uno de los tópicos que más preocupación ha causado en la doctrina y en la jurisprudencia.

La dogmática jurídica distingue, tradicionalmente, entre un sistema subjetivo de responsabilidad, también llamado por culpa, y otro, denominado sistema objetivo de responsabilidad, o por riesgo, o sin culpa. El primero, en cuanto sistema subjetivo, gradúa el resarcimiento en función del comportamiento del agente. Como dice IHERING, “...la medida de la falta, determina la medida de la responsabilidad.”¹⁸¹ En cambio, para el segundo, como sistema objetivo, sólo se debe considerar el daño ocasionado en consideración a la situación de la víctima, esto es, cómo se encontraba con anterioridad al hecho y en qué situación queda después de éste, entendiéndose que la reparación debe restituirla a la situación patrimonial que tenía antes de soportar el perjuicio.¹⁸²

A propósito de los daños causados por productos defectuosos, ambos sistemas han sido aplicados, aunque después de una larga evolución, considerando los problemas e inequidades que acarreó el sistema subjetivo en un primer momento, más la extrema y decisiva influencia del sistema de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos forjado en Los Estados Unidos de Norteamérica, se llegó a la conclusión que el sistema idóneo para esta clase de daños era el objetivo, aunque como dice la Directiva 85/374, se trata de un sistema objetivo matizado, pues se reconoce al productor la posibilidad de excusarse o exonerarse de responsabilidad en ciertos casos, posibilidad que descarta -de plano-, la consagración de un sistema objetivo de responsabilidad puro. De ahí que algunos autores hablen de un régimen objetivo leve, o de uno subjetivo agravado. Lo mismo puede decirse del TR, que como norma de actuación de dicha Directiva, instaura un sistema objetivo matizado de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, según veremos más adelante.¹⁸³

A fin de comprender la mencionada evolución y los problemas emanados de sus respectivas aplicaciones, en lo que sigue, se esboza en qué consiste cada uno de estos sistemas de responsabilidad, con una especial mención a las tesis del riesgo

¹⁸⁰ Vid. *supra*, apartado 3.2.- La experiencia Europea y el impulso que le dio la UE a la protección del consumidor / Capítulo II EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION / PARTE I.

¹⁸¹ Vid. IHERING, R. VON, “*Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain, t. I, De la faute en Droit privé*”, Chevalier Marescq, Paris, 1903, pág. 63.

¹⁸² Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., ‘Responsabilidad civil y relación de causalidad’, en “*Seguros y Responsabilidad Civil*”, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 219.

¹⁸³ Vid. *infra* apartado 3.- El sistema de responsabilidad objetivo matizado implementado por el TR / Capítulo III EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374: UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO. SU RATIFICACION EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR / PARTE II.

de empresa, como una variante de la tesis objetiva, y al sistema norteamericano, dada su innegable trascendencia en este tema.

3.2.- Sistema de responsabilidad subjetivo o con culpa.

3.2.1.- Planteamiento del tema.

El tradicional sistema de responsabilidad civil se denomina subjetivo o por culpa. Postula que se es responsable, sólo de ser culpable y, por consiguiente, para asumir la carga de la reparación, se debe probar la culpa del autor, pues, tal y como dice RUSSO, el responsable *"...ha querido la conducta dañosa en su totalidad, es decir, querido la conducta y su resultado..."*.¹⁸⁴ Por ende, la responsabilidad subjetiva se vincula a un juicio de reproche que se efectúa contra el agente del acto dañoso, referido al dolo o culpa con que ha actuado en sus relaciones sociales. Desde luego, esta clase de responsabilidad *"...es la que más se acerca al criterio moral..."*; es decir, se sanciona *"...a quien teniendo libertad, intención y discernimiento realizaba deliberadamente el acto prohibido..."*¹⁸⁵, imponiéndole la obligación de resarcir.

El sistema opuesto es el objetivo, donde se afirma, en términos vastos, que se puede ser responsable sin ser culpable o negligente y por la sola producción del daño. Vale decir, se prescinde absolutamente de las nociones subjetivas de dolo o culpa del agente de la conducta, pues se postula que la persona obligada a la indemnización lo es, aun cuando haya actuado sin dolo y sin culpa.¹⁸⁶ Como expone CORRAL, *"...aunque la culpa no desempeñe en estos casos el rol de justificación de la responsabilidad, es necesario que otro concepto la sustituya de manera de evitar una atribución de responsabilidad discrecional y que puede aparecer como arbitraria o injusta. Surgen entonces propuestas sobre factores de imputabilidad diversos de la culpa que podrían reemplazar el rol justificatorio que ejerce la culpa en régimen tradicional..."*.¹⁸⁷

En términos históricos, es en Francia donde comienza el gran debate acerca del fundamento de la responsabilidad civil. Por una parte, CAPITANT, RIPERT, PLANIOL y los MAZEAUD, sostienen la tesis de la culpa como único fundamento de la responsabilidad. Por la otra, SALEILLES, JOSSERAND, MARTON, DEMOGUE, y en alguna dimensión SAVATIER, pensando en la tesis del riesgo como razón del responder, abandonan la culpa como centro de gravedad del régimen

¹⁸⁴ Vid. RUSSO, E. A., *"Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la Posmodernidad"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 108.

¹⁸⁵ Vid. RUSSO, E. A., *"Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la Posmodernidad"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 108.

¹⁸⁶ Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *"De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 92; CORRAL TALCIANI, H., *"Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 218; RODRIGUEZ GREZ, P., *"Responsabilidad Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 11.

¹⁸⁷ Vid. CORRAL TALCIANI, H., *"Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pág. 218.

resarcitorio.¹⁸⁸ RIPERT muestra todo su ingenio al afirmar, con cierta ironía, que *"...debemos abandonar la idea de la culpa; es una idea anciana; el progreso la ha sustituido por la idea del riesgo. Osarían ellos escribir: debemos abandonar la idea de que el hombre debe comportarse bien; nosotros le deberíamos decir: condúctete como te plazca a tus riesgos y peligros; si lastimas a otro pagarás. Es así como ellos creen firmemente ayudar al progreso del Derecho."*¹⁸⁹

El debate, sin duda, ha sido apasionante y demuestra la profundidad de las convicciones y argumentos que hay detrás de cada uno de estos sistemas de responsabilidad, así como las exigencias que la evolución de la responsabilidad por daños les ha impuesto. Nos parece que lo que resulta más interesante de comentar, es que claramente ésta no es una discusión concluida, pues como señala DIAZ-AMBRONA, los avances tecnológicos propios de la era moderna *"...donde las máquinas vez más complejas y automatizadas necesitan menos de la mano del hombre de forma directa, determinan que la responsabilidad civil, fundada en la culpabilidad o no de la gente, deba ser revisada y actualizada..."*¹⁹⁰, -continuamente- nos atrevemos a agregar.

3.2.2.- Argumentos centrales de esta tesis.

Para DE ANGEL YAGUEZ, la responsabilidad con culpa se asienta en que el individuo *"...sólo debe responder de sus actos reprobables - concepto moral trasladado al ámbito de lo jurídico que es tanto como afirmar que los acontecimientos ajenos a su voluntad son de todo punto irrelevantes."*¹⁹¹ Entonces, se construye una teoría de la responsabilidad civil en que la necesidad de la culpa como requisito genérico de la responsabilidad es una exigencia de justicia respecto del responsable, porque, como afirma LLAMBIAS, *"...hablar de responsabilidad es suscitar una idea de reproche, de censura, que se formula sobre el comportamiento de alguien, lo que justifica una imposición de la solución al responsable, es decir, a quien se exige responder..."*¹⁹² Desde este punto de vista, el principio de no hay responsabilidad sin culpa, *"...es un escudo que ampara a los inocentes asegurándoles que mientras no sean culpables no tendrán sanción que soportar, pues ser autor material del hecho, por eso sólo, no hace a nadie responsable."*¹⁹³ El corolario de esta postura, podría sintetizarse bajo la fórmula *"sin culpa, ninguna responsabilidad"*,

¹⁸⁸ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo', en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *"Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe"*, La Roca, Buenos Aires, 1996, págs. 58 y ss.

¹⁸⁹ Vid. RIPERT, G., en SAVATIER, R., *"Traité de la responsabilité civile"*, Segunda edición, Librairie de Droit et de Jurisprudence, Tomo I, párrafo 15, prefacio.

¹⁹⁰ Vid. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., *"La responsabilidad por acto ilícito en el área del código civil español, con especial referencia a la jurisprudencia de la sala primera del tribunal supremo"*, G. Giappichelli Editore - Torino, pág. 202.

¹⁹¹ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 32.

¹⁹² Vid. LLAMBIAS, J. J., *"Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 523.

¹⁹³ Vid. LLAMBIAS, J. J., *"Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 523.

pues tal como asegura RIPERT, “...durante todo el siglo XIX ni siquiera se planteaban las dudas de que no fuere ése el fundamento de la responsabilidad civil...”.¹⁹⁴

Ahora bien, además de la posibilidad del reproche, se exige que el sujeto haya actuado voluntaria y conscientemente. Y en ese sentido, el elemento definidor de la responsabilidad es la culpa. El daño, considerado en sí mismo, no era suficiente para obligar a responder por él, ya que “...era preciso sumar a la autoría del menoscabo, la conducta negligente, imprudente o la falta de pericia...”.¹⁹⁵ RIPERT, más bien desde un punto de vista filosófico, sostiene que “...la única idea que puede justificar la responsabilidad es la de la culpabilidad, pues el hombre sólo se siente responsable de los daños que causa, únicamente cuando obra con culpa...”.¹⁹⁶ En esta concepción, no resulta extraña la conclusión de que no se pueda juzgar el actuar del hombre sólo por el resultado de sus acciones, basándose en un determinado estándar o paradigma acerca de cómo se puede comportar. Todo lo contrario, “...es la idea de la moral la que debe presidir el juzgamiento...”.¹⁹⁷ predica COMPAGNUCCI DE CASO, pues ser responsable es soportar o sufrir las consecuencias de un acto y lo que hace el Derecho al disciplinar la responsabilidad indemnizatoria -explica DE ANGEL YAGUEZ-, no es sino poner “...a cargo de una persona o de un grupo de personas la obligación jurídica de hacer frente a las consecuencias de una conducta...”.¹⁹⁸ Obligación que se traduce en el deber de reparar los daños que pudiese causar a terceros en el desarrollo de cualquier actividad.

A favor de la corriente subjetivista, se enuncian una variedad de razones, “...que navegan entre lo histórico, lo filosófico, lo moral y lo político.”¹⁹⁹ En la historia del Derecho, se anota la culpa como un antecedente de evolución y mejor formación jurídica, cuyas raíces se remontan al Derecho Romano. Por lo que no es de extrañar que para la mayoría de los autores, su origen esté –específicamente-, en la ley Aquilia.²⁰⁰ Nótese la elocuente defensa del criterio subjetivo que hacen COLIN y CAPITANT, al decir “...si examinamos el principio de la responsabilidad objetiva en sí

¹⁹⁴ Vid. RIPERT, G., “*La regle moral dans les obligations civiles*”, Cuarta edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pág. 212.

¹⁹⁵ Vid. MOSSET ITURRASPE, N., “*Derecho de daños. La prueba en el proceso de daños. Tercera Parte*”, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 31.

¹⁹⁶ Vid. RIPERT, G., “*La regle moral dans les obligations civiles*”, Cuarta edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pág. 212.

¹⁹⁷ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., ‘Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo’, en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), “*Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe*”, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 62.

¹⁹⁸ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., “*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*”, Civitas, Madrid, 1995, pág. 15.

¹⁹⁹ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., ‘Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo’, en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), “*Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe*”, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 61.

²⁰⁰ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., “*Teoría General de la Responsabilidad civil*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 3 y ss.; ALTERINI, A. A., “*Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*”, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, págs. 86 y ss.; VINEY, G., ‘Les obligations-La responsabilité: conditions’, en “*Traité de Droit Civil, T.IV (sous la direction de Jacques Ghestin)*”, Librairie Général de Droit et de Jurisprudente, Paris, 1982, págs. 5 y ss.

mismo, diremos que lo rechazamos porque tendría consecuencias peligrosas e injustas; iría nada menos que a matar toda iniciativa. Decir: el hombre debe soportar las consecuencias de sus actos aún lícitos desde el momento en que causen perjuicio a otro, porque cada uno debe correr el riesgo de su acción, es apartar al hombre de la acción, es condenarlo a la inercia. La equidad en el reparto de los riesgos es ciertamente deseable en Derecho, como lo sería en economía política, en el reparto de las riquezas. También es necesario no sacrificar la producción, ni por tanto, la actividad humana, fuente de toda producción. Se concebiría que el hombre pudiera ser declarado por la ley responsable a priori por el hecho de las cosas que le pertenecen, al menos cuando esos casos son, por naturaleza peligrosos para los terceros. Y en efecto, depende de cada uno introducir tal cosa en el medio social en donde puede producir daños; en rigor podría decirse que toda propiedad constituye un monopolio que debe implicar cargas al lado de sus ventajas. Pero no se podría ir hasta declarar al hombre siempre responsable por las consecuencias de sus actos, hasta hacer de cada ciudadano el asegurador del público contra las consecuencias dañosas para otros de los actos lícitos que ejecuta, aún cuando no hubiera ninguna imprudencia que imputarle. ¿Puede decirse que depende del hombre no obrar? No, seguramente, la necesidad de la acción es para él una especie de fuerza mayor que, fuera de toda falta demostrada a su cargo, debe traer consigo su completa exoneración."²⁰¹

3.2.3.- Aplicación de la tesis de la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Como vimos, en un primer momento histórico, la obligación de reparar los perjuicios causados por productos se amparó, en palabras de LUCEA, "...en las regulaciones propias del contrato de compraventa y las obligaciones de reparar en caso de vicio oculto. En tal sentido los artículos 1641 del Código Civil Francés, el parágrafo 433 del BGB, el 1470 del Código italiano y el 1484 del Código Civil español han sido forzados jurisprudencialmente para obtener a través de ellos un presupuesto jurídico que permitiera resolver los conflictos surgidos en la distribución de los bienes de consumo."²⁰² Ello se produjo ante la ausencia de normas específicas que tutelaran a los consumidores, lo que llevó a los tribunales a redefinir los conceptos tradicionales de la responsabilidad civil, conduciéndolos a interpretaciones forzadas de tales institutos, e "...incluso a ficciones y presunciones que no han seguido un criterio homogéneo en su aplicación..." acusa RODRIGUEZ LLAMAS.²⁰³ En este intento tutelar, la jurisprudencia española acudió a una aplicación extensiva del artículo 1902 del CC²⁰⁴, a fin de amparar los daños

²⁰¹ Vid. COLIN, A., CAPITANT, H. "Curso elemental de derecho civil", REUS, Madrid, 1975, págs. 360 y ss.

²⁰² Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 17.

²⁰³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 23.

²⁰⁴ Vid. CC, artículo 1902. "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

derivados del consumo de productos defectuosos,²⁰⁵ como denotan las STS, de 13 junio de 1942²⁰⁶, de 7 de noviembre 1964²⁰⁷ y de 10 octubre 1968²⁰⁸, entre otras. Ahora bien, como todo aquello que se hace forzosamente, acudir al artículo 1902 del CC para proteger a las víctimas de los daños causados por productos defectuosos, supuso para el TS ayudar al perjudicado a sortear las dificultades probatorias que le impone tal precepto, a efectos de lo cual, se acudió a artilugios tales como la inversión de la carga de la prueba²⁰⁹, esto es, poniéndola en cabeza del productor, método que en opinión de ALCOVER, "...en algunos casos alcanza resultados análogos a los de la responsabilidad objetiva..."²¹⁰, generándose una distorsión, pues ese sistema de de responsabilidad muta -en los hechos-, de subjetivo a objetivo advierte CARNEVALI.²¹¹ En otros casos, se acude al mecanismo de las presunciones, estableciéndose, en la práctica, una suerte de presunción de culpabilidad sobre el productor, que éste debe desvirtuar probando haber actuado con la diligencia debida.

Bajo este impulso judicial, se logró brindar efectiva protección a los perjudicados por daños de consumo, aunque no de manera eficiente y completa, principalmente, porque las normas que sustentaban estos sistemas de responsabilidad giraban dentro de la esfera de la culpa y de los antiguos preceptos regulatorios del contrato de compraventa, haciendo ostensible -al decir de ANDORNO-, "...la inadecuación de la disciplina tradicional de la responsabilidad civil, basada en la culpa como criterio fundamental de imputación del daño contra el responsable, para atender satisfactoriamente los nuevos supuestos de daños que de una u otra forma aparecen ligados al desarrollo industrial..."²¹²

Todo ello evidenciaba la necesidad de forjar una nueva regulación en estas materias. En ese sentido, nos recuerda DE ANGEL YAGUEZ que en el Derecho anglosajón se emplea la expresión *Law on Torts*, esto es, Derecho de Daños²¹³, más que la de responsabilidad civil, en la idea que lo central no es la responsabilidad, sino el daño o quebranto sufrido por una persona como consecuencia de la acción de otra y, en un grado más alto de sofisticación, el carácter social que todos los daños revisten, perspectiva desde la que se habla simplemente de accidentes, con

²⁰⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 30.

²⁰⁶ Vid. RJ 1942, 767.

²⁰⁷ Vid. RJ 1968, 4271.

²⁰⁸ Vid. RJ 1968, 4271.

²⁰⁹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 33.

²¹⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 22.

²¹¹ Vid. CARNEVALI, U., "La responsabilità del produttore", Giuffrè, Milano, 1979, pág. 243.

²¹² Vid. ANDORNO, L. O., 'Responsabilidad Civil de la Empresa por Productos Elaborados', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 137.

²¹³ Es de destacar que los *Torts* no incluyen los daños contractuales.

la deliberada voluntad de posponer los rasgos jurídicos.²¹⁴ Traemos estas ideas a colación, pues precisamente el devenir de nuevas situaciones de daño y la inoperancia que empezó a exhibir el Derecho de Daños de corte subjetivista, pronto atrajo la crítica y el cuestionamiento de la doctrina y de los operadores jurídicos en general. La invectiva se basó en la afirmación de haberse construido un Derecho de Daños *"...al servicio de los dañadores, aunque parezca una paradoja..."*²¹⁵ crítica con acierto MOSSET ITURRASPE, pues su estructuración arrojaba una serie inevitable de dificultades destinadas a evitar una sentencia condenatoria, quizás si motivada por una suerte de convicción nacida de la impresión de que quienes dañan, son los mismos que generan riqueza, construyen, intercambian bienes y prestan servicios. Así, hacia fines del Siglo XIX -sostiene VAZQUEZ FERREYRA-, *"...el hombre de derecho advirtió que el sistema subjetivista se mostraba notoriamente insuficiente cuando el daño era causado por el hecho de una cosa; una caldera explota y lesiona gravemente al operario que la accionaba..., ...en estos casos no había culpa del empleador dueño de la máquina y, por tanto, no resultaba responsable, pero dicha solución no era justa a la luz de la víctima del daño. Una elemental razón de justicia decía a los juristas de la época que se debía buscar una nueva solución..."*²¹⁶, que vino de la mano del surgimiento de una nueva doctrina, denominada Responsabilidad Objetiva y un coetáneo *"...retroceso de la culpa como criterio de imputación..."* puntualiza DE ANGEL YAGUEZ.²¹⁷

Por ello, se empieza a abandonar, paulatinamente, el principio de *"no hay responsabilidad sin culpa"*, propio de una época donde importaba proteger el proceso de expansión económica e industrial, aligerando los costos empresariales, ya que no se respondía de los daños causados sin culpa²¹⁸, surgiendo, ahora, una preocupación por la víctima y la necesidad de reparar su daño, aceptado ampliamente por la doctrina imperante.²¹⁹ Aunque, glosando a DIAZ, *"...se puede afirmar que en el derecho moderno el sistema continúa siendo el tradicional de la*

²¹⁴ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)"*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 26 y ss.

²¹⁵ Vid. MOSSET ITURRASPE, N., *"Derecho de daños. La prueba en el proceso de daños. Tercera Parte"*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 31.

²¹⁶ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 39.

²¹⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)"*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 32.

²¹⁸ Vid. ALTERINI, A. A., *"Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 30.

²¹⁹ Vid., entre otros, TRIMARCHI, P., *"Rischio e responsabilità oggettiva"*, Giuffrè, Milano, 1961; SCONAMIGLIO, R., *"Responsabilità civile"*, en *Novissimo Digesto Italiano*, tº VIII, Torino, 1968, pág. 628; ZANNONI, E., *"El daño en la responsabilidad civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1982; ALPA, G., *"Compendio del nuovo diritto privato"*, ed. UTET, Torino, 1985; BORDA, G. A., *"Tratado de Derecho civil argentino-Obligaciones"*, Perrot, Buenos Aires, 1972; BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *"Teoría General de la Responsabilidad civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; MOSSET ITURRASPE, J., *"Responsabilidad por daños. Parte General. t. III"*, Ediar, Buenos Aires, 1971; GOLDENBERG, I. H., *"La relación de causalidad en la responsabilidad civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984; TRIGO REPESAS, F. A., COMPAGNUCCI DE CASO, R., *"Responsabilidad civil por accidentes de automotores"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992; GARRIDO ROQUE, F., ANDORNO, L., *"El artículo 1113 del Código Civil Comentado y Anotado"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; PIZARRO, D., *"Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa"*, Ediciones Universidad, Buenos Aires, 1983.

responsabilidad subjetiva, aunque a título excepcional se hayan consagrado, cuando así lo han aconsejado razones de justicia, equidad o conveniencia, casos de responsabilidad objetiva..."²²⁰; y, no podemos obviarlos, soluciones de responsabilidad cuasi objetiva.

3.3.- Sistema de responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa.

3.3.1.- Origen y concepto.

La regulación clásica de la responsabilidad de corte subjetivo, propio de la legislación decimonónica que asoció el deber jurídico de reparar el daño al reproche de la conducta, fue puesta en crisis -en opinión de ALPA y BESSONE-, con el devenir de distintas actividades del hombre, cada vez más complejas, tecnificadas y peligrosas.²²¹ Así, hacia fines del Siglo XX, se hicieron notar las limitaciones propias de la responsabilidad basada exclusivamente en la culpa, pues el vertiginoso desarrollo del maquinismo, trajo consigo un caudal inagotable de riesgos y daños, así como su socialización, en el sentido de enfatizar la indemnización de las víctimas de los daños, más que el de teorizar acerca de la culpabilidad de quien los produce, destaca DE ANGEL YAGUEZ.²²² En efecto, con la aparición de las innovaciones tecnológicas, el surgimiento de complejas maquinarias y de una nueva gama de productos²²³, tal y como tuvimos oportunidad de señalar con antelación²²⁴, se originó lo que ACOSTA califica como *"...una verdadera inflación de riesgos en el mundo contemporáneo..."*²²⁵ y, a veces, de una naturaleza tan compleja, que no siempre se podía identificar con facilidad al culpable de ellos. PASCUAL ESTEVILL patentiza este problema, al explicar que el sistema subjetivista *"...no abarca, ni fue así siquiera desde un principio, aquellas situaciones de daños en cuya causación no se adivina la culpa, la ilicitud del comportamiento ni, tampoco, en ocasiones, la propia causa en relación al perjuicio."*²²⁶

Súmese a la crítica anterior, el que en diversas situaciones regidas por la teoría de la culpa, al exacerbarse sus términos, se terminó exigiendo una diligencia muy

²²⁰ Vid. DIAZ PAIRO, A., *"Teoría General de las obligaciones"*, Segunda edición, La Habana, 1945/47, pág. 42.

²²¹ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., *"La responsabilità civile. I- prospettiva storica - colpa aquiliana illecito contrattuale. II- responsabilità oggettiva - rischio d'impresa prevenzione del danno"*, 3ª edizione, aggiornata a curia di Pietro Maria Pultri, Giufrè, Milano, 2001, pág. 349.

²²² Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 33.

²²³ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 15.

²²⁴ Vid. *supra* apartado 3.- Nuevos modelos empresariales, el progreso tecnológico, la producción en masa y la sociedad industrial -como aspectos relevantes del fenómeno del consumo- y su impacto en el ámbito jurídico, como hitos catalizadores del surgimiento de la tesis de la necesaria protección del consumidor y usuario de bienes y servicios, reflejo de una medida de fuerte cuño social, propia de un Estado intervencionista en este ámbito, preocupado del bienestar de la población / Capítulo I EL CONSUMO Y LA PRODUCCION EN MASA, SELLOS DISTINTIVOS DE LA SOCIEDAD MODERNA Y FUENTES DE NUEVOS DAÑOS. LA PARADOJA DEL BIENESTAR SOCIAL, A COSTA DE PRODUCTOS PELIGROSOS Y DEFECTUOSOS / PARTE I.

²²⁵ Vid. ACOSTA RAMIREZ, V., *"La Responsabilidad Objetiva"*, en Cuadernos Jurídicos N° 6, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, noviembre, 1996, pág. 6.

²²⁶ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 65.

estricta, lo que se tradujo en que la más leve negligencia bastaba para comprometer la responsabilidad del deudor, generando una situación perversa al decir de ALTERINI y LOPEZ CABANA, pues *"...al ser suficiente la más leve negligencia para comprometer la responsabilidad del deudor, la causal de liberación solía quedar muy próxima al caso fortuito..."*.²²⁷ Fue así como llegó a establecerse -según ACOSTA-, que *"...la teoría clásica de la culpa era imprecisa e insuficiente, ya que no colaboraba para perseguir la reparación del perjuicio sufrido..."*.²²⁸

Gran parte de la doctrina sostiene, que esta teoría objetiva nace en la doctrina penal positivista italiana. Al respecto, FERRI²²⁹ postulaba que *"...la condena civil, a diferencia de la penal, se encuentra ajena a toda idea de castigo, siendo por ello innecesario mantener la idea de la culpa..."*. Aseveraba este autor, que *"...en la esfera jurídico-criminal como en la esfera jurídico-civil, todo hombre siempre y en todo caso, determina para cada una de sus reacciones una reacción social correspondiente..."*. De modo que el agente de una conducta, siempre experimenta o sufre las consecuencias naturales y sociales de sus propios actos, de los que es responsable por el sólo hecho de haberlos realizado. Así, al hablar de responsabilidad objetiva, lo que se pretende es, en opinión de GAMARRA, aludir a una fórmula resarcitoria en que se *"...busca gravar al deudor con el peso del daño derivante de causas internas a su organización e inherentes a riesgos por él controlables..."*.²³⁰

Se sostiene que la teoría de la responsabilidad objetiva tuvo un fuerte y decisivo impulso en el famoso caso del remolcador, referido por BUSTAMANTE ALSINA²³¹, fallado en el año 1986 por la Corte de Casación Francesa, que dispuso que la muerte de un mecánico ocasionado por la explosión de una caldera de dicho remolcador, aun cuando la explosión se hubiera debido a un defecto de construcción, era de responsabilidad del propietario del remolcador y que esta responsabilidad no cesaba ni aunque él probara la culpa del constructor de la máquina o el carácter oculto de ese defecto. A partir de este caso, se generó una fuerte evolución hacia los sistemas objetivos de responsabilidad patrimonial²³², en

²²⁷ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R. M., *"Temas de Responsabilidad Civil"*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 14.

²²⁸ Vid. ACOSTA RAMIREZ, V., *"La Responsabilidad Objetiva"*, en Cuadernos Jurídicos N° 6, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, noviembre, 1996, pág. 6.

²²⁹ Vid. FERRI, L., citado por MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., TUNC, A., *"Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual"*, Ejea, Buenos Aires, 1977, pág. 86.

²³⁰ Vid. GAMARRA, J., *"Tratado de Derecho Civil uruguayo, tomos XVII/XXV"*, FCU, Montevideo, 1982, pág. 118.

²³¹ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *"Teoría General de la Responsabilidad civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pág. 39.

²³² Vid. YUSEFF QUIROS, G., *"Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva"*, Editorial La Ley, Santiago, 2000; VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"La responsabilidad contractual objetiva"*, en LL, 1988-B-998; BUERES, A. J., *"Responsabilidad contractual objetiva"*, en JA, 1989-II-965; BUSSANI, M., VENCHIARUTTI, A., *"Colpa oggettiva e colpa soggettiva. La responsabilità civile"*, Giuffrè, Milano, 1988; GAMARRA, J., *'Responsabilidad Contractual Objetiva'*, en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; GOMEZ CALERO, J., *"La responsabilidad objetiva en la nueva Ley del automóvil"*, en RDP, 1965; FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F., *"Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva"*, en

un intento por favorecer a las víctimas de catástrofes, terrorismo, enfermedades colectivas, productos defectuosos y todas las modernas fuentes de daños. Esta tendencia tuvo lugar en aquellos sectores de la actividad humana en que hay más peligros y que, por lo mismo, requieren de una visión colectiva del daño y su impacto social, pues la idea es indemnizar los daños que puedan sobrevenir en ciertos ámbitos, aunque éstos sean fortuitos y no imputables a la mala voluntad o el descuido de alguien, sostienen ALPA y BESSONE.²³³ Más ampliamente, la falta de mecanismos jurídicos adecuados para la defensa del perjudicado, "...puso de manifiesto la necesidad de interrelacionar el daño y la actividad productiva ya que la inexistencia de esta vinculación entrañaba una desasistencia efectiva para los particulares perjudicados por la utilización o consumo de un producto puesto en circulación en el mercado en estado defectuoso dado que en estos casos era notoria la carencia de acciones del adquirente del producto frente al responsable de aquel bien defectuoso."²³⁴

VAZQUEZ FERREYRA dice que es así como apareció la responsabilidad objetiva, que si bien parte a propósito de los accidentes del trabajo, rápidamente extendió sus fronteras hacia áreas de la actividad del hombre que conllevaban riesgos, lo que significó que "...la responsabilidad objetiva dejó de ser de excepción y se fracturó todo el sistema tradicional."²³⁵ En suma, en el camino hacia la responsabilidad objetiva, señala ALCOVER, "...confluyen causas o razones ideológicas conectadas al Estado Social de Derecho, económicas, sociales y jurídicas de muy distinta índole y significación."²³⁶ Surgieron así, un complejo de normas jurídicas que procurarón instaurar un nuevo sistema de responsabilidad, basado en el riesgo, que, por la forma en que éste se produce, se califica de objetiva.²³⁷

Como es obvio, en este nuevo panorama de la responsabilidad civil, ya no bastaba la posibilidad del reproche subjetivo y de índole moral para afincar la responsabilidad indemnizatoria, pues empezaba a devenir en inoperante, optándose por asentarla sobre bases más amplias que las del estricto campo de la culpabilidad. Bien señala JORDANO, que "...el consolidarse del desarrollo industrial..., ...la vigencia de un amplio sistema de aseguración y un mayor sentido de solidaridad social, han conducido a una fractura del sistema unitario de la responsabilidad civil,

AAMN, 1962 (XIII); CAZEAUX, P. N., "El incumplimiento sin culpa, en Derecho de daños", La Roca, Buenos Aires, 1989.

²³³ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., "La responsabilità civile. I- prospettiva storica - colpa aquiliana illecito contrattuale. II- responsabilità oggettiva - rischio d'impresa prevenzione del danno", 3ª edición, aggiornata a curia di Pietro Maria Pultri, Giufrè, Milano, 2001, págs. 331 y ss.

²³⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 99.

²³⁵ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "Responsabilidad por Daños (Elementos)", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 39.

²³⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 24.

²³⁷ En realidad, en la responsabilidad objetiva el resultado exterior de la relación causal indica que ésta sirve de nexo entre la cosa y el daño.

de manera que el criterio de la culpa es tendencialmente sustituido por criterios de imputación objetivos de la responsabilidad."²³⁸ Entonces, en este contexto, se concluyó que sólo se podía garantizar la indemnización a la víctima de daños causados por un producto defectuoso, si tal responsabilidad se imponía al productor, aun si había actuado con diligencia, por ser él quien está en mejor situación para asumir ese riesgo, mediante su distribución entre todos los consumidores a través de un seguro, cuya prima se incorpora al precio de sus productos.²³⁹ Según PARELLADA, la responsabilidad objetiva "...ha determinado un tránsito del derecho de la responsabilidad al derecho de daños; el primero preocupado por el responsable, el segundo por la víctima. Uno mirando fundamentalmente si la conducta del primero lo hacía posible de sanción, el otro observando si es justo que el daño lo soporte quien lo ha sufrido. Este nuevo mirar se coloca en la búsqueda de donde ha partido la fuerza dañadora, para encontrar un responsable..."²⁴⁰, en la idea de que se responda de todo daño, incluso del no culpable. Esto es, extremando los términos, de actos o conductas ejecutadas con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso nos dice la doctrina²⁴¹, estableciendo "un principio pro damnato" o de "responsabilidad sin culpa..."²⁴², pues, como dice LOPEZ OLACIREGUI, se intenta privilegiar "...la reparación del daño injustamente sufrido, antes que el injustamente causado."²⁴³ En palabras de ALBALADEJO, la responsabilidad sin culpa se justifica "...porque la ley, si bien permite que sean usados ciertas cosas, observadas ciertas conductas, etc., que, proporcionando un beneficio a unos, crean también un riesgo, sólo lo permite sobre la base de que el que se beneficie de ellas repare al que lo padezca el daño que, aún sin culpa, eventualmente pueda producir el riesgo."²⁴⁴ En el mismo sentido, observa DE COSSIO que ya "...no se trata tanto de imputar a una persona un hecho como de determinar cuál sea el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias..., -por lo que-, ...más que de una imputación personal, se trata de una imputación patrimonial, y la teoría de la responsabilidad se

²³⁸ Vid. JORDANO FRAGA, F. J., "La responsabilidad contractual", Civitas, Madrid, 1987, pág. 58.

²³⁹ De hecho, en el sistema neozelandés, con la dictación de la *Accident Compensation Act 1982*, se ha creado un sistema de seguridad social que cubre los daños personales provocados por productos defectuosos, no exento de críticas. Vid. WHINCUP, M. H., "Product Liability Law", Cambridge University Law, Cambridge, 1985, págs. 160 y ss.

²⁴⁰ Vid. PARELLADA, C. A., "El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales", en LL, agosto, 1987.

²⁴¹ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "Responsabilidad por Daños (Elementos)", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993; ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., "Temas de Responsabilidad Civil", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995; GHERSI, C. A., "Reparación de Daños. Acción del hombre. Autoría. Imputabilidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Factores objetivos. Equidad. Formas de reparación. Relación de causalidad", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.

²⁴² Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., "Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I", segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 40; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., "La responsabilidad civil hoy", en ADC, 1979, págs. 727 y ss.; PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho civil II", Bosch, Barcelona, 1983.

²⁴³ Vid. LOPEZ OLACIREGUI, J. M., "Esencia y fundamento de la Responsabilidad Civil", en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 64, año II, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 941.

²⁴⁴ Vid. ALBALADEJO, M., "Curso de Derecho civil Español, II Derecho de obligaciones", 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 561.

convierte en una simple teoría de la distribución de riesgos."²⁴⁵ Por último, es de destacar que en el sistema objetivo, la obligación de resarcimiento nace simplemente de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, sin tener en cuenta el elemento intencional o falta de diligencia, enseñan DIAZ-AMBRONA y HEDEMANN, entre otros.²⁴⁶

Conviene precisar, que este sistema de responsabilidad no significa que siempre deba resarcirse todo daño. Por el contrario, lo que se pretende evitar, explican ALTERINI y LOPEZ CABANA, "...es el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento cuando no puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo de algún obrar dañoso..."²⁴⁷, esto es, su culpa. Así, la consideración de que la culpa como factor atributivo de responsabilidad es más bien una culpa social, que no tiene por qué coincidir con la inmoralidad personal, fue el primer paso para superar los estrechos márgenes de la responsabilidad subjetiva en ámbitos del quehacer humano expuestos a riesgos, en opinión de PUIG BRUTAU.²⁴⁸ En palabras de PROSSER, "...la culpa que importa al derecho civil es la que se manifiesta como una desviación de la conducta que la sociedad ha de exigir a toda persona para la protección de los intereses de los demás."²⁴⁹ Entonces, la "...irrupción de una mentalidad colectiva más identificada con el designio de indemnizar a las víctimas de los daños que con el de observar cuidadosamente la culpabilidad de quien los produce..."²⁵⁰, terminó catalizando el surgimiento de la responsabilidad objetiva como una adecuada herramienta para lidiar con los daños surgidos de ciertas actividades caracterizadas por los riesgos que, inherentemente, entrañan.²⁵¹ En los mismos términos, LOPEZ SANTAMARIA agrega que se enfrenta una "...proliferación de regímenes de reparación, en los cuales la culpa o el dolo desaparecen del escenario jurídico..."²⁵² Rematando las opiniones anteriores, DI MAJO asevera que "...asistimos al ocaso de la hegemonía del criterio de la culpa como fundamento de la responsabilidad deudora..."²⁵³

Es obvio que este sistema se alienta en la idea de que todo perjudicado sea indemnizado. Por ello, ante la producción de un daño, debe existir un responsable,

²⁴⁵ Vid. DE COSSIO, A., "La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de Derecho español", en ADC, t. II, 1966, págs. 527 y ss.

²⁴⁶ Vid. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., "La responsabilidad por acto ilícito en el área del código civil español, con especial referencia a la jurisprudencia de la sala primera del tribunal supremo", G. Giappichelli Editore - Torino, pág. 202; HEDEMANN, J. W., "Tratado de derecho civil, vol. III", en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 513.

²⁴⁷ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., "Temas de Responsabilidad Civil", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 46.

²⁴⁸ Vid. PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho Civil II", Bosch, Barcelona, 1983, pág. 139.

²⁴⁹ Vid. PROSSER, W. L., "Handbook of the Law of Torts", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971, págs. 17 y 506 y ss.

²⁵⁰ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "Lecciones sobre responsabilidad civil", Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pág. 16.

²⁵¹ Vid. PROSSER, W. L., "Handbook of the Law of Torts", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971, págs. 16 y ss.

²⁵² Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., 'La Responsabilidad Civil por Productos', en AAVV, "Derecho de Daños", Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 149.

²⁵³ Vid. DI MAJO, "Delle Obbligazioni in Generale", Zanichelli Editore, Bologna-Roma, 1988, pág. 480.

haya o no participado él en la causación del daño, sea o no voluntaria la acción que culmina en un daño a alguien, prescindiendo de la imputación de culpa, para dar paso a la ecuación daño igual a responsabilidad. Es así, por ejemplo, que en Uruguay, por vía jurisprudencial, se comenzó a desplazar el criterio subjetivista al extremo opuesto, a partir del caso *Zolesi con Ferrocarril Central*, que consagró la vigencia de una obligación de seguridad en el transporte de personas, cuando eran desconocidas las causas que produjeron el fallecimiento del pasajero. La Corte Suprema de ese país, el año 1951, consideró impertinente y rechazó la prueba del comportamiento de un buen padre de familia o de ausencia de culpa que había sido aceptado por el Tribunal de Apelaciones como base para desestimar la demanda, pues, según el máximo Tribunal, la empresa podía eludir la condena únicamente por la vía de la causa extraña, no imputable a la demandada. Así nació, según GAMARRA, “...la responsabilidad contractual objetiva y caía el dogma de la culpa...”.²⁵⁴

Tampoco es de extrañar que la evolución hacia la responsabilidad objetiva haya venido dada, principalmente, a través del Derecho vivo, del pronunciamiento de los jueces, que en sus fallos fueron creando mecanismos a favor del perjudicado, en un contexto de imputación subjetiva. Por ejemplo: (i) mediante la mitigación del requisito de la antijuricidad, señalando, incluso, que las conductas lícitas podían generar la obligación de indemnizar, si no se han ejecutado con la suficiente diligencia²⁵⁵; (ii) estableciendo presunciones de negligencia que, aunque posibles de destruir mediante prueba en contra, en la práctica representaron un gran avance²⁵⁶, al incrementar la exigencia de diligencia para evitar el daño, declarando la jurisprudencia que, en ocasiones, no es suficiente el estándar de diligencia contemplado en la ley, sino la derivada de la naturaleza de las obligaciones que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar²⁵⁷; (iii) estableciendo la inversión de la carga de la prueba, a fin de establecer la culpa del agente del daño, pues, por su intermedio, se obliga al autor de los daños a que acredite que en el ejercicio de sus actos obró con toda prudencia y diligencia para evitarlos, dado que se presume que el autor del daño ha incurrido en culpa y a él corresponde desvirtuar tal presunción, probando que ha obrado con diligencia. Por ello mismo y tal como aseveran las STS, de 8 de Octubre de 1984 y de 21 de

²⁵⁴ Vid. GAMARRA, J., ‘Responsabilidad Contractual Objetiva’, en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 112 y 113.

²⁵⁵ Vid. MULLERAT BALMAÑA, R., “La responsabilidad civil de productos en derecho español (La Ley de 22/1994 de 6 de julio)”, en RJC, n° 94, 1995, pág. 12; STS de 14 de febrero de 1944, de 23 de febrero de 1950, de 23 de diciembre de 1952, de 24 de marzo de 1953 y de 30 de junio de 1959, entre otras.

²⁵⁶ Vid. STS de 22 de junio de 1932, de 10 de julio de 1943, de 23 de diciembre de 1952, de 24 de marzo de 1953, de 30 de julio de 1959, de 5 de abril de 1963, de 9 de marzo de 1974 y de 28 de junio de 1974, entre otras.

²⁵⁷ Vid. STS de 14 de febrero de 1944, de 28 de febrero de 1950, de 9 y 14 de abril, de 14 de mayo y de 30 de octubre de 1963, de 28 de junio de 1974, de 10 de octubre de 1975, de 14 de abril y de 22 de octubre de 1977, entre otras.

Diciembre de 1986²⁵⁸, no basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obliguen a la adopción de garantías para prevenir y evitar daños, ya que si tales medidas no han resultado positivas en su resultado, produciéndose igualmente el daño, se patentiza que faltaba algo por prevenir, no siendo -lógicamente- completa la diligencia empleada. En síntesis, lo que fue estableciendo la jurisprudencia es que una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, si el agente de la conducta no se asegura, diligentemente, del alcance y consecuencias de sus actos. Hay, por lo demás, una serie de STS, a propósito de daños al medio ambiente, que también se inclinan por esta solución.²⁵⁹ Por ejemplo, la STS, de 30 de octubre de 1963, referida a daños ocasionados por una empresa que fabricaba superfosfatos de cal y abonos químicos; la STS, de 12 de diciembre de 1980²⁶⁰, sobre la *Central de Soto de Ribera* y la STS, de 16 de enero de 1989²⁶¹, sobre una reclamación de daños contra la empresa *ENSIDESA*, en la cual el TS afirmó que: *"...el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, éstas resguardan el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño.."*²⁶²

Transcribimos parte de la STS, de 27 de septiembre de 1995, que ilustra el pensamiento del máximo tribunal en orden a conjugar las corrientes objetivadores de la responsabilidad civil, en los siguientes términos: *"...Evidentemente, el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del daño, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando la inversión de la carga de la prueba..."*²⁶³ A mayor abundamiento, la STS, de 1 de julio de 1995²⁶⁴, refiriéndose a la inversión de la carga de la prueba, sostiene que ese es el camino hacia tendencias de corte objetiva de la responsabilidad extracontractual, expresando que la jurisprudencia se inclina por una configuración de la responsabilidad extracontractual basada en los artículos 1902 y siguientes del

²⁵⁸ Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, 14 de enero de 2013, 11,00 am.

²⁵⁹ Vid. ALONSO PEREZ, A., 'La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas', en *"Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, tomo IV, Derecho civil y Derecho público"*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 4783 y ss.; CABANILLAS SANCHEZ, A., *"La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento"*, en *Revista Española de Seguros*, núm. 55, julio-septiembre, 1988, págs. 7 y ss.

²⁶⁰ Vid. Aranzadi 1980.

²⁶¹ Vid. Aranzadi 101.

²⁶² Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, 14 de enero de 2013, 11,00 am.

²⁶³ Vid. *"Responsabilidad Extracontractual. Jurisprudencia"*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pág. 7.

²⁶⁴ Vid. *"Responsabilidad Extracontractual. Jurisprudencia"*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pág. 42. STS de 1 de julio de 1995 (RJ 1995, 5423). Inversión de la carga de la prueba. Tendencia objetivadora de la responsabilidad extracontractual.

Código Civil, pero con una *"...proyección objetiva a través de la denominada inversión de la carga de la prueba, que exige una mayor actividad en este orden de cosas por parte del causante del resultado producido, haciendo en consecuencia menos cómoda su intervención procesal..."*²⁶⁵; (iv) estableciendo la insuficiencia del cumplimiento de las condiciones fijadas por la Administración, en el sentido de no considerarse causa suficiente para eximirse de responsabilidad, la alegación de haber dado cumplimiento a disposiciones reglamentarias; (v) haciendo aplicable la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgos, según la cual, quien desarrolla una actividad económicamente provechosa, pero que a la vez engendra riesgo, debe compensar los daños que se deriven de tal actividad.²⁶⁶ En este sentido, ACOSTA recalca que *"...junto con la responsabilidad objetiva como correctivo de los defectos probatorios de la responsabilidad subjetiva, surgieron también otros remedios, como las presunciones de culpabilidad; o la extensión del concepto de culpa, en el sentido que aún la culpa más insignificante, y que en otra época habría pasado inadvertida, puede dar origen a responsabilidad cuasidelictual civil; o bien, intentar transformar la responsabilidad extracontractual en responsabilidad contractual, incorporando la noción de obligación de seguridad y otras."*²⁶⁷ En el derecho español, MUGICA²⁶⁸ ha resaltado el fenómeno creativo de la jurisprudencia, que en sus fallos fue ampliando la noción de culpa, agudizando su apreciación, limitando progresivamente la prueba antes de invertirla. Lo expuesto se complementa, además, con la práctica de los tribunales de condenar solidariamente a todos los agentes que hayan participado en la producción del daño, con lo que indudablemente, sostienen GOMEZ LAPLAZA y DIAZ, se fue logrando un notable nivel de protección para las víctimas.²⁶⁹ Desde luego, el argumento principal para sustentar estos cambios, fue que el perjudicado regularmente se enfrentaba a una extrema dificultad probatoria, que le resultaba insuperable, tornando en meras ilusiones sus derechos y la posibilidad de un legítimo resarcimiento.

3.3.2.- El fundamento de la responsabilidad objetiva: los Factores Objetivos de atribución de responsabilidad.

Como se dijo con antelación, en el ámbito de la responsabilidad por daños, la función de la responsabilidad civil apunta a lograr una justa indemnización para las víctimas, a cuyos efectos se crean mecanismos normativos de responsabilidad objetiva. Primeramente, fue para hacer frente a los infortunios laborales, luego le tocó el turno a los daños aéreos, enseguida a los accidentes nucleares y, finalmente, a los perjudicados por el uso o consumo de productos defectuosos. Como se

²⁶⁵ Vid. *"Responsabilidad Extracontractual. Jurisprudencia"*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pág. 42.

²⁶⁶ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 97.

²⁶⁷ Vid. ACOSTA RAMIREZ, V., *"La Responsabilidad Objetiva"*, en Cuadernos Jurídicos N° 6, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, noviembre, 1996, pág. 7.

²⁶⁸ Vid. MUGICA, S., *"La transformación de la responsabilidad civil y la jurisprudencia"*, Aranzadi, Madrid, 1987.

²⁶⁹ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 25, 1995, pág. 520.

aprecia, la tendencia de proteger a las víctimas de los daños que ocasiona el progreso, se encaminó a buscar soluciones resarcitorias construidas sobre ejes objetivos de responsabilidad, extremo que se hizo tan habitual, que para parte de la doctrina “...aquella regla general de la culpabilidad como factor de atribución ha pasado a ser minoría...”, recalca MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ.²⁷⁰ Este fenómeno se explica, porque empezó a ocurrir que la mayoría de los perjudicados quedaban sin indemnización, ante la dificultad de probar la culpa del causante del daño, pues en los accidentes de consumo, si la culpa existe, se diluye por cuanto el elemento humano pierde cada vez mayor relevancia en el engranaje de producción del daño. La solución que se arbitró, expone CALZADA, fue la de “...consagrar supuestos de responsabilidad objetiva, en los que la existencia de las responsabilidad no depende ya de la culpa, proporcionando así a las víctimas de esos daños un responsable, facilitándose de esa manera su derecho a ser adecuadamente resarcidas.”²⁷¹

La jurisprudencia, particularmente la norteamericana, prontamente se dio a la tarea de implementar teorías acerca de la responsabilidad objetiva, identificando los factores o condiciones de atribución de esta clase de responsabilidad, que se denominaron factores objetivos de atribución de responsabilidad. Ellos no están concebidos taxativamente, particularmente, por cuanto deben lidiar con la continua evolución de la sociedad y el surgimiento de nuevas fuentes de daños. Como dice VAZQUEZ FERREYRA, se trata “...de un catálogo abierto y dinámico que va ampliando su número, ya sea por obra legislativa, doctrinal o jurisprudencial.”²⁷²

Para CASTRANOVO, la justificación de la aparición de estos factores objetivos de atribución de responsabilidad consiste en que “...la responsabilidad del productor por los daños causados por productos a los consumidores, en la mayor parte de los países de Europa y en Los Estados Unidos de Norteamérica, se ha transformado en uno de los ámbitos donde la responsabilidad objetiva ha alcanzado el más amplio desarrollo...”²⁷³, de lo que podemos concluir que, únicamente un régimen de responsabilidad objetiva del productor, sustentado en alguna de las razones recién mencionadas o en otras de similar arquitectura, permitían resolver de modo adecuado el problema de la protección al consumidor frente a los accidentes de consumo.

Como se sabe, la gracia de estos factores objetivos de atribución de responsabilidad, es que prescinden del análisis valorativo de la conducta del

²⁷⁰ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., “La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, Tendencias y Prospectiva”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 208.

²⁷¹ Vid. CALZADA CONDE, M. A., en AAVV, BERCOVITZ, R., SALAS, J., (Coordinadores), “Comentarios a la ley general para defensa de los consumidores y usuarios”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, págs. 732 y ss.

²⁷² Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., “Responsabilidad por Daños (Elementos)”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 196.

²⁷³ Vid. CASTRANOVO, C., “La nova responsabilità civile. Regola E. Metafora”, Guifré, Milano, 1991, págs. 185 y ss.

agente del daño, por lo que la voluntad y la culpa, como elementos de la responsabilidad, desaparecen. Es decir, el fundamento del deber de reparar, ahora consiste en una causa externa, distinta del juicio de reproche que pueda merecer la conducta dañosa.

3.3.2.1.- Clasificación de los factores objetivos de atribución de responsabilidad.

Es posible clasificar estos factores objetivos de atribución de responsabilidad, según se apliquen en el ámbito contractual o extracontractual.

3.3.2.1.1.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad en el ámbito contractual: (i) Obligaciones de resultado y (ii) Obligación general de seguridad.

Estos factores objetivos de atribución de responsabilidad, se desarrollan en el ámbito contractual. Se puede decir que en esta clase de obligaciones, la culpa de la parte deudora está fuera de toda cuestión, pues debe responder por el solo hecho de no cumplir con la obligación de resultado a que se ha comprometido, incluso si logra probar su falta de culpa. Sólo podría liberarse de responsabilidad, en el evento de un caso fortuito o de fuerza mayor.

El autor que inicia en Francia la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado²⁷⁴, DEMOGUE, destaca que esta división guarda analogía con la existente en el Derecho Penal entre delitos formales y delitos materiales. Los últimos se caracterizan por el resultado, los primeros por el empleo de medios que han de producir normalmente el resultado.²⁷⁵ Y bajo esta premisa, se establece por la doctrina que el objeto de la obligación es distinto en uno y otro tipo de obligaciones, "...pues es diverso el compromiso asumido por el deudor...", explica con certeza CABANILLAS.²⁷⁶

Ahora bien, la importancia de esta distinción, estriba en la determinación del *onus probandi* de la culpa, por cuanto la naturaleza de la obligación -de medios o de resultado-, en definitiva determina el régimen de la prueba.²⁷⁷ Así, en las obligaciones de resultado, el actor sólo debe probar que el deudor no alcanzó el fin esperado, siendo indiferente la idoneidad de la conducta prestada; mientras que

²⁷⁴ Vid. MARTINEZ RUIZ, R., "Obligaciones de medios y de resultado", en LL, 90-760; DE LA FUENTE, H., "Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación", en LL, 1980-A-712; ALSINA ATIENZA, D. A., "Carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", en JA, 1958-III-591; JORDANO FRAGA, F. J., "Obligaciones de medios y de resultados (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, I, 1991.

²⁷⁵ Vid. CABANILLAS SANCHEZ, A., "Las obligaciones de actividad y de resultado", Bosch, Barcelona, 1993, págs. 24 y 25.

²⁷⁶ Vid. CABANILLAS SANCHEZ, A., "Las obligaciones de actividad y de resultado", Bosch, Barcelona, 1993, pág. 27.

²⁷⁷ Vid. ALTERINI, J. M., PICASSO, S., WAJNTRAUB, J. H., "Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 255.

tratándose de una obligación de medios, el acreedor deberá probar que el deudor no realizó la conducta obligada o bien, que no actuó con la diligencia debida.

Sin embargo, para BUERES, la verdadera importancia de este distingo está en el tratamiento del factor de atribución y en las eximentes de responsabilidad a utilizar frente a una u otra obligación. En las obligaciones de medios, el criterio legal de imputación es la culpa. En las obligaciones de resultado, en cambio, el factor de atribución es objetivo (garantía y la tutela del crédito, riesgo creado, etcétera), pues la diligencia del deudor no interesa.²⁷⁸

Es decir, en los casos de obligaciones de resultado, es opinión mayoritaria que la responsabilidad es objetiva, lo que también se observa en la denominada obligación de seguridad, incluida tácitamente y con carácter general y accesorio, en ciertos contratos, para preservar a las personas o a las cosas de los contratantes, respecto de los daños que pudiesen causarse con la ejecución de un contrato.

3.3.2.1.2.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad en el ámbito extracontractual: (i) Los Tradicionales; y (ii) Los que aplican en el ámbito de los productos defectuosos.

3.3.2.1.2.1.- Los Tradicionales.

Usualmente se anotan en el ámbito extracontractual, los siguientes factores objetivos de atribución de responsabilidad: (i) el riesgo creado; (ii) la equidad; (iii) la garantía y tutela del crédito; (iv) la solidaridad social; (v) la igualdad ante las cargas públicas; (vi) etcétera.²⁷⁹

3.3.2.1.2.1.1.- El Riesgo Creado.

El riesgo creado²⁸⁰ ha sido considerado, tradicionalmente, como el factor de atribución objetivo más importante, a tal punto, "*...que hasta hace poco se lo veía como el único.*"²⁸¹ Lo explica VAZQUEZ FERREYRA, diciendo que "*...quien introduce en el medio social ese factor riesgoso, se beneficie o no con él, debe hacerse cargo de*

²⁷⁸ Vid. BUERES, A. J., "Responsabilidad contractual objetiva", en JA, 1989-II-965, pág. 977.

²⁷⁹ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "Responsabilidad por Daños (Elementos)", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 15; "La teoría general de la responsabilidad del daño y los presupuestos del deber de responder", en JA, semanario del 3/9/86, 1986-IV; "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de contrato de Trabajo", ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988; GESUALDI, D. M., "Responsabilidad: factores objetivos de atribución; relación de causalidad", Ghersi-Carrozzo, Buenos Aires, 1987; ENNECCERUS, L., "Tratado de derecho civil, Parte general, I", 2ª traducción de la 39ª edición alemana, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 450.

²⁸⁰ Vid. ZAVALA DE GONZALEZ, M. M., "Responsabilidad por riesgo", Hammurabi, Buenos Aires, 1987; "La norma de actividades riesgosas en el proyecto de CC", en JA, Argentina, 1988; QUESADA ZAPIOLA, H., "La Teoría del Riesgo y la Acción Contra las Fábricas de Automotores", en La Ley, Tomo 147; MOSSET ITURRASPE, J., "La Recepción de la Teoría del Riesgo Creado por el Código Civil a través del Artículo 1113", en La Ley, T. 1979-D; "La responsabilidad por riesgo", en JA, sec. doc., 1970-721.

²⁸¹ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "Responsabilidad por Daños (Elementos)", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 209.

los daños ocasionados."²⁸² Para RODRIGUEZ GREZ, "...quien crea un riesgo -como consecuencia de proyectar una determinada actividad productiva o de otra índole- deberá responder de los perjuicios que sobrevengan y que deriven directa y necesariamente de este riesgo."²⁸³ Es decir, quien despliega o controla una actividad económica que le reporta lucro, debe responder, honrando las máximas del *ibi emolumentum ubi onis* o *eius commoda eius incommoda*.

De alguna manera, y siguiendo en esto las opiniones de LAMBERT-FAIVRE, la tesis del riesgo refleja la evolución de una deuda de responsabilidad a hacia un crédito de indemnización²⁸⁴, en la idea de trasladar las consecuencias dañosas a un sujeto distinto de la víctima, más que focalizarse en sancionar al agente de la conducta dañina.²⁸⁵

Conviene aclarar que no se trata de un factor de atribución de responsabilidad de tipo residual, que permita justificar la reparación de cualquier daño, pues es indispensable para que proceda su aplicación, que tras él se haya creado un riesgo.

Sobre este factor objetivo de atribución de responsabilidad volveremos más adelante, específicamente a propósito del desarrollo del régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, en el cual se aplica este factor de atribución de responsabilidad como eje estructurante de las normas jurídicas que lo desarrollan.²⁸⁶

3.3.2.1.2.1.2.- La Equidad.

Opina PALMERO que la equidad, como factor objetivo de atribución de responsabilidad, brinda fundamento al deber de reparar, en todos los casos en que un juez acude a ella para ordenar el pago de una indemnización a favor de la víctima del daño.²⁸⁷ En estos casos, postula VAZQUEZ FERREYRA, en realidad el sentenciador prescinde "...de la culpa y del riesgo, y es la equidad la que viene a justificar la reparación."²⁸⁸

3.3.2.1.2.1.3.- La Garantía y Tutela del Crédito.

²⁸² Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 210.

²⁸³ Vid. RODRIGUEZ GREZ, P., "*Responsabilidad Extracontractual*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 63.

²⁸⁴ Vid. LAMBERT-FAIVRE, Y., 'La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización', en ALTERINI, A., LOPEZ CABANA, R., "*Derecho de daños*", La Ley, Buenos Aires, 1992, pág. 13.

²⁸⁵ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., PARELLADA, C., 'Factores objetivos de atribución', en MOSSET ITURRASPE (dir.), "*Responsabilidad civil*", Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 187.

²⁸⁶ Vid. *infra* apartado 3.3.2.1.2.1.1.- El Riesgo Creado / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

²⁸⁷ Vid. PALMERO, J.C., "*El daño involuntario*", Astrea, Buenos Aires, 1973.

²⁸⁸ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 211.

Se trata de 2 factores de atribución de suma importancia, tanto en materia contractual como extracontractual, aunque sus contornos todavía no están suficientemente definidos. De hecho, normalmente la doctrina los encasilla dentro del deber de garantía.

El deber de garantía sirve de factor objetivo de atribución de responsabilidad, en aquellos casos en que se debe indemnizar el daño causado por los actos u omisiones de otras personas. Así acontece en el caso de la responsabilidad del empleador por el hecho del dependiente, ora por la vía de *la culpa in eligendo*, ora por la vía de *la culpa in vigilando*, o de la teoría del riesgo, de la responsabilidad en la acción, etcétera.²⁸⁹ Otro ejemplo lo encontramos en el caso de la responsabilidad del deudor por el hecho de terceros en la actividad delegada en el cumplimiento de la obligación.²⁹⁰

Respecto a la tutela especial del crédito, al decir de VAZQUEZ FERREYRA, ella es el fundamento propio de la responsabilidad contractual objetiva.²⁹¹

3.3.2.1.2.1.4.- La Solidaridad Social.

En cuanto a la solidaridad social, podemos decir que se trata de un principio básico para la existencia del orden social, en cuya virtud, cada miembro del grupo desarrolla sus capacidades y goza de sus derechos, colaborando con los demás integrantes del cuerpo social para desarrollarse en comunidad y armonía, logrando no sólo su plenitud personal, sino la de sus semejantes. Es decir, se trata de un grupo de personas con intereses comunes, que luchan juntos para el bienestar general. Puede sostenerse que es un sentimiento que impele a los hombres a prestarse una ayuda mutua. O bien, una dependencia mutua entre los hombres, que hace que no puedan ser felices unos, si no lo son los demás.

Pues bien, esa idea de dependencia mutua, permite imponer ciertas obligaciones y deberes a las personas, lo que traducido en el ámbito de la responsabilidad -dice VAZQUEZ FERREYRA-, "*...justifica poner en cabeza del beneficiario del acto necesitado, la reparación del mal menor que se ha causado.*"²⁹² Desde luego, esta tesis de la solidaridad abandona toda preocupación individual, centrando su foco en la situación de quien sufre el mal, exigiéndole a quien se benefició con el acto necesario, su ayuda y soporte.

²⁸⁹ Vid. ANDORNO, L., "*La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente*", en Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, PUCA, nº V, Rosario, 1983, págs. 35 y ss.

²⁹⁰ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 211.

²⁹¹ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 212; "*La responsabilidad contractual objetiva*", en LL, 1988-B-998.

²⁹² Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 208.

La seguridad social y más específicamente el Derecho de la Seguridad Social, tienen un origen reciente y persiguen la protección integral del individuo, estimulando una serie de conductas "...que evitan, impiden o disminuyen la incapacidad del sujeto, sin importar las causas en que origina, sino las consecuencias que ella ocasiona."²⁹³ FERNANDEZ PASTORINO explica que la seguridad social constituye "...un concepto que determina una garantía integral que lleva a la liberación de la inseguridad liberando al hombre de la necesidad."²⁹⁴ De ordinario, ella es una tarea del Estado, pero en algunos casos, la ley traslada esta obligación a ciertos particulares, por la vía de las indemnizaciones. Es aquí donde aparece la seguridad social como factor objetivo de atribución de responsabilidad. Por ejemplo, en materia laboral, donde se impone la obligación de indemnizar al trabajador a quien le sobreviene una incapacidad absoluta para continuar trabajando, sin importar el origen de esta inhabilidad.

Un ejemplo típico de un sistema integral de cobertura social es Nueva Zelanda, país que ha instaurado 3 fondos sociales, que permiten indemnizar a cualquier perjudicado, sin indagar en el origen del daño. Estos fondos cubren: (i) a los trabajadores frente a todo tipo de daño o enfermedad profesional; (ii) a las víctimas de accidentes de circulación; y, (iii) todos los infortunios no amparados por los otros dos fondos.

3.3.2.1.2.1.5.- La Igualdad ante las Cargas Públicas.

La igualdad ante las cargas públicas es el fundamento que justifica la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione en su accionar lícito. No se debe olvidar que este principio, normalmente, tiene rango constitucional, por lo que en opinión de VAZQUEZ FERREYRA, se puede acudir a él para fundamentar la responsabilidad del Estado por actos lícitos²⁹⁵ en que incurre para beneficiar a toda la colectividad y de los cuales derivan daños para alguien. En tales casos, es justo que el Estado, en representación de toda la comunidad, responda frente a la víctima, siendo totalmente irrelevante el juicio de reproche.²⁹⁶

3.3.2.1.2.2.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad que aplican en el ámbito de los productos defectuosos.

Adempero, específicamente en torno a la responsabilidad por productos defectuosos, han surgido nuevas ideas, que plantean la existencia de nuevos factores objetivos de atribución de responsabilidad, aplicables en el contexto de los productos defectuosos, a saber: (i) Riesgo de defectuosidad en la producción de un

²⁹³ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 208.

²⁹⁴ Vid. FERNANDEZ PASTORINO, A. *"Seguridad social"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989.

²⁹⁵ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 213.

²⁹⁶ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 214.

bien; (ii) Generación de confianza; (iii) Imposibilidad de los consumidores y usuarios para protegerse adecuadamente; (iv) Los productores pueden identificar y controlar mejor los riesgos; (v) El régimen de la responsabilidad objetiva sería un incentivo para la producción de bienes seguros; (vi) Los productores deben absorber el costo de los accidentes que causan sus productos; (vii) Los productores pueden distribuir mejor el costo de los accidentes; (viii) El sistema de responsabilidad objetiva produce economías en la administración de justicia; (ix) Responsabilidad de todo un ramo de la industria; y, (x) Análisis Económico del Derecho.

3.3.2.1.2.2.1.- El riesgo de defectuosidad en la producción de un bien.

El estadio de avance en el tema de la responsabilidad derivada de daños por productos defectuosos, se ha logrado después de una lenta y fatigosa evolución doctrinaria y jurisprudencial, que en los países más desarrollados se ha compendiado en una serie de regulaciones normativas que parecen eficientes y adecuadas, aunque las nociones tradicionales de riesgo creado y riesgo provecho o beneficio están mostrándose insuficientes, en ciertas ocasiones, para dar respuesta a numerosos problemas de la responsabilidad civil que derivan de daños originados en torno a la actividad de la empresa, propiciando la admisión de un nuevo factor de atribución objetiva de responsabilidad, que PIZARRO denomina como "*...riesgo de defectuosidad en la producción de un bien, de tal modo, como una contingencia propia de la actividad económica desplegada, que obliga a asumir las consecuencias perjudiciales para terceros...*".²⁹⁷

3.3.2.1.2.2.2.- La generación de confianza.

También se ha postulado la existencia de un nuevo factor de atribución objetiva de responsabilidad, consistente en la generación de confianza. Esta concepción ha sido defendida por MARKOVITS²⁹⁸, GOMEZ CALERO²⁹⁹ y PARRA LUCAN³⁰⁰ entre otros. En este planteamiento se pondera, principalmente, que todo lo atingente a los daños causados por productos defectuosos, debe abordarse procurando alcanzar un equilibrio entre todos los partícipes, con una visión realista respecto a la forma y modo en que opera la producción, distribución y comercialización de los productos. Esto permite sostener que la problemática del sujeto responsable por los daños causados por producto defectuosos, debe concentrarse sobre todos los miembros de la cadena de producción y de

²⁹⁷ Vid. PIZARRO, R., 'Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, "*Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 386 y 387.

²⁹⁸ Vid. MARKOVITS, Y., "*La directive C.E.E. du Juillet 1985 sur la Responsabilité du fFait des Produits Défectueux*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, nro. 237 págs. 148 y ss.

²⁹⁹ Vid. GOMEZ CALERO, J., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos*", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 169.

³⁰⁰ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, págs. 416 y ss.; "*Ámbito de protección de los daños en productos (Sistema y naturaleza de la responsabilidad civil prevista en LRCP)*", en INIURIA, n° 5, 1995.

distribución de los productos, pues como dice PUIG BRUTAU, *"...la venta de mercancías no es simplemente una cadena de ventas, sino que se trata de un conjunto de operaciones con el objetivo unitario de distribuir las mercancías para que lleguen al consumidor."*³⁰¹ En efecto, a estas alturas del modelo comercial y económico, el consumidor tiene cada vez menos relación con el productor de los productos, pues éstos le llegan a través de grandes distribuidores o casas comerciales que participan de la cadena de valor del producto, tras campañas publicitarias y de mercadeo, todo lo cual dificulta la obtención de indemnizaciones por parte del perjudicado. Se suma a lo anterior, el que en el mundo moderno, el público tenga una sensación general de confianza en la actividad industrial, que surge del uso de la publicidad masiva³⁰² y del empleo de modernas técnicas de comercialización. Esto hace, según KELLY, *"...que los consumidores confíen en la habilidad y conocimiento de los fabricantes. Si las expectativas del consumidor no son cumplidas, se concluye que el fabricante debe responder, sin necesidad de probar culpa alguna de su parte."*³⁰³

Debe anotarse que este enunciado es pasible de objeciones. La más importante de ellas, es el carácter vago de la expectativa en cuestión. En tal sentido, caben varias preguntas: ¿De quién son las expectativas?; ¿De qué expectativas se trata?; ¿Son razonables estas expectativas?; ¿Cómo se pueden medir o calificar estas expectativas?; ¿Son las de las víctimas?; etcétera. Todas las cuales, inevitablemente, introducirán una serie de cuestionamientos, dudas y problemas en este entorno. Nótese además, que a la hora de hablar de expectativas, muchas veces éstas variarán según la índole de producto de que se trate; el tipo de defecto al que se hace referencia; sus destinatarios; el uso al que naturalmente se destinan; los conocimientos que se tengan de quien ha sido el productor; etcétera.

3.3.2.1.2.2.3.- Imposibilidad de los consumidores y usuarios para protegerse adecuadamente.

Este argumento también es usado para fundar la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos. Según él, en la actualidad los consumidores no tienen posibilidad de protegerse adecuadamente frente a los productos que presentan defectos de

³⁰¹ Vid. PUIG BRUTAU, J., *"Fundamentos de Derecho Civil II"*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 173.

³⁰² Según CARDENAS y MARTINEZ, los medios de comunicación, *"...son los cordones umbilicales que unen a los hombres de nuestros tiempos. Su presencia en nuestras vidas es indiscutible y son ellos los que deciden el perfil del hombre consumidor..."*. Vid. CARDENAS QUIROS, C., MARTINEZ COCO, E., 'El Moderno Contenido de la Responsabilidad Precontractual a partir de las Relaciones de Consumo', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 417. Por su parte, GALVAN señala que *"...la publicidad comercial tiende a un solo fin: promover el máximo consumo. El vender más. Y en su consecución se acude al engaño, se abusa del recurso provocando daños o creando peligros de los mismos a los intereses individuales de los consumidores, de los competidores y/o a los intereses colectivos o difusos..."*. Vid. GALVAN, R. M., 'Responsabilidad civil derivada de la publicidad comercial', en AAVV, ALTERINI, LOPEZ CABANA (DIRS.), *"La Responsabilidad, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 502.

³⁰³ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 49.

cualquier tipo. Ello, debido al gran número y a la complejidad de productos que deben ser usados o consumidos, para que una persona pueda funcionar o desenvolverse en la sociedad moderna.

Sin embargo, pueden aplicarse a esta argumentación las mismas críticas que se hicieron antes. Por lo pronto, se simplifica el concepto de consumidor, que se presenta como una suerte de persona inocente y desprotegida, cuando en realidad hay varios tipos de consumidores, cuya diferencia depende de múltiples factores, como son: el nivel cultural; la edad; las circunstancias en los cuales los productos son usados; etcétera. Además, no todos los productos son complejos. Por último, las legislaciones de consumo suelen imponer la obligación del consumidor de informarse, bajo la idea de que tampoco puede ser visto el consumidor como un ignorante o alguien ajeno a la sociedad y a su ámbito cultural.

3.3.2.1.2.2.4.- Los productores pueden identificar y controlar mejor los riesgos.

En la actualidad, los productores están -por regla general-, en mejor posición que los consumidores para descubrir los defectos de los productos que fabrican y, a raíz de ello, tomar las medidas que sean necesarias para evitar o controlar los defectos de que se trate, sean ellos de fabricación, de diseño o de información.

Para KELLY, sin embargo, *“...esto no significa que el fabricante sea siempre el que está en mejor posición para descubrir los defectos de los productos que elabora o para evitarlos...”*³⁰⁴, por cuanto, en muchas ocasiones será el consumidor quien tenga esa posibilidad. Por ejemplo, cuando dichos defectos son de diseño y aparecen por la forma en que el producto es usado por el consumidor, no sería extraño concluir que es el propio consumidor quien está en mejor situación de descubrir -cabalmente- el defecto y controlarlo, y no el productor, quien puede inclusive ignorar cómo es usado su producto. Entonces, es conveniente advertir del riesgo de incurrir en un error, al expresar en forma absoluta que son los productores quienes pueden, del modo más eficaz y barato, prevenir los accidentes de consumo, dado la serie de controles que están en condiciones de desplegar.

3.3.2.1.2.2.5.- El régimen de la responsabilidad objetiva sería un incentivo para la producción de bienes seguros.

El objetivo que se persigue a través de un sistema de responsabilidad, no es sólo complacer a las víctimas, sino también evitar que se produzcan accidentes. SACHS elabora este planteamiento, aduciendo que a través del régimen de responsabilidad objetiva, los productores tendrán un estímulo adicional para elaborar productos más seguros y para adoptar mejores medidas de seguridad. En definitiva, productos más seguros, pues esta sería la única forma de soportar los

³⁰⁴ Vid. KELLY, J. A., *“Responsabilidad del fabricante”*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 51.

costos de los accidentes que ocasionan sus productos.³⁰⁵ Se puede complementar este argumento, razonando con KELLY, que: *"...si el fabricante fuera responsable sólo si se prueba su culpa no se encontraría frente al estímulo recién indicado, ello porque con sólo demostrar que ha obrado con el cuidado que las circunstancias requerían evitaría ser responsable."*³⁰⁶

3.3.2.1.2.2.6.- Los productores deben absorber el costo de los accidentes que causan sus productos.

Se suele indicar, para justificar la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, que corresponde a los productores soportar los daños que causan los productos que fabrican, tal como si fueran un costo más de producción. Existen diferentes fundamentos para esta posición, por ejemplo: (i) de tipo emotivo, basado en simpatías con la víctima; (ii) otro, basado en que el productor tiene los medios para responder; (iii) por último, se sostiene que el productor, en cuanto se beneficia con sus productos, debe responder por los riesgos que ellos crean. En tales términos, KELLY sostiene que si *"...se acepta que en la sociedad de consumo (o en una que quiere serlo) es inevitable que se pongan en el mercado productos defectuosos que ocasionan accidentes, no hay razones de preferencia moral en hacer recaer la responsabilidad en el fabricante o en la víctima (o para el caso en cualquier otra persona, que podría ser, por ejemplo, aquella que pueda, de la forma más económica y eficiente prevenir el accidente en cuestión) ya que se parte de la definición de que se haga lo que se haga, los daños igual ocurrirán. La única cuestión que se debate es quien debe soportarlos, y por lo tanto, si los mismos deben ser costos de producción (si los soporta el fabricante) o costos del consumo (si los soporta la víctima)."*³⁰⁷

El hecho de lucrar el productor con la venta de sus productos, motiva que él deba hacerse cargo de los daños que éstos ocasionan. Sin embargo, tal como se aduce tal circunstancia para justificar su responsabilidad, pensamos que también se podría sostener que la apetencia de los consumidores por los productos o la búsqueda de la satisfacción que ellos obtienen con su uso o consumo, -que vendría a ser el reverso del lucro que obtiene el productor-, justifican que ellos soporten los daños que surjan del consumo. Este argumento es, desde luego, provocativo y representaría un retroceso en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que se volvería a los tiempos en que la sociedad protegía al creador de riqueza en la economía y desatendía a las víctimas de los daños del progreso. No es eso lo que estamos planteando. Lo que queremos decir, con las prevenciones del caso, es que una tesis de este tipo podría servir para recomponer el equilibrio de los intereses en juego entre empresarios y

³⁰⁵ Vid. SACHS, R. M., *"Negligence or Strict Product Liability: Is there Really a Difference in Law or Economics"*, en Georgia Journal of International and Comparative, vol. 8, 1978, pág. 259.

³⁰⁶ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 53.

³⁰⁷ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 55.

consumidores en un sentido lato, y así obligar al juzgador a ponderar, siempre y en todo caso, las circunstancias concurrentes al tiempo de intentar establecer la responsabilidad de un productor por el daño causado por el defecto de un producto que él ha puesto en el mercado.

Piénsese, por último, que no sólo el productor es quien lucra y se beneficia con sus productos, pues lo mismo sucede con quienes los venden, ya sea como mayoristas o minoristas; por quienes los transportan; por quienes aportan insumos o partes terminadas de todo tipo para su elaboración final; por quienes financian su producción o comercialización; por quienes contribuyen con sus ideas o conocimientos para ello; etcétera. Si el hecho de lucrar con el producto fuese el único fundamento de responsabilidad del productor, todos quienes obtengan alguna ganancia con el producto, en sus distintas etapas de circulación en el mercado, debieran ser responsables objetivamente de los daños causados por productos, cuestión que hasta ahora no se ha planteado así, salvo para coligar los extremos de la cadena de valor, ya que, bajo la égida de la Directiva 85/374 y del TR, responde de los daños causados por defectos de un producto tanto su productor como el proveedor, reunidos ciertos requisitos, tal y como tendremos oportunidad de plantear más adelante.³⁰⁸ Redondeando el punto, es bastante obvio que en la decisión de fabricar, también intervienen otros actores, pues el productor no fabricaría sus productos si no hubiese quien los financie, quien los transporte, quien le aporte insumos, quien los comercialice y, fundamentalmente, si no hubiese apetencia por sus bienes por parte de los consumidores. Es decir, siguiendo a KELLY, si el productor *"...decide poner sus productos en el mercado y así crear un riesgo es porque hay una serie de personas que, como él, prevén obtener un beneficio con la creación del riesgo..."*.³⁰⁹

3.3.2.1.2.2.7.- Los productores pueden distribuir mejor el costo de los accidentes.

Otro de los argumentos que se ha ideado para justificar el régimen de responsabilidad objetiva, es que los productores pueden distribuir mejor el costo de los accidentes, que quienes consumen sus productos. Se sostiene, en tal sentido, que el productor no se ve afectado por las indemnizaciones que deba pagar por daños de consumo, porque puede distribuir su importe entre toda la comunidad, a través de un alza mínima en el precio de sus productos.

Ahora bien, nos parece que no se puede tomar este argumento como una verdad a toda prueba, pues no siempre el productor está en condiciones de trasladar o

³⁰⁸ Vid. *infra* apartado 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

³⁰⁹ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 57.

distribuir entre sus adquirentes el mayor costo que resulte de sumar los daños que producen sus productos. Bien señala POSNER, que ello es posible sólo "*...si la demanda que enfrenta la industria en cuestión es absolutamente rígida (es decir: la curva de demanda es horizontal) y a su vez la demanda que enfrenta cada empresario en dicha industria es absolutamente elástica (es decir: la curva de demanda es horizontal).*"³¹⁰ Para cualquiera que sepa algo de teoría económica, resulta difícil imaginar un mercado que presente tales condiciones, por lo que siempre habrá algún porcentaje de los costos por accidentes de consumo que el productor deberá soportar, sin posibilidad alguna de trasladarlo, lo que puede comprometer la viabilidad de su negocio. De hecho, bastaría considerar que el mercado en que participa sea altamente competitivo, para concluir que la estrechez de márgenes subsecuente le impediría soportar estos costos adicionales.

3.3.2.1.2.2.8.- El sistema de responsabilidad objetiva produce economías en la administración de justicia.

Entre los costos que resultan de un accidente, además de los daños a las cosas o a las personas, están los costos que son consecuencia del proceso judicial que se ha de seguir para resolver quien debe pagar las indemnizaciones a que hubiere lugar. Se trata de los costos del juicio, de las costas procesales, de las costas de los abogados, de los tasadores y peritos, del mantenimiento del aparato judicial, etcétera. Todos estos gastos, en último término, los enfrenta la sociedad y, por ende, en la medida que disminuyan, habrá un beneficio social. Por ello se sostiene, afirma KELLY, que "*...el régimen de responsabilidad objetiva, al simplificar las cuestiones a discutir con respecto a la responsabilidad del fabricante debiera resultar en un menor nivel de costos en la administración de justicia...*"³¹¹ y por esa vía lograr una eficiencia consistente en que los recursos que invierte el Estado tengan mejores usos alternativos, incrementando el bienestar social.

Este criterio, desde luego, también es cuestionable, pues podría estar provocando exactamente el efecto contrario, ya que la institucionalización de un régimen de responsabilidad objetiva a favor de los perjudicados por daños causados por productos defectuosos, les permite enfrentar, con alguna facilidad, los procesos indemnizatorios, sobre todo al poder iniciar litigios que bajo un régimen de culpa no habrían iniciado, sostiene SACHS.³¹² O bien, optar por litigar masivamente a través de acciones de clase, si hay mérito para ello. Es decir, no se puede obviar que el hecho de construir una plataforma judicial fácilmente accesible para las víctimas de daños de consumo, necesariamente genera mayores costos judiciales y extrajudiciales, pues facilita la judicialización de todo conflicto.

³¹⁰ Vid. POSNER, R. A., EASTERBROOK, F. H., "*Antitrust, Cases, Economic Notes, and Other Materials*", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1974, págs. 147 y 149.

³¹¹ Vid. KELLY, J. A., "*Responsabilidad del fabricante*", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 59.

³¹² Vid. SACHS, R. M., "*Negligence or Strict Product Liability: Is there Really a Difference in Law or Economics*", en Georgia Journal of International and Comparative, vol. 8, 1978, pág. 261.

3.3.2.1.2.2.9.- Responsabilidad de todo un ramo de la industria.

Uno de los elementos que configura la responsabilidad del productor, es la existencia de relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño que se ha experimentado al entrar en contacto con él. De acuerdo a ello, el damnificado debe demostrar que el defecto del producto que elaboró una determinada persona, le ha causado el daño que alega. Sin embargo, en muchos supuestos es prácticamente imposible identificar al productor del producto que ocasiona el daño. Es por ejemplo el caso: (i) de los productos que son vendidos sin identificación alguna; (ii) de los productos que por su defecto, quedan en estado tal, que no se puede identificar su origen; (iii) de los productos que causan daños después que ha pasado un tiempo considerable desde su uso y ya no es posible identificar al productor, porque el producto no existe o porque no se sabe quien lo elaboró; (iv) etcétera.

En todas estas situaciones, el producto ha sido introducido en el mercado y puesto en circulación, empero, no resulta posible saber exactamente quién lo elaboró y, por ende, quien es el responsable de los daños causados a sus consumidores, usuarios y *bystanders*. Máxime, si se constata que existían varios productores que elaboraban el mismo producto, por lo que podría concluirse, sin mucho aspaviento, que cualquiera de ellos podría ser el que fabricó el producto defectuoso. Y ello evidencia, en opinión de KELLY, “...la imposibilidad del actor de poder probar quien fabricó el producto que le causó el daño...”, lo que debería conducir, normalmente, a “...que su acción por daños no sea reconocida.”³¹³

Para afrontar estas dificultades, se han planteado por la doctrina al menos 4 distintas teorías, a saber: (i) Responsabilidad colectiva; (ii) Acción concertada; (iii) Responsabilidad de toda la industria; y, (iv) Responsabilidad según la participación en el mercado. Estas teorías son aplicables a daños causados por productos defectuosos que puedan ser catalogados como fungibles y, en principio, se refieren a daños causados por defectos de diseño, “...previéndose sin embargo que los daños por defectos de fabricación podrían ser también considerados cuando todos los fabricantes en cuestión siguieron sistemas o procesos de fabricación similares...” precisa KELLY.³¹⁴

Veamos a continuación en qué consiste cada una de estas teorías.

3.3.2.1.2.2.9.1.- Teoría de la Responsabilidad Colectiva.

Si se puede identificar a todos los productores que pueden haber fabricado el producto que causó el daño, pero no al responsable real, cabe argumentar, bajo una interpretación extensiva de los principios de la responsabilidad colectiva

³¹³ Vid. KELLY, J. A., “*Responsabilidad del fabricante*”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 209.

³¹⁴ Vid. KELLY, J. A., “*Responsabilidad del fabricante*”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, págs. 209 y 210.

según BUSTAMANTE y LLAMBIAS³¹⁵, que todos estos productores deben responder ante la víctima.

3.3.2.1.2.2.9.2.- Teoría de la Responsabilidad por Acción Concertada.

En esta clase especialísima de responsabilidad, otra variante para salvar la imposibilidad de demostrar quién es el productor del producto defectuoso, es la invocación de coautoría o coparticipación entre los distintos productores, aun cuando no se cite a juicio a todos quienes pudiesen haber fabricado el producto de que se trate. Evidentemente, probar esta coautoría es algo muy difícil. Sin embargo, tal concierto puede ser inferido de la opción consciente de los productores por adoptar conductas paralelas o simétricas en el mercado, en relación a ese producto. Es, por ejemplo, el caso en que todos los productores, independientemente entre sí, someten un producto determinado a una misma batería de pruebas o ensayos y deciden omitir otros *tests* que sí habrían puesto de manifiesto algún tipo de defecto. Otra situación similar, es aquella en que todos los productores deciden hacer las mismas modificaciones con respecto a la seguridad de un producto, o bien, formulan las mismas advertencias, etcétera, todo ello dentro de períodos comparables de tiempo.

Se postula, en síntesis, que de estos paralelismos *"...se podría inferir un propósito común entre los fabricantes que los convierte a todos en coautores o partícipes del daño frente al damnificado."*³¹⁶

3.3.2.1.2.2.9.3.- Teoría de la Responsabilidad de toda una Industria.

Esta teoría pone el acento en las actividades de la industria, independientemente que se pruebe la existencia de un acuerdo que permita deducir algún tipo de concertación o acuerdo, los cuales, bajo este prisma, son irrelevantes. Para KELLY, si el damnificado *"...demuestra que todos los fabricantes elaboran un mismo producto defectuoso, y que el producto que él uso o consumió, que le causó el daño pudo haber sido fabricado por cualquiera de los fabricantes, puede recuperar de cualquiera de ellos..."*³¹⁷ el montante de su indemnización.

El caso que marcó la pauta en este tópico, al decir de SHERMAN, fue *Hall vs. Dupont*, en que el Tribunal concluyó que la acción resarcitoria (vía *Strict Liability*), podía ser promovido contra todos los productores de un producto, cuando no es posible identificar a un productor específico.³¹⁸

³¹⁵ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., *"La Responsabilidad Colectiva en el resarcimiento de los daños"*, en La Ley, Tomo 142, pág. 977; LLAMBIAS, J. J., *"Responsabilidad Colectiva o anónima"*, en El Derecho, Tomo 83, pág. 789.

³¹⁶ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 211.

³¹⁷ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 211.

³¹⁸ Vid. SHERMAN, P., *"Product liability for the general practitioner"*, Shepards / McGraw-Hill, 1981, pág. 235.

Esta teoría, cuando ha sido aplicada por la judicatura norteamericana, ha involucrado a las cámaras industriales o de comercio que agrupan a los productores demandados.

Se postula que esta teoría es válida, siempre y cuando los integrantes de la industria de que se trate hubiesen *"...abdicado parte de su control del riesgo de pérdida a una asociación de las que formen parte; así sólo aquellos que integran dicha asociación pueden ser alcanzados..."* por esta clase de responsabilidad, sentencia KELLY.³¹⁹

3.3.2.1.2.9.4.- Teoría de la Participación en el Mercado o *Market Share Liability*.

Esta teoría se generó a partir de las demandas masivas o de clase, pues en la sociedad actual, caracterizada por la producción masiva y tecnológica, así como por una comercialización sin fronteras y plagada de intermediarios, se volvió frecuente que la víctima de un producto defectuoso no pudiera identificar al autor o responsable del daño que padeció.³²⁰ CILLERO DE CABO³²¹ manifiesta que esta tesis consiste en declarar responsables a todos los productores que poseen una participación sustancial del mercado del producto defectuoso en cuestión y no consiguieran demostrar que no fabricaron el producto que causó el daño al perjudicado, habiendo este último probado que el producto fabricado por todos los productores era defectuoso. MONTI reitera estos conceptos, al postular que este criterio *"...hace responsable a los fabricantes que representan una parte sustancial del mercado haciéndolos responder en la proporción de cada uno en la participación en el mercado, a menos que alguno de ellos demuestre que no pudo haber vendido el producto que ocasionó el daño."*³²²

Precisamos que parte de la doctrina insiste en que esta teoría aplica sólo en el caso de productos genéricos o fungibles, que poseen el mismo defecto y ocasionan la misma clase de daño, pues sólo así es imposible determinar quién es su productor o quien lo introdujo en el mercado. Es el caso de los medicamentos, cuando uno de ellos es producido por varios laboratorios a la vez, no pudiendo determinarse, por haber desaparecido los envases respectivos, cuál de todos esos laboratorios fabricó el fármaco que, consumido, causó el daño. Por ello, tradicionalmente se dice que esta tesis deriva de la decisión de la Corte Suprema de California del año

³¹⁹ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 211.

³²⁰ Vid. RUDA GONZALEZ, A., *"La responsabilidad por cuota de mercado a juicio"*, en *InDret*, n° 3, 2003; *"Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado"*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 19, 2004; CORDOBERA GONZALEZ DE GARRIDO, R., GARRIDO CORDOBERA, L., *'La responsabilidad por participación en el mercado (market share)'*, en *"La Responsabilidad, Homenaje al profesor doctor Isidro H. Goldenberg"*, ALTERINI, ATILIO A.-LOPEZ CABANA, ROBERTO M. (dirs.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

³²¹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 129 y ss.

³²² Vid. MONTI, E., *"Responsabilidad civil de productos farmacéuticos (aspectos sobresalientes de la jurisprudencia de Los Estados Unidos de Norteamérica)"*, en *E.D.*, 11-11-1986, págs. 820 y ss.

1977, en el caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*, en que se impuso la responsabilidad de todos los productores de una droga defectuosa -el DES-, tomando en cuenta la participación de mercado -*market share*- de cada productor de tal medicamento³²³, prescindiendo del nexo de causalidad necesario entre el producto defectuoso fabricado y el daño alegado, bastando para el juzgador el que se acredite por el demandante: (i) la participación de mercado del productor; (ii) el hecho de fabricar la droga en cuestión; y, (iii) todo ello durante el período de ingesta de las víctimas.³²⁴

Los hechos fueron los siguientes: la *Food and Drug Administration* (FDA) concedió autorización a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar el producto conocido por las siglas DES (una síntesis de una hormona femenina para evitar abortos espontáneos), que fue puesta en el mercado por aproximadamente 300 empresas. En el año 1971 se revocó la autorización de comercialización de esta droga, pues se relacionó su consumo con un efecto dañino no previsto. En efecto, una serie de pruebas permitieron concluir que existían alrededor de 3 millones de mujeres que sufrían un tipo particular de tumor precanceroso en el cuello del útero, atribuido al consumo de DES. Como consecuencia de estudios adicionales ante ese hallazgo, se concluyó que existía una relación de causalidad entre la ingesta de DES por madres embarazadas y la presencia posterior de serias malformaciones en sus hijos. Esta situación trajo como resultado una gran cantidad de demandas incoadas contra los laboratorios fabricantes del DES, los médicos, los farmacéuticos y la FDA. Primeramente se desecharon las demandas respecto de los farmacéuticos, por considerarse que éstos no habían tenido participación en la elaboración de esta droga. Igual suerte corrieron los médicos, con el criterio de la praxis habitual. Con respecto a la FDA, ella se benefició con la inmunidad prevista en la *Federal Tort Claim Act* de 1976. Entonces, quedaban los laboratorios productores, a quienes si bien se les podía demandar, resultaba imposible determinar la Compañía farmacéutica responsable, por lo que se demandó a los mayores productores de DES, que habían vendido importantes volúmenes de este medicamento en California, durante el período en el que las madres lo había ingerido, imputándoles a las empresas demandadas la carga de establecer que ellas no habían producido el medicamento en cuestión. En este caso, se introdujo por primera vez la idea de una responsabilidad que no era solidaria, pues la acción sería simultánea y fundada en la participación de mercado, en cuya virtud cada productor responde por su cuota de mercado.

En síntesis, si el demandado ha elaborado productos y los ha introducido en el mercado produciendo daños, debe probar que no ha sido el producto que él fabricó el que produjo el daño. De no poder hacerlo, y como la actividad no era

³²³ Vid. CLARK, A. M., *"Product Liability"*, Sweet & Maxwell, London, 1989, págs. 70 y 71.

³²⁴ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, págs. 68 y ss.

desempeñada solamente por él, debe responder en la proporción de su participación en el mercado relevante del producto. En resumen, nos dice TALLONE, "...cada empresa es responsable de los efectos dañosos en proporción de la propia cuota en el mercado."³²⁵ Por ello es que KELLY afirma que "...si el damnificado acciona conjuntamente contra un número de fabricantes que tienen una proporción sustancial de participación en el mercado relevante, traslada a ellos la carga de la prueba."³²⁶ Entonces, a cada uno de estos productores, individualmente considerados, le cabe probar que no elaboró el producto que causó el daño. De no darse esta circunstancia y reunirse los demás elementos que hacen factible la responsabilidad del productor, cada uno de ellos deberá soportar los daños sufridos por el perjudicado, según la proporción en que participaba en el mercado relevante. Es decir, se echa sobre toda la rama de la industria de que se trate, el riesgo de la imposibilidad de identificar al productor responsable, sobre la base, entiende VAZQUEZ FERREYRA, "...de que el consumidor inculpable también es inculpable en no poder demostrar la causalidad entre sus daños y un determinado laboratorio."³²⁷

Por no asentarse esta tesis en una responsabilidad solidaria, es menester aclarar que si uno de los productores concernidos logra acreditar alguna causal de exoneración de responsabilidad, en principio, su cuota de mercado reduce, proporcionalmente, la indemnización a conceder, que no es suplida por el resto de los productores demandados.³²⁸ Con todo, este criterio ha tenido cambios, pues en el caso *Collins vs. Eli Lilly Co.*³²⁹, la Corte Suprema de Wisconsin admitió que los productores responsables debían cubrir la parte de la cuota de mercado de los productores que lograban exonerarse de responsabilidad, a fin de garantizar a las víctimas una adecuada e íntegra indemnización.

El fundamento jurídico que subyace en esta tesis de responsabilidad objetiva, es el factor de atribución del riesgo creado, ya que la empresa que decide emprender una determinada actividad, asume el riesgo de soportar las consecuencias dañosas que de dicho emprendimiento se pudieren generar, con irrelevancia de su accionar culposo o negligente. Y una manera de materializar esa responsabilidad, es acudir a su participación de mercado al tiempo de fijar su contribución a la indemnización de perjuicios, método que esconde un profundo sentido social, pues a la época en que se manifieste el daño, muy probablemente sea imposible establecer cual

³²⁵ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 70.

³²⁶ Vid. KELLY, J. A., "*Responsabilidad del fabricante*", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 211.

³²⁷ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 229.

³²⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, págs. 130 y 131.

³²⁹ Vid. *Collins vs. Eli Lilly Co.*, 116 Wis.2d 166, 342 N.W.2d 37, 48-49 (1984).

producto defectuoso, de todos los fabricados e introducidos en el mercado, lo causó.³³⁰

Se ha criticado este mecanismo por inconstitucional, pues permite demandar a toda la industria por la conducta de una sola persona, estableciendo una presunción de responsabilidad arbitraria e irracional, pues impone responsabilidad al productor sobre la base de su actividad y, en último término, por poseer un patrimonio y no por alguna conducta concreta y, ni digamos, reprochable dictamina PERRINE.³³¹

Pero más allá de estas críticas, el mayor interés que ofrece esta teoría, es que hace expedita la solución al problema de la identificación de un responsable, que es el mismo dilema que la Directiva 85/374 y su norma de actuación, el TR, pretenden solucionar al consagrar la responsabilidad subsidiaria del proveedor, si se mira bien este asunto.

3.3.2.1.2.2.10.- Tesis del Análisis Económico del Derecho.

3.3.2.1.2.2.10.1.- Explicación.

Vinculada con las corrientes objetivas de responsabilidad en materia de daños causados por productos defectuosos, encontramos la tesis del Análisis Económico del Derecho.³³² Ella surge a partir de la consideración de que las discusiones que han procurado implementar un sistema de responsabilidad civil del productor, por el defecto de sus productos, ora en el ámbito contractual, ora en el ámbito extracontractual, han prescindido del análisis económico de este tópico. Así, KELLY expresa que cualquier análisis económico que se haga, "...debería estar enmarcado dentro de la formulación de una teoría económica general de la responsabilidad civil."³³³ Esta línea de pensamiento se inicia en la década de 1960, con la publicación de 2 importantes obras, a saber: *The Problem of Social Cost*, del año 1960, que introduce el concepto de costos de transacción de Ronald Coase y *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de 1961, sobre el sistema de responsabilidad civil, de Guido Calabresi.³³⁴

Podemos decir que esta tesis consiste en la aplicación de ciertos conceptos relativos a la racionalidad humana, provenientes de la economía neoclásica, a las

³³⁰ Vid. CORDOBERA GONZALEZ DE GARRIDO, R., GARRIDO CORDOBERA, L., 'La responsabilidad por participación en el mercado (market share)', en *"La responsabilidad. Homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg"*, ALTERINI, ATILIO A. -LOPEZ CABANA, R. M. (dirs.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 363.

³³¹ Vid. PERRINE, M., *"Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain"*, Economica, Paris, 1985, págs. 84 y 85.

³³² Vid. TRIMARCHI, "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", en *Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile*, 1970, págs. 512 y ss.

³³³ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 342.

³³⁴ Vid. PIZARRO WILSON, C., *"La protección de los consumidores en materia contractual"*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago, 1999, pág. 90.

normas e instituciones jurídicas.³³⁵ Su fundamentación se encuentra en los principios del modelo neoclásico, desarrollados por la Teoría Económica. En este sentido, se anota que uno de los principales supuestos de análisis micro-económico, es que los sujetos actúan racionalmente al tomar sus decisiones. Así, las personas al adoptar sus decisiones, tienden a elegir aquellas que maximicen sus utilidades, lo que redundaría en un mayor beneficio social, el cual, en definitiva, estará determinado por la suma de los beneficios individuales. De esta hipótesis, se desprenden 3 conceptos económicos fundamentales: (i) la ley de la oferta y de la demanda; (ii) el costo de oportunidad, esto es, el precio de un bien en su utilización alternativa; y, (iii) la premisa de que los bienes se dirigen hacia donde encuentran su mayor valoración, lo que implica mayor eficiencia económica, idea en la que subyace el criterio de óptimo de Pareto, el que se define como una situación en donde no existe ninguna distribución alternativa posible, en virtud de la cual algún sujeto pueda mejorar su situación sin perjudicar la de otro, manifiesta PIZARRO.³³⁶ De ahí que se concluya que la función del Derecho, desde la perspectiva economicista, sea *"...establecer un sistema de incentivos destinados a promover una distribución de los recursos, maximizándolos, produciendo un traslado de los recursos hacia los sectores donde alcanzan una mayor valoración de carácter económico. Por ello, aún cuando se pudiera producir un detrimento en algunas personas, las normas jurídicas deben realizar una labor económicamente funcional, que aliente, por una parte, una celeridad en el tráfico, y por la otra parte una disminución de los costos de trabar las relaciones contractuales..."*.³³⁷

También se puede explicar esta tesis, partiendo de la idea de que todas las valoraciones jurídicas pueden, incluso deben, ser reconstruidas e interpretadas con arreglo a las categorías que nos suministra el pensamiento económico. Con tal fin, es útil remontarse al año 1947, al litigio *United States vs. Carrol Towing Co.*³³⁸, fallado por el juez Learned Hand, quien estableció la siguiente fórmula: *"...alguien actúa culposamente cuando su gasto de previsión (G) es menor que el daño previsible (D) multiplicado por la probabilidad del daño (q); conforme a ello, existe culpa cuando se cumple la condición $G < Dq$; el gasto óptimo de previsión se alcanzará cuando $G = Dq$, para encontrarnos con la primera aplicación del análisis económico del derecho..."*.³³⁹ Con esta fórmula o matriz matemática, se puede determinar exactamente el patrón de diligencia cuya inobservancia conduce a una

³³⁵ Vid. POLINSKY, M., *"Introducción al análisis económico del derecho"*, Ariel, España, 1985; POSNER, R. A., *"Economic Analysis of Law"*, Little Brown, Boston, 1973; *"Tort law. Cases and economic analysis"*, Little Brown, Boston, 1990; *"Utilitarianism, Economics and Legal Theory"*, en 8 *Journal of Legal Studies* 103-140, 1979; SCHAFER, H. B., OTT, C., *"Manual de análisis económico del Derecho civil"*, Tecnos, Madrid, 1991; CALABRESI, G., *"El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil"*, Ariel, Barcelona, 1984.

³³⁶ Vid. PIZARRO WILSON, C., *"La protección de los consumidores en materia contractual"*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago, 1999, pág. 91.

³³⁷ Vid. PIZARRO WILSON, C., *"La protección de los consumidores en materia contractual"*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago, 1999, pág. 92.

³³⁸ 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

³³⁹ Vid. VIGURI PEREA, A., *"La protección al consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano"*, Comares, Granada, 1995, pág. 361.

responsabilidad por culpa. Este planeamiento se sintetiza bajo la consideración de que una de las funciones del Derecho es orientar los comportamientos³⁴⁰ y, en el Derecho de Daños, esta función se traduce en dirigir las conductas de la sociedad para que ella emplee un gasto optimizado en la evitación de daños. Por consiguiente, debe realizarse el gasto necesario para impedir que se produzca el daño, pero tal coste no puede ser mayor que el daño que se prevé, porque ello conduciría, inevitablemente, a un derroche de recursos. Al decir de VIGURI, se trata *"...de un planteamiento interdisciplinario que propende entroncar las consecuencias que se derivan de los preceptos jurídicos con la idea de eficiencia económica."*³⁴¹ En esa línea, ALTERINI, siguiendo las ideas de POSNER³⁴², subraya la importancia del costo de los accidentes de consumo que, desde esta óptica, deben considerarse como un coste más de la actividad empresarial, que el productor debe contemplar y absorber. Desde luego, subyace en estas opiniones -al decir de ALTERINI-, la idea de que *"...la gente es libre de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes de hacerlo incluidos los de los accidentes que eventualmente cause, o, conocidos los costes de los accidentes, escoger una actividad menos arriesgada, aunque menos atractiva."*³⁴³

En síntesis, bajo esta tesis, la responsabilidad se funda en el cálculo comparativo entre el costo social de la actividad y la riqueza producida por esa actividad. Desde luego, formular apreciaciones de tipo económico respecto de los sistemas de responsabilidad del productor, no significa reducir su responsabilidad a términos económicos, sino, simplemente, tener presente que éste es un elemento que, por su importancia histórica, política y social, debe estar siempre presente en cualquier planteamiento que se llegase a proponer. El estudio que se debe realizar, es el de los propósitos que, desde el punto de vista económico, debe perseguir un sistema de responsabilidad.³⁴⁴ Para KELLY, tales propósitos son dos: *"...la indemnización de aquella persona que se decide no debe soportar la pérdida causada..."* y *"...prevenir o propender a la disminución de los costos y pérdidas que ocasionan los accidentes."*³⁴⁵ Es de destacar que estos costos a los cuales se alude, se refieren a los que sufre la sociedad toda y no sólo la víctima del accidente de consumo. Vale decir, estos costos no se limitan a la pérdida concreta que significa el perjuicio sufrido por la víctima, como podría ser la destrucción de un bien, pues ello también constituye

³⁴⁰ Vid., sobre esta función del Derecho, ALMOGUERA CARRERAS, J., *"Lecciones de Teoría del Derecho"*, RENS S.A., Madrid, 1995, págs. 358 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, A., *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 514 y ss.

³⁴¹ Vid. VIGURI PEREA, A., *"La protección al consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano"*, Comares, Granada, 1995, pág. 362.

³⁴² Vid. POSNER, R. A., *"Economic Analysis of Law"*, Little Brown, Boston, 1973; *"Utilitarianism, Economics and Legal Theory"*, en 8 *Journal of Legal Studies* 103-140, 1979; *"The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication"*, en 8 *Hofstra Law Review* 487-598, 1980.

³⁴³ Vid. ALTERINI, A. A., *"Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 79.

³⁴⁴ Vid., sobre este punto, CALABRESI, G., HIRSCHOFT, G., *"Toward a Test for Strict Liability in Tort"*, en 81 *Yale Law Journal* 1055.

³⁴⁵ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 342.

una pérdida de recursos que, indirectamente, afecta a la sociedad toda, ya que la utilización de recursos con motivo de eventos que la sociedad considera negativamente, genera el análisis -por oposición-, de que tales recursos podrían haberse utilizado en otra forma más provechosa.

3.3.2.1.2.2.10.2.- Costos Primarios, Secundarios y Terciarios.

Estos costos a los que se alude en el desarrollo de la teoría del análisis económico del Derecho, pueden ser clasificados en costos primarios, costos secundarios y costos terciarios.

3.3.2.1.2.2.10.2.1.- Costos Primarios.

Los costos primarios, al decir de KELLY, son “...las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho que constituye el supuesto de responsabilidad del fabricante.”³⁴⁶ Con respecto a estos costos, el propósito del régimen de responsabilidad es decidir quién debe soportarlos y cómo prevenirlos, ya sea consiguiendo un menor número de accidentes (reducción de accidentes) o que se disminuya la gravedad de aquellos que puedan ocurrir (reducción de los costes).

En el Derecho angloamericano, las escuelas del Análisis Económico del Derecho de las Universidades de *Chicago*, de *Yale*, de *Berkeley* y el *London School of Economics*, han propiciado una reformulación del Derecho de Daños, que parte por prescindir de la culpabilidad y de las teorías objetivas como factores de atribución de responsabilidad, optando por “...recurrir a conceptos de hondo contenido económico...”³⁴⁷, abriendo una nueva perspectiva de análisis, conocida como *distribución de riesgos*, a través del factor empresa. Indica MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ que “...el riesgo predecible y cuantificable configura responsabilidad profesional que se traslada a los costos...”³⁴⁸, pues el empresario es quien está en mejores condiciones de neutralizar la contingencia del daño, a través del seguro. Así, la asunción del riesgo por parte de un seguro, viene a formar parte del costo de la producción, que es a su vez distribuido entre el público. Con el mismo enfoque, CALABRESI discurre que “...la responsabilidad civil debe tener por objetivo la reducción de los costes de los accidentes...”³⁴⁹ Según postula este autor, el número del coste total de los accidentes que existen en una sociedad dada, es producto de una decisión, más o menos explícita o más o menos consciente, de la propia sociedad. En este contexto, nace la prevención de los riesgos como una tarea valiosa y necesaria, que supone técnicas muy elaboradas y que a través de las

³⁴⁶ Vid. KELLY, J. A., “*Responsabilidad del fabricante*”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 343.

³⁴⁷ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., ‘El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, “*Responsabilidad Civil de la Empresa*”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 107.

³⁴⁸ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., ‘El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, “*Responsabilidad Civil de la Empresa*”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 107.

³⁴⁹ Vid. CALABRESI, G., “*El coste de los accidentes, Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*”, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 11.

escuelas economicistas del Derecho, se llevan a cabo mediante 3 mecanismos: (i) El primero, tiene como finalidad la reducción del número y de la gravedad de los accidentes, lo que se logra mediante 2 formas básicas: (i.i) prohibiendo actos específicos o actividades consideradas como causas de los accidentes, lo que se denomina prevención general o métodos de mercado; (i.ii) encareciendo el ejercicio de estas actividades o haciéndolas menos atractivas, pues cuanto mayor sean los costos de los accidentes que provocan, mayor es el incentivo de los responsables por evitarlos, conducta que se denomina prevención específica o método colectivo. (ii) El segundo, persigue la reducción de los costos en función del coste social derivado de los accidentes. Es decir, una vez producido el siniestro, la fórmula empleada para indemnizar a la víctima consiste en fraccionar los daños o las pérdidas producidos por el accidente, mediante el sistema de seguridad social. Esto es lo que se denomina una reducción secundaria de los daños. (iii) El tercero, tiene por objeto la reducción administrativa del tratamiento del infortunio y la evaluación de los métodos de disminución de los gastos, a fin de no generar una burocracia que redundaría, al final, en un incremento indirecto de los costos.

3.3.2.1.2.2.10.2.2.- Costos Secundarios.

Los costos secundarios, por su parte, son, según KELLY, los “...que hacen a la forma a través de la cual la sociedad entiende que le es menos gravoso compensar el costo primario producido, y a como dicha reparación llegará en forma más eficiente a la parte que se considera necesario compensar.”³⁵⁰ Con respecto a cómo se considera menos gravoso para la sociedad compensar el costo primario, existen diversos sistemas, que resumimos a continuación: (i) Que alguien o un número limitado de personas, soporten la totalidad del costo primario. Esto quiere decir que, para que el costo primario no quede sin indemnización, la persona o personas en cuestión deben tener la suficiente capacidad económica para soportarlo. Es decir, la pérdida secundaria se evita en base a la tesis de que a la sociedad le conviene más que soporten el costo primario quienes tienen los medios suficientes, en vez de hacerlos recaer sobre quienes no cuentan con ellos. (ii) Que dicho costo sea distribuido entre toda la población o entre todos los integrantes de una clase social. Si el costo primario se esparce a lo largo de la población, el costo secundario se evita, bajo la premisa de que es menos gravoso que muchos soporten una parte ínfima de una pérdida cuantiosa, que sólo una o pocas personas soporten toda esa pérdida. Como ejemplo de este método, se mencionan los contratos de seguros. Desde el punto de vista de la parte que ha de ser compensada, la cuestión se plantea tanto con respecto al monto de la indemnización, como con respecto al tiempo que se demorará en recibir esta indemnización.

Es evidente que la indemnización de un daño que se recibe rápidamente de ocurrido el siniestro, tiene un efecto mucho más reparador que la misma

³⁵⁰ Vid. KELLY, J. A., “Responsabilidad del fabricante”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 344.

indemnización que se percibe años después. Esa demora constituye un valor negativo, que no es compensado por los rubros accesorios, actualizaciones, intereses y reajustes que se puedan agregar a una indemnización.

3.3.2.1.2.2.10.2.3.- Costos Terciarios.

Los costos terciarios, por último, se definen por KELLY como “...los costos de administración de los costos primarios y secundarios.”³⁵¹ Aquí están comprendidos los costos del aparato judicial, de los abogados, peritos, martilleros, tasadores, etcétera. También están integrados los costos de los seguros, incluidos los de responsabilidad del productor, el costo de los organismos administrativos de control de la producción o de elementos de vigilancia, etcétera.

Todos los costos descritos, cuando se presenta un evento de responsabilidad, se afectan recíprocamente. Así, cuando se produce un costo primario, su magnitud impactará los costos secundarios en que se incurra, los cuales, a su vez, también serán función de los costos terciarios, los cuales, finalmente, también son influidos por los costos primarios. Esto quiere decir que actuando sobre cualquiera de ellos, se puede obtener un resultado sobre los otros, el que puede ser favorable o desfavorable. Favorable, si consideramos que con un solo tipo de medidas, se pueden lograr resultados en los otros 2 costos, lo que redundaría en una eficiencia económica. Con todo, también puede ser desfavorable, porque una medida que produce los resultados perseguidos a un costo determinado, puede generar efectos no deseados en los otros costos.

En teoría, los sistemas de responsabilidad van desde un esquema donde las pérdidas las soportan quienes las sufren, hasta fórmulas que imponen siempre una responsabilidad al productor y, cómo es lógico, todos ellos tienen efectos distintos y producen ventajas y desventajas sobre los costos en comento.

3.3.2.1.2.2.10.3.- Consecuencias de esta tesis.

Para finalizar con este punto, entendemos que esta tesis provoca algunas consecuencias sumamente interesantes, a saber: (i) permite al legislador imponer a la comunidad el peso del daño, al aumentar el costo de la producción por el aseguramiento, dado que es la misma sociedad la que se beneficia con los productos; (ii) genera una mejor distribución de los riesgos que genera la actividad económica; (iii) la responsabilidad constituye el mejor canal para distribuir el riesgo de la actividad económica entre el público. De algún modo, la empresa se transforma en una suerte de intermediario entre los individuos y la comunidad, para asumir estos riesgos; y, (iv) le permite al Estado ejercer una función social de prevención, consistente en colocar a cargo del empresario la responsabilidad por los daños causados por la actividad empresarial.

³⁵¹ Vid. KELLY, J. A., “Responsabilidad del fabricante”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 344.

Aunque no se puede dejar de mencionar que, para algunos autores, esta labor de previsión es una función indirecta del propio Derecho³⁵², por ende, propia del Estado y no de la sociedad.

3.3.3.- La responsabilidad objetiva y su aplicación en el ámbito de los productos defectuosos bajo la égida de la responsabilidad por el riesgo creado.

El criterio de la responsabilidad objetiva, con ciertos matices o atenuaciones, migró rápidamente hacia la responsabilidad por productos defectuosos. Es el caso de la experiencia norteamericana, nos dice LUCEA, “...que tiene admitida prácticamente desde hace unos 40 años el concepto de la responsabilidad del fabricante sin culpa, desde que en la conocida sentencia de 1944 en el caso *Escola versus Coca-Cola* el Tribunal Supremo de California estableció que la culpa del fabricante no puede ser mantenida como la única base del derecho de la víctima a obtener indemnización...”³⁵³; fallo que abrió las puertas a nuevas concepciones favorecedoras de las pretensiones indemnizatorias de los consumidores. Este mismo fenómeno, con alguna rémora, se replicó en Europa y paulatinamente, en el resto del mundo. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ señala que esta evolución “...fue rápida, pues se pasó de una concepción clásica subjetivista a la aceptación unánime de los modernos perfiles del derecho de daños...”³⁵⁴ Luego, la aplicación de la responsabilidad objetiva, basada en criterios objetivos de atribución, fundamentalmente bajo el pensamiento de que el riesgo creado por el productor con sus productos detonaba su responsabilidad, se empieza a extender agresivamente, a fin de dar “...mayor posibilidad de resarcimiento al que ha sufrido el daño, desde el momento en que no se le exige prueba alguna respecto de la responsabilidad del fabricante; sólo cabe a éste para exonerarse probar la existencia de una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal.”³⁵⁵ MOSSETT ITURRASPE lo resume de la siguiente forma: “...en la responsabilidad por riesgo creado están presentes todos los presupuestos ordinarios de la responsabilidad: autoría, antijuricidad, imputabilidad, daño y relación causal...”; agregando que “...al agente se le imputa haber multiplicado o potenciado con su conducta el peligro de dañosidad ínsito en el obrar humano...”; y que “...dicha multiplicación de la dañosidad cuando se concreta en un daño, configura una conducta antijurídica..”,

³⁵² Vid. ALMOGUERA CARRERAS, J., “*Lecciones de Teoría del Derecho*”, RENS S.A., Madrid, 1995, págs. 358 y ss.; SQUELLA NARDUCCI, A., “*Introducción al Derecho*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 514 y ss.

³⁵³ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos’, en AAVV, “*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 19.

³⁵⁴ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., “*La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, Tendencias y Prospectiva*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 87. Más ampliamente: Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., “*Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I*”, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 72; MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., TUNC, A., “*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*”, Ejea, Buenos Aires, 1977, págs. 38 y ss.

³⁵⁵ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., “*La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, Tendencias y Prospectiva*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 85 y 86.

culminando sus ideas con la siguiente afirmación: *"...los fundamentos de la responsabilidad por riesgo creado son plurales; la justicia y la equidad, desde un ángulo mediato; el interés activo desde uno inmediato..."*³⁵⁶ Para cerrar este comentario, nada mejor que recordar el pensamiento de PUIG BRUTAU, quien sintetiza admirablemente estas ideas, al decir que *"...la frase no hay responsabilidad sin culpa, ha de quedar complementada con la frase no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin su justa indemnización..."*³⁵⁷; enfatizando así, que la respuesta adecuada del Derecho frente a este nuevo escenario trazado por el progreso, es la formulación de la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad objetiva -nos dice TALLONE-, a fin de poder reparar o resarcir a los perjudicados por un producto defectuoso.³⁵⁸

Como se dijo, la doctrina de la responsabilidad por riesgo creado fue ganando terreno gradualmente, al alentar la indemnización de los daños causados por productos defectuosos, o por las cosas riesgosas, como también por las actividades que siendo necesarias para la vida en comunidad, son susceptibles de causar un daño, sin que, en ninguna de esas hipótesis, sea exigible el requisito de la culpa o negligencia en el responsable de los daños producidos. Pasa, al decir de HIDALGO y de OLAYA, que la responsabilidad objetiva *"...representa la contrapartida o compensación dada por la sociedad, y materializada a través del legislador, a las personas que realizan una actividad de riesgo (productores en sentido amplio), y que es útil para el resto de la población."*³⁵⁹

Esta nueva concepción de la responsabilidad, se vincula a otro fenómeno en el Derecho de Daños, pues, conforme plantea LOPEZ SANTAMARIA *"...luego de siglos durante los cuales el análisis se hacía a partir de la conducta del demandado, la tendencia actual son los enfoques centrados preferentemente en las víctimas, en procura de evitar que deban soportar, sin paliativos pecuniarios, los perjuicios que el destino les ha provocado..."*³⁶⁰ En efecto, conforme expresa PASCUAL ESTEVILL, la responsabilidad civil por riesgo ha de ser vista como un *"...instituto mediador entre el beneficiado del progreso y el perjudicado por éste..."*³⁶¹, pues entre los problemas que presentaba un sistema de responsabilidad basado en la culpa en determinados ámbitos, como el de los daños causados por productos defectuosos, y la moderna idea de que todo perjuicio y riesgo que la actual realidad social depara, han de ser reparados, salvo el caso fortuito, la fuerza mayor y la culpa exclusiva del

³⁵⁶ Vid. MOSSETT ITURRASPE, J., *"La Recepción de la Teoría del Riesgo Creado por el Código Civil a través del Artículo 1113"*, en La Ley, T. 1979-D, n. 8 714.

³⁵⁷ Vid. PUIG BRUTAU, J., *"Fundamentos de Derecho Civil II"*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 137.

³⁵⁸ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 73.

³⁵⁹ Vid. HIDALGO MOYA, J., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 28 y 29.

³⁶⁰ Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., 'La Responsabilidad Civil por Productos', en AAVV, *"Derecho de Daños"*, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 150.

³⁶¹ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 60.

perjudicado, la tesis del riesgo creado aparece como una solución equitativa, pues quien crea el riesgo por un afán de lucro, debe soportar las consecuencias de ese riesgo, aun cuando el daño que se cause no le sea reprochable, estrictamente hablando. Esto es, pese a que se haya empleado toda la prudencia y diligencia posibles de exigir, se debe resarcir el perjuicio, por provenir ellos "...del ejercicio de una actividad que siendo provechosa para el individuo o empresa conllevara un riesgo para las personas, bienes y derechos (*ubi emolumentum, ibi onus*)."³⁶² Se plasmó así la idea de indemnizar a la víctima, como eje prioritario de esta nueva doctrina, instalándose -según CASTAN TOBEÑAS- el principio *pro damnato*³⁶³, como reflejo del tránsito desde una visión individualista del Derecho de Daños hacia "...una noción social de los daños y perjuicios, más generosa en medios y fines..."³⁶⁴, que cuajaría en la teoría objetiva de la responsabilidad por daños, una teoría sin culpa o por el riesgo creado, como las denomina en general la doctrina.

El fundamento de la responsabilidad por riesgo, según HERNANDEZ GIL³⁶⁵, surge del concepto de justicia distributiva, pues en su opinión, la responsabilidad civil no puede quedar ligada de modo exclusivo al postulado de la libertad y de la responsabilidad rigurosamente individual y subjetiva. Así, quienes mediante el ejercicio de una actividad lícita y en busca de ventajas materiales o económicas crean riesgos, han de quedar sometidos a sus consecuencias a través de una fórmula que no sea estricta de la ilicitud del acto.³⁶⁶ De modo que el deber de indemnizar no queda definido por el carácter culposo de la conducta de quien ha originado el daño, sino en la idea de que quien ha defendido su interés, creando riesgos de peligro con su actividad, aunque lícita y permitida, ha de indemnizar al perjudicado que ha sufrido un menoscabo en sus derechos, como consecuencia del peligro creado por el titular de aquella actividad. ZANNONI lo sintetiza bien: el meollo de la cuestión es que el consumidor soporta un riesgo inherente al uso o consumo de productos elaborados, sin embargo, él no crea ese riesgo.³⁶⁷ En verdad, como dice ROJO "...el riesgo ha sido creado por la puesta en el comercio del producto defectuoso y ello conduce inexorablemente a la conclusión de que si bien el consumidor soporta riesgos en razón del uso o consumo de los productos elaborados no debe soportar los daños que, por vicios o defectos de fabricación o construcción, deficiente información, etc., sufre en su persona u otros bienes."³⁶⁸ En este contexto,

³⁶² Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 61.

³⁶³ Vid. CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil español, común y foral, t. I, vol. 2"*, REUS, Madrid, 1994.

³⁶⁴ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 61.

³⁶⁵ Vid. HERNANDEZ GIL, A., *"Derecho de obligaciones, Obras Completas, Tomo III. Obras Completas"*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pág. 558.

³⁶⁶ Vid. GHERSI, C. A., 'La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad', en *"La Responsabilidad, Homenaje al profesor doctor Isidro H. Goldenberg, Alterini, Atilio A.-López Cabana, Roberto M. (dirs.)"*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

³⁶⁷ Vid. ZANNONI, E. A., 'Responsabilidad por productos elaborados', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 258.

³⁶⁸ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 186.

se entiende que la responsabilidad del productor es objetiva, es decir, *"...prescindiendo no sólo de la prueba sino también de la existencia de culpa de la parte responsable."*³⁶⁹

La base conceptual de la teoría del riesgo es que los adelantos industriales, comerciales y tecnológicos que reportan utilidad y bienestar para las personas -y que en cuanto tales constituyen un bien para la sociedad-, indudablemente importan riesgos de daños para esas mismas personas, en cuanto usuarios o consumidores. Y pese a tratarse de actividades lícitas, se impone el costo de soportar el daño causado a quien crea el riesgo y no al consumidor o usuario -la víctima-. El sustento ideológico tras esta tesis, es hacer responsable a *"...aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo"*³⁷⁰, pues él es quien reporta un lucro con la venta y comercialización de los nuevos productos que lanza al mercado. Es esta síntesis la que se encuentra en la señera STS, de 15 de junio de 1967, -citada por PASCUAL ESTEVILL-, que lee en lo que nos interesa: *"...la mediación del instituto procura funciones de justicia distributiva entre el que organiza el riesgo y quien resulte ser víctima de la lícita actividad que procurará la transgresión de su esfera de interés."*³⁷¹ En general, se afirma que esta teoría permite: (i) una más justa distribución de los riesgos; (ii) reducir el riesgo creado mediante un efecto disuasorio en el consumo de determinados bienes; y, (iii) simplificar el proceso judicial y reducir los costes por él generados.³⁷²

JOSSERAND y SALEILLES fueron los defensores más entusiastas de la tesis del riesgo creado, otorgándole sus contornos precisos. En palabras de SALEILLES, *"...la ley deja a cada uno en libertad para realizar sus propios actos; ella no prohíbe sino aquello que se conoce como causa directa del daño. No podría prohibir aquello que apenas trae en sí la virtualidad de actos dañosos una vez que se pueda creer fundadamente que tales peligros podrán ser evitados, en base a la prudencia y la habilidad. Pero si la ley los permite impone a aquellos que toman el riesgo de su cargo la obligación de pagar los gastos respectivos, sean ellos o no resultados de la culpa..."*³⁷³ La realidad exige que aquellos que obtienen provecho o utilidad, soporten las cargas que surjan de su quehacer, pues los terceros no disponen de una defensa eficaz contra tales riesgos. Se trata de una equiparación, mediante la cual, se carga la responsabilidad en el patrimonio del iniciador del riesgo. En el fondo, es una aplicación remozada del antiguo principio jurídico de que quien

³⁶⁹ Vid. QUESADA ZAPIOLA, H., *"La Teoría del Riesgo y la Acción Contra las Fábricas de Automotores"*, en La Ley, Tomo 147, pág. 1026.

³⁷⁰ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 63; SANTOS BRIZ, J., *"La responsabilidad civil"*, Montecorvo, Madrid, 1986, págs. 483 a 521; VON TUHR, A., *"Tratado de las obligaciones"*, REUS, Madrid, 1934, págs. 291 y ss.

³⁷¹ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L. P., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 63.

³⁷² Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 76.

³⁷³ Vid. SALEILLES, R., *"La responsabilité des fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada"*, en Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo X, 1911/23.

realiza un acto, debe responder por las consecuencias de él. Dicho de otro modo, para COMPAGNUCCI DE CASO es "...una abstracción de la noción de la culpa, ya que el creador del riesgo debe responder por los resultados nocivos o dañosos que ocasione a los terceros..."³⁷⁴, independientemente de la posibilidad de efectuar un reproche en su contra.

Compendiando lo expuesto, para ENNECCERUS, KIPP y WOLF, la responsabilidad por riesgo "...propone defender de determinados riesgos forzosos del tráfico a la persona que socialmente está expuesta a ellos."³⁷⁵ En todos los casos donde se reconoce la aplicabilidad de esta teoría, subyace la idea de que quien, con una actuación lícita en sí misma, pero que implica peligros especiales, infiere daños a otros, que en el tráfico deben exponerse a tales peligros sin posibilidad de defenderse, debe responder de los daños ocasionados aunque no medie culpa propia de ninguna especie.

La extensión analógica de esta idea fundamental, a todos los casos en que alguien, con una actuación lícita de suyo, pero peligrosa para los demás daña a otra persona, ha sido matizada por la jurisprudencia, pues, indudablemente, los límites entre actos peligrosos e inocuos son dudosos y, ciertamente, una aplicación extendida de esta tesis haría colapsar una serie de actividades e industrias. De hecho, ni siquiera en todas las actividades industriales que irredargüiblemente implican riesgos especiales y típicos, las leyes –a nivel comparado-, uniforme y contestemente optan por acoger este planteamiento, reservándolo sólo para algunas industrias perfectamente determinadas. Verbigracia, ferrocarriles, vehículos a motor, tráfico aéreo, accidentes del trabajo y daños por productos defectuosos, entre otros.

El TS español no se ha quedado atrás en este devenir, pues ha ido migrando desde una aplicación extensiva del artículo 1902 del CC, destinada a resarcir los daños sufridos por víctimas de consumo³⁷⁶, hasta nuevas fórmulas que se centran en la tesis del riesgo creado y al decir de DIEZ-PICAZO, en "...la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente de la totalidad de ella..."³⁷⁷ Es así como, según vimos con antelación³⁷⁸, la jurisprudencia española ha ido evolucionando en materia de

³⁷⁴ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo', en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *"Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe"*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 65.

³⁷⁵ Vid. ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M., *"Tratado de Derecho Civil, Segundo tomo, Derecho de Obligaciones"*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 1034.

³⁷⁶ Vid. LOPEZ MUÑOZ, R., *"La objetivación de la responsabilidad extracontractual. En consideración a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, en RGD, núm. 652-653, enero-febrero, 1999.

³⁷⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 60.

³⁷⁸ Vid. *supra* apartado 3.2.3.- Aplicación de la tesis de la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

responsabilidad extracontractual hacia un criterio muy próximo a soluciones objetivas o cuasi-objetivas, a través de la inversión de la carga de la prueba o de la atenuación probatoria y por la vía de exigir una extrema diligencia en el actuar de quien crea una situación de peligro. La misma jurisprudencia postula que no corresponde hablar de una objetivización [sic] total de la responsabilidad extracontractual, ni de excluir el principio básico de la responsabilidad por culpa. Así lo explicitan las STS, de fechas 5 de Febrero de 1991³⁷⁹ y 20 de Enero de 1992³⁸⁰, al indicar que la regulación básica de la responsabilidad extracontractual está contenida en los artículos 1902 al 1910 del CC, aunque ha ido evolucionado lentamente desde la concepción de la culpa hacia soluciones cuasi objetivas, derivadas de la necesidad social de imponerlas, ante el continuo incremento de las actividades peligrosas, propias del desarrollo tecnológico y por el beneficio o provecho que por la citada actividad generadora de riesgo van logrando quienes generan el riesgo. DE LA VEGA y ROCA ratifica este proceso evolutivo de la jurisprudencia española, enfatizando que a partir de 1981, ella empieza a mostrar una cierta inclinación hacia la tesis del riesgo, prescindiendo de la culpa como criterio de imputación.³⁸¹ Evidencia de ello es la STS, de 9 de julio de 1994³⁸², que expresa que la teoría del riesgo creado es uno de los mecanismos, junto al de la inversión de la carga de la prueba, que atenúan, aunque no excluyen, la exigencia del elemento psicológico y culpabilístico de la responsabilidad extracontractual, siendo aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas. Aún más, en la STS, de 23 de diciembre de 1995³⁸³, se aceptan soluciones cuasi objetivas de responsabilidad, emanadas del incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, honrando el principio de poner de cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por la víctima.³⁸⁴

Es importante destacar que a nivel comunitario, el Consejo de Europa, mediante el Convenio europeo sobre la responsabilidad derivada de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, de 27 de enero de 1977, consagra un sistema de responsabilidad objetiva, que indudablemente influyó en la Directiva 85/374

³⁷⁹ Vid. AZAGRA, A., DE LA PEÑA, M., "No Duty to Trespassers. Comentario a la STS, 1ª, 12.2.2003", en InDret, nº 4, 2003, Working Paper nº 177, Barcelona, octubre de 2003.

³⁸⁰ Vid. LLAMAS POMBO, E., (coordinador), "Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez. Tomo I", La Ley, Madrid, 2006, pág. 45.

³⁸¹ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., "Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil", Civitas, Madrid, 1998, pág. 40; ROCA TRIAS, E., "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", en InDret, nº 4, 2009.

³⁸² Vid. RJ 1994/6302.

³⁸³ Vid. RJ 1995/9434.

³⁸⁴ DE ANGEL YAGUEZ expresa que este mismo criterio fue reproducido más tarde por una serie de fallos del TS, entre otros: STS de 12 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6039); de 16 de octubre de 1987 (RJ 1987/7105); de 18 de abril de 1990 (RJ 1990/2726); de 8 de mayo de 1990 (RJ 1990/3690); de 4 de junio de 1991 (RJ 1991/4415); de 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6060); de 20 de enero de 1992 (RJ 1992/191); de 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3718) y de 22 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9180). Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "La responsabilidad civil", Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, págs. 204 y ss.

sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos³⁸⁵, que posteriormente aparece recogido en la LPD, a través de la cual se traspone la Directiva 85/374 y luego en el TR, con algunos matices, según tendremos oportunidad de comentar más adelante.³⁸⁶

3.3.4.- Mitigaciones al sistema de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva si bien consagra una visión socializadora de los daños, plantea un evidente problema de equilibrio para quien debe soportar los costes de su aplicación, pues él responde, aunque no haya tenido culpa ni intervención en el hecho de su materialización.

Al respecto, CILLERO DE CABO recalca que un régimen de responsabilidad objetiva absoluta, *"...en virtud del cual el fabricante quedara siempre obligado a indemnizar al perjudicado todos los daños y perjuicios que un producto pudiera causar, tampoco podría realizar una justa distribución de los riesgos."*³⁸⁷ ALPA, en igual sentido, advierte que *"...imputar al productor una responsabilidad objetiva no significa (al menos en la acepción acogida por la doctrina más reciente) imponer a la empresa una responsabilidad absoluta (es decir, fundada en la simple relación de causalidad) sino que significa más bien transferir a la empresa el área del riesgo típico (de aquella determinada actividad) y por tanto (más fácilmente) "asegurable". De este modo el empresario no asume la posición y el papel de "asegurador" del producto..."*.³⁸⁸

Esta constatación, presente en la doctrina, ha generado una cierta tendencia a buscar mecanismos de equilibrio o mitigación contra un sistema de responsabilidad objetiva absoluto. El más socorrido de estos alivios, es la imposición por ley de seguros obligatorios, pues quienes generan el riesgo y asumen la responsabilidad consiguiente, a través de las primas, financian y trasladan hacia el asegurador la repercusión económica de los accidentes de consumo que pudiesen verificarse, haciendo posible las indemnizaciones a múltiples víctimas. De ese modo, contar con un seguro de responsabilidad constituye una exigencia para realizar la actividad de que se trate. Otra opción son los baremos de responsabilidad³⁸⁹, situación en la cual, se limita por ley el monto o cuantía de las indemnizaciones a que pueden quedar afectos los agentes responsables de la actividad riesgosa, de cara a futuras víctimas.

³⁸⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 19.

³⁸⁶ Vid. *infra* Capítulo III EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374: UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO. SU RATIFICACION EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR / PARTE II.

³⁸⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 95.

³⁸⁸ Vid. ALPA, G., *"Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore"*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 77.

³⁸⁹ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pág. 36.

3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos.

3.3.5.1.- Concepto y características de la tesis del Riesgo de Empresa.

La tesis del riesgo de empresa, aplicación de la tesis de la responsabilidad objetiva, busca proteger a las víctimas de daños causados por productos defectuosos. Se define, según RODRIGUEZ LLAMAS, como *"...una actuación voluntaria del fabricante, representada por el lanzamiento al mercado un producto defectuoso, en el ámbito del ejercicio de su actividad empresarial, lo que le hace ser responsable de los daños ocasionados como consecuencia del riesgo creado."*³⁹⁰ En palabras de ESSER³⁹¹, significa responder por el peligro puesto por sí mismo, imponer al que domina una fuente de peligro representada por una empresa o explotación permitida, en interés propio, las consecuencias derivadas de la inminencia de causación de daños derivados de tal empresa. En todo caso, no se debe perder de vista que la noción de riesgo de empresa está referida tanto a la mayor responsabilidad de quien obtiene un lucro con su actividad industrial, como también a la posición del empresario que goza de una cierta superioridad *"...jurídica y social sino que también se aprovecha de las ventajas de una coyuntura favorable, por lo que es equitativo que cargue también con los inconvenientes de una perturbación que recae en su esfera de responsabilidad..."*³⁹²

Esta tesis surge a partir de la constatación de que en la era post-industrial, la producción fabril va acompañada de daños inevitables, pues pese al innegable progreso tecnológico y pese a todas las medidas de prevención, de seguridad y técnicas disponibles, en la producción masiva de bienes siempre *"...hay un cierto porcentaje de error que el fabricante productor no puede evitar..."*³⁹³, no por alguna negligencia o imprevisión que concretamente se le pudiese imputar, sino por el riesgo que conlleva su actividad fabril, lo que hace plausible imponerle el deber de indemnizar a quien resulte perjudicado. En efecto, el productor, en una economía de mercado masiva y tecnificada, evidentemente carga con riesgos económicos propios de su negocio, entre los cuales se encuentran los riesgos técnicos que la producción involucra. Por ello, TROCCOLI ha dicho que *"...es característica esencial de la empresa aceptar el riesgo inherente a la producción: riesgo de que la mercancía producida no encuentre en el mercado demanda suficiente (riesgo económico), además del riesgo ligado a la misma técnica del proceso productivo, sujeto -como*

³⁹⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 106.

³⁹¹ Vid. ESSER, J., "Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung", 1969, citado por SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil II", Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 513.

³⁹² Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., 'El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil', en AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 115.

³⁹³ Vid. BONIFANTI, M. A., "Derecho del Consumidor y del Usuario", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 260.

cualquier otra forma de actividad humana- a siniestros y azares de diverso orden (riesgo técnico)."³⁹⁴

Entonces, podemos concluir que el postulado básico de esta teoría, descansa en que es el empresario quien, de manera más o menos consciente, asume la responsabilidad que pueda surgir con motivo de su actividad económica, consistente en la producción e intercambio de bienes y servicios, lo que se traduce en la obligación de soportar las desventajas que tal iniciativa comporta, como lógica contrapartida de los beneficios que se obtienen a través de ella. En el fondo, se quiere significar que las consecuencias dañosas derivadas de actividades empresariales que generan riesgo o peligro para terceros, deben ser soportadas por la empresa que causa el perjuicio, pues ella está obligada a utilizar todos los avances tecnológicos disponibles en su actividad, introduciendo las máximas medidas de seguridad y protección posibles, que garanticen la falta de peligrosidad. De modo que la obligación legal de indemnizar se produce por el factor de riesgo empresarial, surgiendo el deber de indemnizar cuando el daño causado se encuentra en directa relación con la fuente creadora del riesgo. Dicho de otro modo y siguiendo en esto a MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, esta tesis, pragmáticamente, plantea que deben ser *"...los medios de producción los que deben soportar los perjuicios..."*³⁹⁵ que generan con su actividad, como contrapunto a las ganancias que logran con ella. El fin perseguido es, a fin de cuentas, imputar las consecuencias derivadas de la inminencia de la provocación de un daño o de la causación de daños derivados del quehacer empresarial a un responsable, que asume tal calidad por ser el generador y controlador del peligro o de los riesgos específicos inherentes a su actividad. Es decir, se le impone tal responsabilidad resarcitoria a quien controla una fuente de peligro, representada por una empresa, en razón de los beneficios o utilidades que de esa explotación permitida y lícita extrae. Se agrega, como otro argumento a esta doctrina, la concepción solidaria que se le debe exigir al Derecho, que se sintetiza en la idea de que quien causa un daño, debe quedar obligado a repararlo. Esa es la función que debe cumplir el Derecho, concurriendo a restablecer el equilibrio roto mediante lo que se denomina una restitución. Como dice PEIRANO, *"...el carácter personal y psicológico de la culpa no puede trascender e impedir que todo el grupo social carezca de un mecanismo que colabore en su supervivencia..."*³⁹⁶, reforzando así la atribución de responsabilidad sobre el controlador de la fuente del riesgo.

³⁹⁴ Vid. TROCCOLI, A., 'La empresa comercial', en *"Transferencias de fondos de comercio. Homenaje al Código de Comercio en su centenario"*, Ed. de la Biblioteca Nacional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1963, pág. 137.

³⁹⁵ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G., 'Función Actual de la Responsabilidad Civil', en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *"Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe"*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 42.

³⁹⁶ Vid. PEIRANO FACIO, J., *"Responsabilidad extracontractual"*, La Ley, Buenos Aires, 2010, págs. 150 y ss.

Fue la doctrina italiana³⁹⁷ la que desarrolló este remedio para hacer frente a los daños que generan las actividades riesgosas en el ámbito empresarial, que en opinión de MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, “...a la vez de satisfacer la reparación de la víctima sirve como instrumento de racionalización del sistema económico...”³⁹⁸, erigiéndose en un factor objetivo de atribución de responsabilidad civil en su función reparadora de daños, construido con base en el artículo 2043 del Código Civil³⁹⁹ de ese país.⁴⁰⁰ Este fue, por lo demás, el criterio de los movimientos codificadores del Siglo XIX, bajo un fuerte espíritu paternalista, que pretendieron salvaguardar al sujeto que debe ser indemnizado. Como dice BARCELLONA, el legislador “...no ha podido ni querido trabar el desenvolvimiento de la actividad económica pero ha intentado resolver el problema de tales daños inevitables garantizando al menos el resarcimiento por parte del empresario, en cuanto éste por realizar un negocio, crea y mantiene la empresa y entonces debe correr con los riesgos que ello produzca.”⁴⁰¹ En suma, el legislador italiano fue consecuente con el desarrollo industrial y a fin de no entorpecer el desenvolvimiento de la actividad económica, se hizo eco de esta teoría del riesgo de empresa, con el ánimo de resolver el problema de los daños inevitables que acarrea el progreso, garantizando al perjudicado un justo y adecuado resarcimiento, estableciendo una responsabilidad del empresario que, por realizar un negocio, crea y mantiene la empresa y, connaturalmente a ello, debe soportar y asumir todos los riesgos que su actividad empresarial ocasione.

Asimismo, parece innegable que la idea de justicia conmutativa es una de las razones fundamentales que sustentan la tesis del riesgo de empresa, ya que se le otorga a este postulado un grado de mayor justicia que al régimen de la culpa, pues la víctima no queda asfixiada por el dualismo de tener que demostrar la culpabilidad del agente de daño o, en caso de no poder hacerlo, resignarse a soportar los perjuicios sufridos “...atribuyéndolos al azar o al buen Dios, según la expresión afrancesada...”⁴⁰², ya que al evitarse ese dilema, los daños no quedan entregados al destino o al azar, lo que podría devenir en la injusticia de no reparar a quien sufrió la lesión, lo que en la vida práctica del Derecho es irrefutable, puesto

³⁹⁷ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., *“La responsabilità civile. I prospettiva storica – colpa aquiliana illecito contrattuale. Il responsabilità oggettiva – rischio d’impresa prevenzione del danno”*, 3ª edizione, aggiornata a curia di Pietro Maria Pultri, Giuffrè, Milano, 2001, págs. 519 y ss; ALPA, G., *“Diritto Privato dei Consummi”*, Il Mulino, Bologna, 1986, pág. 386; ALPA, G., BESSONE, M., *“La responsabilità civile”*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milano, 1980, pág. 127 y ss.

³⁹⁸ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G., ‘Función Actual de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *“Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe”*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 42.

³⁹⁹ Vid. CC italiano, artículo 2043. *“Todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a aquel que lo ha cometido a resarcir el daño.”*

⁴⁰⁰ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., ‘El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, *“Responsabilidad Civil de la Empresa”*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 103.

⁴⁰¹ Vid. BARCELLONA, P., *“Diritto Privato e processo economico”*, Jovene Editore, Napoli, 1984, págs. 319 y ss.

⁴⁰² Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., ‘Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo’, en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *“Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe”*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 66.

que en muchísimas ocasiones el perjudicado queda impedido de demostrar la existencia de culpa o ello le resulta imposible o muy difícil de realizar. Paliando tales dificultades, en el sistema de responsabilidad objetiva es innecesario producir tal prueba de reproche, pues, como dice ROGEL, "*...basta con demostrar una vinculación causal, la cual también en ciertos casos aparece presumida, y con ello se logra el derecho a la reparación.*"⁴⁰³ Al impulso de estas concepciones, el Derecho reparador de daños en materia de productos defectuosos, evoluciona hacia los sistemas de responsabilidad objetiva, idóneos para hacerse cargo del riesgo de empresa, prescindiéndose de la indagación sobre la conducta moral o subjetiva del agente del daño, a fin de justificar la procedencia de la indemnización de los perjuicios por el sólo hecho de que ellos se produzcan como consecuencia de la actividad empresarial, salvo que interfiera causalmente un caso fortuito o una fuerza mayor. En suma, en este régimen de responsabilidad objetiva, acontece que se internaliza el riesgo de la empresa, reaccionándose contra los efectos externos negativos de dicha actividad empresarial, atribuyéndose al empresario el costo de los riesgos que él crea, pues, conforme apunta TRIMARCHI, "*...de no mediar esta forma de control sería desviado (externalizado) hacia la sociedad, llegando a ser pagado en definitiva por el público.*"⁴⁰⁴

3.3.5.2.- Sub clasificaciones de la tesis del Riesgo de Empresa.

En el ámbito de la tesis del Riesgo de Empresa, se han desarrollado diferentes tipologías, a saber: (i) Tesis del riesgo creado; (ii) Tesis del riesgo provecho; (iii) Tesis del acto normal; y, (iv) Tesis del riesgo asegurable.

3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado.

Es un sutil distinguo dentro de las tesis del Riesgo de Empresa, pues se pone el acento en la creación de peligros o riesgos en virtud del ejercicio de una actividad lícita, pero que resultan, en cierta medida, incontrolables. La creación del riesgo hace que el explotador de dicha actividad, deba responder por los perjuicios que con ello ocasione. SAVATIER lo sintetiza notablemente, expresando que "*...la responsabilidad fundada en el riesgo consiste en la obligación de reparar los hechos dañosos producidos por una actividad que se ejerce en nuestro propio interés. Ese interés no necesariamente debe ser económico...*"⁴⁰⁵ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, comentando sobre estos particulares, registra que el sujeto que "*...crea, que vigila y que dirige un organismo cuyo funcionamiento es susceptible de perjudicar a otro, se instituye en editor responsable de los daños que este organismo cause sobre su camino, abstracción de toda idea de falta de responsabilidad...*"⁴⁰⁶ En

⁴⁰³ Vid. ROGEL VIDE, C., "*La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*", Civitas, Madrid, 1976, págs. 27 y ss.

⁴⁰⁴ Vid. TRIMARCHI, P., "*Rischi e responsabilità oggettiva*", Giuffrè, Milán, págs. 34 y ss.

⁴⁰⁵ Vid. SAVATIER, R., "*Règles générales de la responsabilité civile*", en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, Paris, 1934, párrafo 29.

⁴⁰⁶ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., 'El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil', en AAVV, "*Responsabilidad Civil de la Empresa*", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 105.

suma, si de una actividad permitida nace un riesgo, entiende PUIG BRUTAU que es natural y lógico que quien quede autorizado para desarrollarla, dentro de sus obligaciones y costes, contemple los medios adecuados para reparar los daños que se produzcan, *"...sin que sea necesario hablar de culpa, sino de responsabilidad objetiva, entendida como el precio que alguien debe pagar por serle permitida una actividad que implique un riesgo para la sociedad o para terceros indeterminados."*⁴⁰⁷ Es en aras de prevenir que queden insatisfechos ininidad de daños causados por actividades lícitas, que se ha ideado un sistema de responsabilidad centrado en la ocurrencia del daño, sin más requisitos -dice PASCUAL ESTEVILL- que la relación de causalidad, perdiendo importancia los clásicos elementos de la responsabilidad civil.⁴⁰⁸

Quizás si lo que ocurre es que quien origina hechos que constituyen imponderables para otras personas, tiene que indemnizarle los daños producidos, sobre todo, si no hay mérito ni razones para exigirle a esa víctima que se proteja así misma. Como aclara YZQUIERDO TOLSADA, *"...el simple poder de dirección general implica pues, el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos, y por ende, de las obligaciones que derivan de la actividad y el ejercicio empresarial."*⁴⁰⁹

En la jurisprudencia española, son de destacar, entre otras, la STS, de 22 de Noviembre de 1993, que se pronuncia en el sentido de que responde quien crea el riesgo, al decir: *"...La doctrina de esta Sala es decidida y constante al declarar que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias (Sentencias de 4 de Junio y de 23 de Septiembre de 1991 (RJ 1991, 4415 y 6060), 20 de Enero y 11 de Febrero de 1992 (RJ 1992, 192 y 1209) y 20 de Mayo de 1993 (RJ 1993, 3718), entre otras..."*⁴¹⁰ Esta afirmación se encuentra respaldada por el fallo del TS, de 9 de febrero de 1996, que, en lo pertinente, expresa: *"...La constante y uniforme doctrina de esta Sala se orienta hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el acogimiento de la llamada teoría del riesgo, ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante, para desvirtuarla, el cumplimiento de Reglamentos, pues esto no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantías se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos."*⁴¹¹ Este criterio se confirma en la expresiva síntesis contenida en la STS, de 28 de Mayo de

⁴⁰⁷ Vid. PUIG BRUTAU, J., *"Fundamentos de Derecho Civil II"*, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 141.

⁴⁰⁸ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 74 y ss.

⁴⁰⁹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"La responsabilidad civil del profesional liberal"*, REUS, Madrid, 1989, pág. 70.

⁴¹⁰ Vid. *"Responsabilidad Extracontractual. Jurisprudencia"*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pág. 135.

⁴¹¹ Vid. GARCIA GIL, F. J., *"El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento Jurisprudencial"*, Editorial Dilex., Madrid, 2000, pág. 50.

1990⁴¹², en donde se hace constar que, efectivamente, la denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aun lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para los terceros, lo que exponencialmente significa que llevada a sus últimas consecuencias, esta teoría conduce a objetivar totalmente el daño y desemboca en la obligación de responder por el peligro en sí mismo, pudiendo decirse que no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto, sino que, en la mera producción de un daño.

3.3.5.2.2.- Tesis del Riesgo Provecho o del Riesgo Beneficio.

Ella tiene una íntima vinculación con la tesis anterior. En palabras de MOSSET ITURRASPE, el razonamiento es de una sencillez y claridad meridiana: *"...el que con su actividad crea riesgo y recibe beneficios debe, en esa medida, soportar los daños que ocasione..."*.⁴¹³ El acento está en que el interés en este caso es económico, pues quien crea para los demás un riesgo, está generando para sí una fuente de riqueza y, por ende, debe afrontar las reparaciones que los riesgos que generó hayan podido ocasionar.

La teoría del riesgo provecho fue desarrollada para atender una situación concreta opina GUERRA, como era la responsabilidad del patrono en materia de accidentes del trabajo⁴¹⁴, en cuya virtud se consideraba que era equitativo y racional que el daño causado fuera reparado, aun cuando no existiera culpa.

PASCUAL ESTEVILL grafica esta tesis expresando que *"...no sería justo que el perjudicado cargara con el perjuicio que se le causó mientras un tercero obtuvo unos beneficios o, con su actitud o actividad, intentó conseguirlos..."*⁴¹⁵, socializándose por esta vía los perjuicios entre quienes pretenden lograr réditos económicos. Es decir, son los medios de producción los que deben soportar el daño, pues, como dice MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, *"...toda actividad económica comporta la creación de un peligro para la comunidad, es decir, es fuente de una posibilidad de daño. Simultáneamente aparece otro fundamento, que, sumado al riesgo creado, justifica la atribución del daño: el provecho..."*⁴¹⁶ Apoyando estas proposiciones, SANTOS BRIZ estima justo que sean los empresarios, en la medida que reportan un beneficio o lucro con su actividad, quienes *"...soporten los riesgos específicos, no controlables..."*⁴¹⁷ que ella pueda engendrar.

⁴¹² Vid. RJ 1990, 4089. Base de datos Aranzadi.

⁴¹³ Vid. MOSSET ITURRASPE, J., 'La responsabilidad por riesgo', en JA, sec. doc., 1970-721; *"Responsabilidad por daños. Parte General. t. III"*, Ediar, Buenos Aires, 1971, pág. 123.

⁴¹⁴ Vid. GUERRA H., V. H., *"La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho Internacional Privado. Estudio comparado"*, Publicaciones UCAB, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, pág. 77.

⁴¹⁵ Vid. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de Daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 77.

⁴¹⁶ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., 'El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil', en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 104.

⁴¹⁷ Vid. SANTOS BRIZ, J., *"La responsabilidad civil"*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 379.

Con todo, algunos autores matizan este postulado, sosteniendo que *“...el riesgo debe ser reconocido como fundamento de la responsabilidad siempre y cuando se pueda considerar como esencial para la actividad económica de que se trate.”*⁴¹⁸

3.3.5.2.3.- Tesis del Acto Normal o del Riesgo Típico.

La primera enunciación de esta tesis surge de boca de ENNECCERUS, KIPP y WOLF, quienes respecto de la responsabilidad del empresario, en términos generales, sustentan que: *“...Sería de desear que, al menos para el concepto de responsabilidad industrial, se encontrara una fórmula legal general, que estableciera el deber del propietario de la industria de responder de los peligros especiales que le son típicos y constituyen su riesgo característico...”*⁴¹⁹ Esto, para evitar que sobre la empresa recaiga un riesgo muy alto o desmesurado y -nos parece- para no poner en cabeza del productor cualquier riesgo, sino sólo los que sean propios de su actividad.

La formulación exacta de esta tesis, sostiene que el empresario debe responder sólo de los daños que componen el riesgo típico de su actividad, o sea de los daños que ocurren con mayor frecuencia y que son directa derivación de la presencia de defectos en el producto fabril, los que pueden ser calculados con facilidad y estadísticamente computables. De modo tal, expone MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, que el empresario no debiera responder de los daños que componen *“...los riesgos atípicos...”*⁴²⁰ Es decir, sólo es aplicable la tesis del riesgo normal, cuando la consecuencia dañosa es producto de un acto normal, esto es, del riesgo típico de la actividad o del daño que ocurre con mayor frecuencia y que es consecuencia directa de la presencia del defecto en el producto.

Empero, hoy la opinión mayoritaria de la doctrina italiana ha mutado y representada en la voz de ALPA, expresa que *“...el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad...”*⁴²¹, seguramente pensando que en caso contrario, si no se trata de un riesgo típico por el cual el empresario deba responder, el perjudicado deberá enfrentar el daño sufrido como un caso fortuito o una fuerza mayor, quedando en total desamparo.

Se argumenta en contra de ella, que en la práctica esta tesis resulta muy compleja de invocar, pues sólo cabe frente a una actividad normal de una persona, debiendo

⁴¹⁸ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., ‘Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo’, en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *“Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe”*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 69.

⁴¹⁹ Vid. ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M., *“Tratado de Derecho Civil, Segundo tomo, Derecho de Obligaciones”*, Bosch, Barcelona, 1996, pág. 1025.

⁴²⁰ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., ‘El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, *“Responsabilidad Civil de la Empresa”*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 109.

⁴²¹ Vid. ALPA, G., *“Compendio del nuevo diritto privato”*, ed. UTET, págs. 488 y ss.

apreciarse esa normalidad o anormalidad conforme a los usos y costumbres de la sociedad y el entorno que lo rodea.

3.3.5.2.4.- Tesis del Riesgo Asegurable.

Para esta tesis, la actividad empresarial como factor de atribución de responsabilidad civil, tampoco importa partir -lisa y llanamente-, de la idea que la empresa es riesgosa y que, por ende, debe responder. Por el contrario, el problema estriba en determinar cuándo, en qué condiciones y quién, establece que el riesgo debe ser soportado por el autor de la iniciativa económica y quién fijará, en definitiva, cuáles riesgos son lícitos crear y cuales en cambio, quedan prohibidos. En un comienzo, se propuso como principio básico que el riesgo obliga. Sucesivamente y con el crecimiento de los seguros, el principio evolucionó, planteándose que el generador del riesgo debe tomar todos los recaudos necesarios para contratar los seguros que cubran los riesgos que lo pueden poner en situación de responder. Es decir, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, definido por MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, como un riesgo “...normalmente previsible y típicamente conocido por la actividad económica de quien lo genera.”⁴²² Por lo mismo, no quedan comprendidos en el ámbito de esta responsabilidad empresarial, aquellas hipótesis de riesgo difusas o atípicas que no pueden imputarse a la actividad empresarial de una manera cierta.

3.3.5.3.- Estado actual de la tesis del Riesgo de Empresa.

No existe uniformidad de pareceres a la hora de determinar la extensión de la responsabilidad fundada en el Riesgo de Empresa. Según parte de la doctrina, sólo se justificaría en el caso de grandes empresas, ya que las empresas de menor tamaño debieran ser alcanzadas por la nomenclatura tradicional de la culpa. Otras voces proponen aplicar esta tesis sólo en la hipótesis de daños derivados de defectos de producción o por omisión de información, más no en el caso de defecto de proyecto, porque ello resultaría excesivamente gravoso para las empresas. Finalmente, están quienes propician -derechamente- la exclusión del criterio de la culpa en estas materias y su substitución total por el criterio del riesgo de empresa.

Como se ve, este es un tema en discusión, aunque si podemos afirmar que la gran atención de que fue objeto la teoría del riesgo de empresa por la doctrina y la jurisprudencia, al extremo que pareció que iba a desplazar totalmente a la teoría de la responsabilidad subjetiva, ha visto su campo de acción reducido a ciertas regulaciones especiales, aquellas donde se manifestaban de modo ostensiblemente injusto los inconvenientes del sistema subjetivo, como la legislación de accidentes del trabajo, de accidentes automovilísticos y de productos defectuosos. De hecho, hasta donde sabemos, ningún Derecho nacional la ha adoptado como criterio

⁴²² Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., ‘El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil’, en AAVV, “Responsabilidad Civil de la Empresa”, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 106.

general para resolver el problema de la responsabilidad civil, ni la doctrina comparada la apoya en forma absoluta, admitiéndosela sólo en supuestos especiales.

Quizás si una pista en este sentido, nos la proporciona ROCA TRIAS, quien, al analizar la evolución de la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en torno a los criterios de imputación de responsabilidad y el rol atribuido al riesgo en diversos fallos de esta Sala, expresa que si bien a partir de principios del Siglo XX existe una clara tendencia en convertir la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva, en la actualidad se está produciendo una vuelta al clásico criterio de imputación por culpa, huyendo, de este modo, de criterios objetivos⁴²³, salvo los siguientes casos de excepción: (i) actividades intrínsecamente peligrosas; (ii) actividades empresariales; (iii) la desigualdad de las partes ante el mismo riesgo; y, (iv) los bienes especialmente vulnerables.⁴²⁴

⁴²³ Vid. ROCA TRIAS, E., *"El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español"*, en InDret n° 4, 2009, pág. 3.

⁴²⁴ Vid. ROCA TRIAS, E., *"El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español"*, en InDret, n° 4, 2009, pág. 8.

CAPITULO V

LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374.

SUMARIO: 1.- EL SURGIMIENTO DE CORRIENTES OBJETIVAS DE RESPONSABILIDAD EN LOS ACCIDENTES DE CONSUMO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. 2.- LA *STRICT LIABILITY IN TORTS (STRICT LIABILITY)*. 3.- VISION PANORAMICA DE LA DOCTRINA DE LOS *TORTS* Y SU INFLUENCIA EN EL AMBITO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 4.- LA APARICION DE LA DOCTRINA DE LA *STRICT LIABILITY IN TORTS (STRICT LIABILITY)* DEL PRODUCTOR. 4.1.- JUSTIFICACIONES DE LA APARICION DE LA *STRICT LIABILITY*. 4.2.- CLASIFICACIONES DE LA *STRICT LIABILITY*. 4.2.1.- *PRODUCT LIABILITY*. 4.2.2.- *ULTRAHAZARDOUS LIABILITY*. 4.3.- SINTESIS DEL CAMINO RECORRIDO PARA INSTAURAR UN SISTEMA DE *STRICT LIABILITY* EN MATERIA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS (*PRODUCT LIABILITY*). 4.3.1.- SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, BASADO EN LA EFICACIA RELATIVA DE LOS CONTRATOS. 4.3.2.- SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS BASADO EN LA *NEGLIGENCE* O CULPA DEL PRODUCTOR. 4.3.3.- *STRICT LIABILITY* O SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA. 4.3.3.1.- PRECEDENTES MAS RENOMBRADOS POR LA DOCTRINA. 4.3.3.1.1.- *ESCOLA VS. COCA COLA BOTTLING CO.* 4.3.3.1.2.- *HENNINGSEN VS. BLOOMFIELD MOTORS, INC.* 4.3.3.1.3.- *GREENMAN VS. YUBA POWER PRODUCTS. INC.* 4.3.3.1.4.- *MAZETTI VS. ARMOUR & CO.* 4.4.- CODIFICACION DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PRODUCTOR Y DEL VENDEDOR, A TRAVES DE LOS *RESTATEMENTS OF LAW*. 4.4.1.- ¿QUE ES UN *RESTATEMENT OF LAW*? 4.4.2.- LA IMPLEMENTACION DEL ARTICULO 402 A DEL *RESTATEMENT OF TORTS SECOND*, DE 1965. 4.4.3.- CRISIS DEL SISTEMA DE *STRICT LIABILITY* CREADO POR EL *RESTATEMENT OF TORTS SECOND*. 4.4.4.- *RESTATEMENT OF THE LAW THIRD, TORTS: PRODUCTS LIABILITY*. 5.- SINTESIS DE LAS VIAS DE ACCION JUDICIAL DISPONIBLES PARA UN CONSUMIDOR NORTEAMERICANO, VICTIMA DE UN DAÑO CAUSADO POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO. 5.1.- *NEGLIGENCE* O NEGLIGENCIA. 5.2.- *WARRANTIES* O GARANTIAS. 5.3.- *PRODUCT LIABILITY*. 5.3.1.- AMBITO DE APLICACION. 5.3.2.- EXIGENCIAS PARA LA APLICACION DE LA *PRODUCT LIABILITY*. 5.3.2.1.- EL PRODUCTO DEBE SER DEFECTUOSO E IRRACIONALMENTE PELIGROSO. 5.3.2.2.- EL DEFECTO DEL PRODUCTO NO CAMBIA AL INGRESAR AL MERCADO. 5.3.2.3.- EL DEMANDADO ES UN PRODUCTOR O VENDEDOR HABITUAL. 5.3.3.- SUJETOS RESPONSABLES SEGUN LA *PRODUCT LIABILITY*. 5.3.4.- IMPOSIBILIDAD DE LIMITAR LA *PRODUCT LIABILITY* O EXONERARSE DE ELLA. 5.3.5.- CASOS EN QUE NO RESULTA APLICABLE LA *PRODUCT LIABILITY*. 5.3.6.- SINTESIS DE LOS MEDIOS DE DEFENSA FRENTE A UNA ACCION DE *PRODUCT LIABILITY*. 5.3.6.1.- ASUNCION DEL RIESGO POR PARTE DEL DEMANDANTE. 5.3.6.2.- *CONTRIBUTORY NEGLIGENCE* DEL DEMANDANTE. 5.3.6.3.- *MISUSE* DEL PRODUCTO POR PARTE DEL DEMANDANTE. 5.3.6.4.- *STATE OF THE ART* O ESTADO DEL ARTE. 5.3.6.5.- CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACION Y REGULACIONES ADMINISTRATIVAS APLICABLES. 5.3.6.6.- CLAUSULAS DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD. 6.- EXTENSION DE LOS PERJUICIOS QUE CONCEDE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA EN EL CASO DE DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 6.1.- DAÑOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES. 6.2.- DAÑOS PUNITIVOS O *PUNITIVE AND EXAMPLARY DAMAGES*. 6.2.1.- CONCEPTO. 6.2.2.- ALGUNOS CASOS DE CONDENAS A DAÑOS PUNITIVOS EN MATERIA DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 6.2.2.1.- EL CASO DEL *FORD PINTO*. 6.2.2.2.- EL CASO *BOISE DODGE INC. VS. CLARK*. 6.2.3.- SITUACION ACTUAL DE LOS DAÑOS PUNITIVOS. 7.- LA INFLUENCIA DE LA *STRICT LIABILITY* EN LA DIRECTIVA 85/374.

1.- El surgimiento de corrientes objetivas de responsabilidad en los accidentes de consumo en Los Estados Unidos de Norteamérica.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, un referente obligado es la experiencia de Los Estados Unidos de Norteamérica. Quizás si la mejor explicación de ello se encuentre en las palabras de HOWELL, para quien "...en toda nación, y en especial en las altamente industrializadas como los Estados Unidos, los cambios sociales ocurren con acelerada rapidez. Cada mutación presenta nuevos problemas que deben ser resueltos sin demoras indebidas. Esta necesidad fue reconocida por el juez Cardozo, cuando escribió que el Derecho, como el viajero, debe estar siempre listo para el mañana...".⁴²⁵ Desde luego, esa visión de la realidad y de la necesidad del Derecho de enfrentar los cambios rápida y eficazmente, impregnó todo el devenir del sistema jurídico por daños causados por productos defectuosos en los Estados Unidos de Norteamérica. En efecto, a principios de la década del 1900, comienzan a surgir una serie de planteamientos para objetivar la responsabilidad sobreviviente por daños causados por productos defectuosos, con señeras manifestaciones construidas sobre una idea basal: el deber fundamental del productor es fabricar sus productos con el cuidado razonable, a fin de evitar cualquier riesgo irracional de lesión o daño a sus consumidores y usuarios e, incluso, a quienes simplemente sufren un daño por haber tenido contacto o cercanía con el producto defectuoso, esto es, los *bystanders*.

Se aparejó esta idea base, a una conceptualización amplia de consumidor o usuario, pues comprende a quien realiza la última compra o uso antes de que la lesión ocurra, aunque, nos advierte TEBBENS, el dañado sea el primero o subsecuente comprador de la persona que se considera responsable⁴²⁶, lo que significa en el sistema norteamericano de *Strict Liability in Torts* considerar al productor y a cualquier comerciante o intermediario que haya contribuido a poner el producto en el mercado, como un eslabón más en la cadena de distribución, hecho por el cual le corresponde soportar el costo de los daños, solidariamente con los demás partícipes en la cadena de valor del producto, sin perjuicio de las obvias acciones de reembolso o repetición a que pueda haber lugar entre los co-responsables. Súmese, por último, que en la visión norteamericana está presente la consideración de que a las víctimas les es mucho más fácil demandar al vendedor que al productor.⁴²⁷

Frente a la imposición por parte de la jurisprudencia norteamericana de tales criterios de responsabilidad, los industriales norteamericanos y las empresas de seguros comenzaron a ejercer una fuerte presión, ya que estimaban que la evolución jurisprudencial determinaba cargas excesivas a sus empresas, que las

⁴²⁵ Vid. HOWELL, R. A., *et al*, "Business Law", Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press, 1986, pág. 7.

⁴²⁶ Vid. TEBBENS, H. D., "International Product Liability. A Study of Comparative and International Legal Aspects of Product Liability", Alphen Aan Den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 26 y 27.

⁴²⁷ Vid. OWLES, D., "The Development of Product Liability in the United States", Lloyd's of London Press Limited, London, 1978, pág. 48.

hacían inviables económicamente hablando. Ello motivó que la Administración Ford creara en 1975 una Comisión de trabajo formada por representantes de distintos Departamentos ministeriales, para analizar la situación de la responsabilidad civil del productor, conocida como *Interagency Task Force on Products Liability*. Sobre la base de sus conclusiones, el Departamento de Comercio elaboró la *Uniform Product Liability Act*, de 31 de octubre de 1979, para su adopción por los distintos Estados federados. Ello generó, efectivamente, un contrapeso legal a la evolución jurisprudencial que venía dándose en estas materias.

MARCO postula que las razones por las que el sistema de responsabilidad por productos defectuosos norteamericano llegó a erigirse en un paradigma, son más bien "...de índole social y política, por estar ligadas tanto la <<revolución tecnológica>> o segunda industrialización operada tras la 2ª. Guerra Mundial como a la consolidación del Estado del bienestar...".⁴²⁸ Es decir, obedece a una reacción jurídica concreta frente a un fenómeno más amplio, apunta ROJO, como es el de la responsabilidad de la empresa frente a los posibles daños que la producción en masa era capaz de producir continuamente⁴²⁹, situación desconocida hasta esa época y para la cual los Sistemas Jurídicos imperantes no estaban preparados. En este sentido, no puede perderse de vista que Los Estados Unidos de Norteamérica fue uno de los primeros países en desarrollar la producción de bienes de consumo en masa, por lo que, al decir de MARCO, no es tan extraño que de cara a esta nueva fuente de daños -la falta de seguridad de los productos-, se impusiera la idea de "...un Estado intervencionista y preocupado por el bienestar de sus ciudadanos."⁴³⁰

Y es precisamente en el seno de un Estado intervencionista y socialmente preocupado, donde empiezan a germinar las decisiones judiciales que comienzan a definir y asentar las premisas de la responsabilidad objetiva o sin culpa, por los daños causados por productos defectuosos, reflejando también el cambio experimentado en el ámbito comercial del principio *cavet emptor*, esto es, *que el comprador se cuide*, por la máxima que exige que el vendedor tenga cuidado, en palabras de DIX.⁴³¹ Esto lo logró el país del Norte, gracias al reconocido empuje y dinamismo de su jurisprudencia, que sin complejos ni ataduras a las formas clásicas de la responsabilidad civil, fue superando paulatinamente, con un sello progresista y protector, los obstáculos que impedían la adecuada reparación de los

⁴²⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 19.

⁴²⁹ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 25.

⁴³⁰ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 20.

⁴³¹ Vid. DIX, N., *"Products Liability cases and materials"*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1976, pág. 35.

daños que sufrían las personas al usar o consumir un producto defectuoso o, incluso, simplemente por su cercanía o contacto con él.⁴³²

Es de destacar que el hecho de ser un pionero en la materia, tampoco ha significado que se haya podido lograr un *status* jurídico respecto de la responsabilidad civil por daños causados por defectos de los productos, pacífica y exenta de problemas. Sin duda, es de destacar su rapidez y flexibilidad para reaccionar ágilmente ante los accidentes de consumo, creando un régimen de indemnización de daños corporales derivados de accidentes de consumo de vastos alcances, aunque, al decir de PERRINE, sumamente litigioso y no exento de abusos.⁴³³

Más allá de los innegables aportes que ha representado en la materia, la disciplina norteamericana presenta una serie de características complejas, que es interesante destacar. Por lo pronto, SHAPO resalta que conviven 50 Sistemas de Justicia estadual, más el Distrito de Columbia y Puerto Rico, cada uno interpretando y aplicando sus leyes sobre responsabilidad por daños causados por productos a su leal saber y entender, por lo que hay cientos de interpretaciones posibles sobre los alcances de esta nomenclatura⁴³⁴, provocando una falta de uniformidad importante de jurisdicción en jurisdicción, lo que en un Sistema de *Common Law* es, al menos, curioso en opinión de NEELEY.⁴³⁵

2.- La *Strict Liability in Torts (Strict Liability)*.

Como se dijo, el sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos instaurado en Los Estados Unidos de Norteamérica se regula bajo la denominada *Strict Liability*, que puede definirse como la responsabilidad legal que afecta al proveedor de un producto para con el consumidor o usuario final de ese producto, en caso de ser dañado por su uso o consumo.

Con todo, la *Strict Liability* se inserta dentro del tópico más amplio de los *Torts*, que surge en 1859, al publicarse el primer tratado sobre *Torts*, que podríamos intentar asimilar a la responsabilidad por daños. De hecho, el Diccionario Jurídico *BLACK'S* explica que *Torts* proviene del latín *torcer (tortus o torquere)*, en el sentido de violación de un deber contenido en una ley de observancia general, respecto de las personas con las cuales se establece un vínculo derivado de una determinada transacción.⁴³⁶ Es de destacar que la doctrina norteamericana tampoco logra arribar a un concepto único de *Torts*. Verbigracia, PROSSER y KEETON,

⁴³² Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 134.

⁴³³ Vid. PERRINE, M., "*Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain*", Economica, Paris, 1985, pág. 1

⁴³⁴ Vid. SHAPO, M., 'Responsabilidade civil por fato do produto', en "AAVV, *Responsabilidade Civil. Seminário Internacional*", OABRJ, Editora Justiça Cidadania, Rio de Janeiro, 2004, pág. 32.

⁴³⁵ Vid. NEELEY, R. "*The Product Liability Mess*", Macmillon Publishers, New York, 1988, pág. 30.

⁴³⁶ Vid. BLACK'S LAW DICTIONAR, West Publishing Co., St. Paul, 1990.

reconociendo las dificultades de esta definición, intentan conceptualizarlos en los siguientes términos: "...En sentido amplio, un tort es un ilícito civil (civil wrong), distinto del incumplimiento contractual, para el cual el tribunal proveerá un remedio en la forma de una acción para el pago de los daños..."⁴³⁷, definición de la que surge la conclusión de que la voz *Torts* designa la voluntad de que toda conducta antijurídica debe reflejarse en una indemnización. OWEN, en una línea más amplia, recoge aspectos sociales de la regulación de los *Torts*, incluida su prevención, definiéndolos así: "...El derecho de daños (the law of torts) concierne las obligaciones de personas viviendo en una sociedad respecto a la seguridad, propiedad y personalidad de sus vecinos, tanto como un asunto a priori y como un deber de compensar el daño causado ex post. Tort law en otras palabras envuelve cuestiones de cómo la gente debe tratar al otro y las reglas de la propia conducta que la sociedad impone en cada sociedad para evitar daños impropios a los demás y para determinar cuando la indemnización del daño es debida."⁴³⁸

3.- Visión panorámica de la doctrina de los *Torts* y su influencia en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos.

Quizás si resulte conveniente describir, brevemente, las distinciones que efectúa la doctrina de los *Torts* sobre los daños que puede sufrir una persona o su patrimonio y la consiguiente responsabilidad del agente del daño.

Ellas son las siguientes: (i) *Intencional Torts* o Daños causados intencionalmente; (ii) *Negligence Torts* o Daños causados preterintencionalmente o con negligencia; y, (iii) *Strict Liability in Torts (Strict Liability)* o Responsabilidad sin culpa u objetiva. En todos estos casos, el perjudicado tiene a su disposición acciones penales y civiles.⁴³⁹

⁴³⁷ Vid. PROSSER, W. L., KEETON, P., "*Cases and Materials on the Law of Torts*", Westpublishing Co., St. Paul, Minn., 1977, pág. 3.

⁴³⁸ Vid. OWEN, D., "*Philosophical foundations of tort law*", Oxford University Press, Oxford, 1995, pág. 7.

⁴³⁹ Vid. KEETON, P., "*Cases and Materials on the Law of Torts*", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1977; BISHOP, J. P., "*Commentaries on the non contract law and especially as to common affairs not of contract or the every-day rights and torts*", T. H. Flood, Chicago, 1989; ALEXANDER, G., "*Commercial Torts*", Michie Co., Virginia, 1988; FLEMING, J. G., "*An Introduction to the Law of Torts*", Oxford Press, New York, 1985; "*The Law of Torts*", LBC Informations Services, Sydney, 1998; BURROWS, A., "*Remedies for torts and breach of contracts*", Butterworhts, London, 1987; LOGAN, J., "*Tort Law*", second edition, Covendish Publishing Briefcase Series, London, 1988; MARKESINIS, B. S., "*The German Law of Torts*", second edition, Clarendon Press, Oxford, 1990; EPSTEIN, R. A., "*Cases and Materials on Torts*", Little Brown and Company, Boston, 1995; "*A Theory of Strict Liability*", en 2. J. Legal Stud. 151 (1973) 56, 144, 554; PROSSER, W. L., "*The fall of Citadel. Strict Liability to the Consumer*", en 50 Minnesota Law Review 791, 1966; "*Res Ipsa Loquitur in California*", en 37 Cal. L. Rev. 183, 1949; "*Handbook of the Law of Torts*", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971; "*Law of Torts*", West Publishing, St. Paul, Minn., 1971; STEVEN L., E., "*Torts*", Emmanuel law outlines, inc. 1991-1992; PROSSER, W. L., KEETON, P., "*On the Law of Torts*", Westpublishing Co., St. Paul, Minn., 1984; MARKESINIS, B. S., DEAKIN, S. F., "*Tort Law*", Clarendon Press, Oxford, 1999; KEETON, P., DOBBS, D. B., KEETON, R. E., OWEN, D. G., "*Prosser and Keeton on Torts*", 5a. Ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984; HEUSTON, R. F. V., BUCKLEY, R. A., "*Law of torts*", 21st edition, Sweet & Maxwell, London, 1996; HEPPLER, B. A., & MATHEWS, M. H., "*Tort: Cases and Materials*", 4th edition, Butterworths, London, 2000; DIAS, R. W. M., MARKESINIS, B. S., "*Tort law Statutes*", Clarendon Press, Oxford, 1989; CALABRESI, G., "*Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*", en The Yale Law Journal, 1961; CANE, P., "*Tort law and economic interests*", Oxford University Press, Oxford, 1991.

Ahora bien, la responsabilidad objetiva se divide, a su vez, en: (iii.i) *Ultra-hazardous Liability*, esto es, responsabilidad derivada de actividades altamente peligrosas; y, (iii.ii) *Product Liability* o responsabilidad por productos.

A los efectos de este apartado, los *Intentional Torts*, derivados de conductas intencionales, ejecutadas con dolo (*malice*) de dañar, en cuanto corresponden a conductas deliberadas del agente del daño, no representan mayor dificultad desde el punto de vista de las responsabilidades resarcitorias.

Respecto de la *Negligence Torts* o daños causados preterintencionalmente⁴⁴⁰, podemos decir que se trata de una tesis ideada para superar las dificultades que planteaba la responsabilidad por culpa, que consistió en ampliar el concepto de diligencia, por la vía de crear un deber genérico de cuidado, que da origen a un nuevo tipo de injusto, que se denominó *negligence torts*. En este contexto, la voz negligencia significa desplegar una conducta que no corresponde al promedio que establece la ley para la protección de terceros contra un riesgo irracional de daño.⁴⁴¹ Vale decir, se trata de una acción u omisión que crea un riesgo irracional para un tercero, situación en la que igualmente debe atenderse a elementos anímicos o volitivos del agente de la conducta, como son su conocimiento, percepción e intención al actuar.

Según FLEMING, la aparición de los nuevos riesgos que trajo consigo el industrialismo, hizo imposible congeniarlos con los arcaicos remedios propuestos por los viejos *Torts*. La forma de no impedir el desarrollo y brindar una respuesta jurídica adecuada, la encontraron los jueces norteamericanos en el ajuste de la *negligence*, que daba amplia cabida al clásico axioma *no hay responsabilidad sin culpa*.⁴⁴² A lo anterior, se suma el análisis de la conducta del agente del daño, en cuanto fuese ella *razonable* o no, de acuerdo a un criterio general que la doctrina norteamericana compara con *la conducta de un hombre razonable*. Ese es el estándar con que se mide la razonabilidad de la conducta del agente del daño, bajo la fórmula de preguntarse: ¿Qué habría hecho un hombre razonable en el caso de encontrarse bajo las mismas circunstancias que el causante del daño? Ello significa que este análisis acepta que el agente de la conducta haya podido equivocarse, distraerse, confundirse, etcétera, siempre bajo la égida del estándar *razonable*. Es decir, si es posible pensar que *un hombre razonable*, en las mismas circunstancias, también podría haberse equivocado, distraído o confundido y siempre que haya

⁴⁴⁰ Vid. MILLER, C. J., HARVEY B. W., "Consumer and Trading Law. Cases and Materials", Butterworths, London, 1985, pág. 151; SACHS, R. M., "Negligence or Strict Product Liability: Is there Really a Difference in Law or Economics", en Georgia Journal of International and Comparative, vol. 8, 1978.

⁴⁴¹ Vid. SCOTT, B., "The preparation of a product liability case", Little Brown, Boston, 1981; EADS, G., "Designing safer products: corporate responses to product liability law and regulations", en Rand Institute for Civil Justice, 1983.

⁴⁴² Vid. FLEMING, J. G., "The Law of Torts", LBC Informations Services, Sydney, 1998, pág. 116.

actuado con el debido cuidado, podría ser exculpado. Desde luego, este es un análisis casuístico, nos recuerda DIX⁴⁴³, que el juez habrá de hacer caso a caso.

Entonces, para dar por acreditada la responsabilidad del agente del daño, debe probarse por el demandante que: (i) el demandado tenía la obligación de actuar con un debido cuidado; (ii) la violación de su deber, causada por la conducta inadecuada del agente, comparada ésta con el comportamiento promedio de un hombre razonable; (iii) una causa próxima entre la conducta negligente y el daño que resulta de dicha conducta (relación de causalidad); y, (iv) un daño cuantificable.⁴⁴⁴

Empero, el problema de que adolecía este régimen de responsabilidad sustentado en un actuar negligente o culposo del productor o proveedor, era poner de cargo de la víctima probar que el productor del producto defectuoso había actuado negligentemente. Es decir, el perjudicado debía lidiar con la dificultad de tener que probar que la conducta del demandado fue culposa o negligente, infringiendo la obligación de diligencia que pesaba sobre él⁴⁴⁵, prueba muchas veces difícil y azarosa, por lo que, en buenas cuentas, tampoco representaba un sistema en que la justa reparación del perjudicado fuese siempre posible o, de serlo, resultase expedita. Como quiera que sea, esta nueva órbita de responsabilidad significó que el *Tort* por negligencia fuera adquiriendo mayor importancia, convirtiéndose en la regla general.

Sin embargo, con el paso del tiempo, el sistema basado en la negligencia reveló sus falencias, no sólo porque hubiese sido difícil probar la culpa del productor, sino porque la misma producción en masa de bienes, puede dar lugar a productos defectuosos por azar, sin que pueda reprocharse el defecto a una específica conducta descuidada del productor.

Estas críticas y el evidente desamparo de las víctimas, impulsaron el desarrollo de la responsabilidad objetiva o sin culpa -*Strict Liability in Torts*-, según veremos a continuación.

4.- La aparición de la doctrina de la *Strict Liability in Torts* (*Strict Liability*) del productor.

4.1.- Justificaciones de la aparición de la *Strict Liability*.

⁴⁴³ La mayoría de la doctrina considera que el concepto *debido cuidado* es una cuestión que debe ser apreciada por los tribunales en cada caso. Vid., al respecto, DIX, N., "*Products Liability*", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981.

⁴⁴⁴ Vid. FLEMING, J. G., "*The Law of Torts*", LBC Informations Services, Sydney, 1998, págs. 116 y 117; MARKESINIS, B. S., DEAKIN, S. F., "*Tort Law*", Clarendon Press, Oxford, 1999, pág. 69.

⁴⁴⁵ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 140.

Frente a las comentadas dificultades que planteaba el régimen de *Torts* basado en culpa o negligencia, la jurisprudencia evolucionó hacia un régimen de responsabilidad en que no era necesario acreditar la culpa del productor o del proveedor, que se denominó *Strict Liability in Torts*⁴⁴⁶ (*Strict Liability*), que según SHERMAN surge de la combinación de las doctrinas derivadas del derecho contractual -garantías- y del derecho de *Torts*.⁴⁴⁷ Para PROSSER, es un "...curioso híbrido nacido de la relación ilícita entre los *torts* y los contratos."⁴⁴⁸

Se dice que ella surge del famoso caso *Rylands vs. Fletcher*⁴⁴⁹, que estableció la regla de que una persona es responsable si en el uso *no natural* de su tierra, acumula cualquier cosa factible de causar daño si se produce un escape o fuga. Los hechos se refieren a la construcción de una represa de agua, con la finalidad de suministrarla a una fábrica. En el lugar elegido para esa construcción, había un túnel de una mina en desuso, pero debido a la negligencia de los ingenieros, -contratistas independientes-, el túnel no se descubrió hasta que el agua inundó la mina ubicada en la propiedad adyacente por medio de pasadizos que las comunicaban. En el juicio se probó que los demandados ignoraban la existencia de ese túnel. De acuerdo a las reglas vigentes en el *Common Law*, ellos deberían haber sido absueltos. Sin embargo, se les condenó en base al predicamento antes enunciado, atribuido al juez Blackburn.

Puede decirse que la *Strict Liability* pone el foco de atención en el defecto del producto y no en la conducta del productor. Así, para determinar si un producto es defectuoso o no, se acudió a 2 criterios o pruebas (*test*) distintos: (i) el *consumer expectation test*⁴⁵⁰ y (ii) el *risk utility test*. Para el *consumer expectation test*, el producto es defectuoso si la víctima prueba que el producto no alcanzaba los grados de seguridad que un consumidor normal tiene derecho a esperar de él, al usarlo de forma razonable. Por su parte, para el *risk utility test*, que se relaciona con los defectos de diseño, el producto es defectuoso si la víctima prueba que el daño es consecuencia del defecto y el productor no puede probar que el diseño que ha usado es superior a cualquier otro, entendiéndose que el diseño es superior si la relación entre sus beneficios y sus riesgos es más ventajosa que la ofrecida por cualquier diseño alternativo.

La aplicación de esta regla no fue bien recibido por los tribunales norteamericanos en un principio, pero al final terminó por imponerse, bajo la premisa de que la *Strict Liability* refleja la tolerancia de la sociedad respecto de ciertas actividades

⁴⁴⁶ Vid. CALABRESI, G., HIRSCHOFT, G., "Toward a Test for Strict Liability in Tort", en 81 Yale Law Journal 1055; EPSTEIN, R. A., "A Theory of Strict Liability", en 2.J. Legal Stud. 151 (1973) 56, 144, 554.

⁴⁴⁷ Vid. SHERMAN, P., "Product liability for the general practitioner", Colorado Springs, 1981 -1994, pág. 187.

⁴⁴⁸ Vid. PERRINE, M., "Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain", Economica, Paris, 1985, pág. 37.

⁴⁴⁹ Vid. *Rylands vs. Fletcher*, (1868) L.R. 3 H.L., 330.

⁴⁵⁰ El *consumer expectation test* es adoptado por la Directiva 85/374 y por el *Restatement Second of Torts*.

dañosas, pero socialmente útiles, con tal que se indemnicen sus inevitables consecuencias perjudiciales para terceros -las víctimas-, por quienes las desarrollan.

Este sistema de responsabilidad ha ido evolucionando progresivamente⁴⁵¹, sin embargo, no ha logrado constituir una doctrina unitaria, sino que, por el contrario, considera múltiples soluciones de difícil sistematización⁴⁵², lo que ha generado diversos problemas y confusiones acerca de sus verdaderos alcances y límites, que trataremos de ir explicando en los apartados siguientes.

4.2.- Clasificaciones de la *Strict Liability*.

Ahora bien, dentro de esta rama de los *Torts*, se distinguen: (i) la *Product Liability* o responsabilidad por productos; y (ii) la *Ultrahazardous Liability* o responsabilidad por actividades altamente riesgosas.

4.2.1.- *Product Liability*.⁴⁵³

La responsabilidad estricta en materia de productos, significa que cualquiera que ponga en el mercado un producto defectuoso, esto es, irracionalmente peligroso para el usuario o consumidor, debe responder de los perjuicios causados por el defecto del producto, siempre que se dedique al comercio de ese producto y que el consumidor o usuario tome contacto con el producto en la misma condición en que fue vendido. Es decir, el productor no puede exonerarse de responsabilidad alegando que ha sido diligente o cuidadoso en el diseño, producción o venta del producto, pues se le estima responsable incluso si adopta toda la diligencia debida en la fabricación y venta del producto y pese a no tener vínculo contractual con el usuario o consumidor. Como es obvio concluir, para esta disciplina no es importante la conducta diligente o no del productor, sino el producto en sí y sus características, enfatizan SETTLE y SPIGELMYER.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F., "Responsabilidad Civil derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil", Civitas, Madrid, 1998, págs. 25 y 26; ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, págs. 26 y ss.

⁴⁵² Vid. DE LA VEGA GARCIA, F., "Responsabilidad Civil derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil", Civitas, Madrid, 1998, pág. 25, nota 6.

⁴⁵³ Vid. EPSTEIN, R. A., "Cases and Materials on Torts", Little Brown and Company, Boston, 1995, págs. 727 y ss.; "Modern Products Liability Law", Westport, Connecticut, 1980; FISCHER, M. G., POWERS, W., "Products Liability. Cases and materials", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2002; FLEMING, J. G., "Draft Convention on Products Liability", en 23 American Journal of Comparative Law, 1975; DIX, N., "Products Liability cases and materials", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1976; "Products Liability", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981; DWORKIN, T. M., "Product liability reform and the Model Uniform Product Liability Act", en Nebraska Law Review, 1981; CAMPBELL, D., "International Product Liability", Lloyd's of London Press Ltd., London, New York, Hamburg, Hong Kong, 1993; CHRISTOPHER, J. S., "Product Liability: european laws and practice", Sweet and Maxwell, London, 1993; CLARK, A. M., "Product Liability", Sweet & Maxwell, London, 1989; COCCIA, M., et al, "Product Liability; Trends and Implications", American Management Association, New York, 1970; ASHWORTH, J. S., "Product Liability Casebook: Leading US and UK Judgments", Lloyd's of London Press Ltd., London, 1984; JOLOWICZ, J. A., "Product liability in the EEC", Duncker and Humbolt, Berlín, 1990.

⁴⁵⁴ Vid. SETTLE, S. M., SPIGELMYER, S., "Product Liability: a Multibillion Dollar Dilemma", American Management Association, New York, 1989, pág. 13.

De hecho, la única prueba que el demandante debe aportar, por lo que se puede afirmar que la *Product Liability* no es absolutamente objetiva, es: (i) que el producto era defectuoso al salir del control del productor⁴⁵⁵; y, (ii) que el defecto era tal, que volvía al producto irracionalmente peligroso.⁴⁵⁶

A favor de la aplicación de la teoría de la responsabilidad estricta adoptada por los tribunales norteamericanos, se han esgrimido variados argumentos. Entre otros, podemos mencionar los siguientes: (i) el productor debe soportar el costo de los daños de un producto defectuoso, no solo porque al lanzarlo al mercado ha creado un riesgo para los consumidores, sino, porque además, está en mejores condiciones que la víctima para asumirlos; (ii) el productor puede fácilmente distribuir los daños sufridos por la víctima entre todos los consumidores, mediante un pequeño incremento del precio de sus productos; (iii) el productor detenta el control sobre el proceso de producción de los productos y la imposición de una responsabilidad sin culpa, provocaría buenos efectos en la línea de la prevención, a fin de evitar el lanzamiento al mercado de productos defectuosos; (iv) el público tiene derecho a esperar que los bienes que adquiere en el mercado, no le causarían ningún perjuicio.

Estas consideraciones llevaron el año 1964 al *American Law Institute*, “...a adoptar en la Sección 402 del *Second Restatement of Torts*, el principio de una *Strict Liability for Defective Products*, que causan daños a la persona o a la propiedad del consumidor...”⁴⁵⁷ explica LOPEZ SANTAMARIA, con el título Responsabilidad especial del vendedor de un producto por los daños físicos producidos a un usuario o consumidor, con la particularidad que bajo el término vendedor, tanto la jurisprudencia como el indicado *Restatement*, incluyen al productor, a los intermediarios y a los distribuidores. En los años siguientes, la gran mayoría de los Estados norteamericanos optó por este precepto jurídico, sea a través de leyes específicas o mediante su incorporación jurisprudencial.

La rica jurisprudencia -precedentes- que ha estructurado el sistema norteamericano de responsabilidad por productos, dada su propia naturaleza, presenta la curiosa característica de que no existe un solo criterio jurídico que sea compartido por todos los Estados federados. Es decir, cada Estado tiene su propia normativa en la materia, las que se caracterizan por contener normas que elaboran construcciones conceptuales muy generales, lo que inevitablemente conduce a interpretaciones diversas y, a veces, francamente contradictorias, dando lugar a lo

⁴⁵⁵ Vid. MADDEN, S., *et al*, “*Products Liability*”, 2ª. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988, págs. 41 y 42.

⁴⁵⁶ Vid. COCCIA, M., *et al*, “*Product Liability; Trends and Implications*”, American Management Association, New York, 1970, págs. 32 y 33.

⁴⁵⁷ Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., ‘La Responsabilidad Civil por Productos’, en AAVV, “*Derecho de Daños*”, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 155.

que se ha llamado “...una jurisdicción difícilmente pronosticable...”, conforme las ideas de HANSSEN.⁴⁵⁸

Pese a lo dicho, en un intento por sistematizar la doctrina que se ha ido estableciendo, es posible identificar un conjunto de pautas o criterios, más o menos estables, que se van repitiendo en los fallos de los tribunales norteamericanos, en los siguientes términos: (i) el interés público exige la máxima protección de la vida humana, de la salud y de la seguridad personal; (ii) la posición del consumidor es muy vulnerable frente a la poderosa situación del productor, quién tiene la posibilidad de un control efectivo sobre la producción, desde el diseño del producto que piensa lanzar al mercado, hasta la última prueba de calidad, pues el consumidor, por regla general, está imposibilitado de apreciar los peligros del producto; (iii) el poner un bien en el mercado, equivale al aseguramiento de un uso del producto conforme a su propia naturaleza; (iv) el productor está situado en mejor posición para distribuir el riesgo entre el público, a través de los precios y de los seguros, pues el riesgo del evento dañoso de consumo puede ser objeto de un seguro por parte del productor y traspasado a los consumidores como un coste más de la producción; y, (v) el productor es responsable, aunque no haya sido negligente en el proceso productivo, incluso si se trata de un defecto fortuito, pues tal hipótesis constituye un riesgo general y constante de toda actividad productiva, frente a los cuales debe afirmarse una protección al público, también general y constante, estando el productor en mejor posición para soportarla.

Con todo, a partir de la década de 1970, se fue dulcificando esta tesis, con la admisión de una defensa del productor basada en la posible negligencia en que el consumidor hubiera podido incurrir al utilizar un producto o en el caso de haber mediado una aceptación del riesgo por parte de él, situaciones que se resumen bajo las fórmulas de *contributory negligence* y de *assumption of risk*, respectivamente.

4.2.2.- *Ultrahazardous Liability*.

En cuanto a la *Ultrahazardous Liability*, el *Restatement Second* define actividad peligrosa como “...aquella cuya ejecución involucra un alto grado de riesgo, no obstante se lleva a cabo con el mayor cuidado y las debidas precauciones.” Normalmente los jueces agregan los siguientes elementos de análisis: (i) la probabilidad que el daño ocurra; (ii) si el riesgo puede eliminarse tomando las debidas precauciones; (iii) si la actividad es usual; y, (iv) las consecuencias sociales que conlleva el ejercicio de esa actividad, como por ejemplo, el uso de maquinaria pesada; fumigaciones áreas; espectáculos masivos; etcétera.

⁴⁵⁸ Vid. HANSSEN, M. K., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española’, en AAVV, “Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 31.

4.3.- Síntesis del camino recorrido para instaurar un sistema de *Strict Liability* en materia de productos defectuosos (*Product Liability*).

La evolución norteamericana hacia una *Strict Liability* en materia de productos defectuosos (*Product Liability*), ha implicado un largo devenir, que comprende una etapa contractual o basada en el derecho de los contratos; luego una etapa sustentada en la *negligence* o responsabilidad por culpa; hasta arribar a una *Strict Liability*, que establece la responsabilidad objetiva y directa del productor en favor del público usuario o consumidor de sus productos.⁴⁵⁹

La evolución jurisprudencial que llevó adelante este proceso, se asienta en una serie de precedentes, en los cuales el prurito de la protección del dañado por un accidente de consumo, fue puliendo progresivamente esta teoría resarcitoria.

4.3.1.- Sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, basado en la eficacia relativa de los contratos.

Se suele mencionar como precedente inicial de la tesis de *privity of contract* o efecto relativo del contrato, un fallo totalmente contrario a la tesis de la protección del dañado por un accidente de consumo. Nos referimos al fallo británico *Winterbottom vs. Wright*⁴⁶⁰, de 1842, en que se atizó el principio que sólo se respondía de haber contrato entre las partes.⁴⁶¹ El caso se refiere a un coche de caballos fabricado por el demandado, comprado por el servicio de correos británico, que se accidentó a raíz de un defecto latente, resultando lesionado el conductor, que demandó perjuicios. El juez Abinger rechazó la acción indemnizatoria, ya que el conductor no había sido parte en la relación contractual que mediaba entre el fabricante del coche y el servicio de correos, expresando: “...No existe contrato entre las partes en el pleito; y si se permite al actor demandar, cualquier pasajero o incluso cualquier viandante, que fuera herido por el accidente del coche de caballos, podría entablar una acción similar. A no ser que se restrinja el alcance de estos contratos a las partes que los celebraron, las consecuencias más absurdas y horribles tendrán lugar.”⁴⁶²

Este fallo inglés, más allá de cualquier consideración que hoy fuera pertinente, reflejaba la opinión jurídica dominante en la época y fue seguido por décadas, hasta mediados del Siglo XX. En suma, afirmó el principio que los vicios ocultos de un producto o sus defectos, sólo podían demandarse a la contraparte en el contrato, sin posibilidad de emplazar a otros agente intermediarios en la cadena de valor. Esta sentencia fue el *leading case* durante todo el Siglo XIX en Inglaterra y

⁴⁵⁹ Vid. MARCO MOLINA, J., “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación”, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 24.

⁴⁶⁰ Vid. 152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842).

⁴⁶¹ Vid., sobre los negativos alcances de este fallo, PROSSER, W., KEETON, W. P., “On the law of torts”, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, pág. 681.

⁴⁶² Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law enforcement*)”, en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 5.

también en Los Estados Unidos de Norteamérica, aunque poco a poco la jurisprudencia norteamericana fue estableciendo algunas excepciones a este férreo principio, como denota el caso *Huset vs. J. I. case Threshing Machine Co.*⁴⁶³ y las declaraciones⁴⁶⁴ que al respecto formulase el juez Sanborn.⁴⁶⁵

Asimismo, con el paso del tiempo, fueron surgiendo algunos matices en esta jurisprudencia, que se plasmaron en la idea de que en las compraventas de bienes manufacturados se incluía, aunque nada se dijera en el contrato, una garantía de idoneidad de los productos. Es decir, “...*bastaba que el producto no correspondiese a las especificaciones esperadas, sin investigar si esta falta de correspondencia significaba una culpa, para que los daños producidos fueran indemnizables...*”⁴⁶⁶, conformando una suerte de responsabilidad objetiva, por cuanto la responsabilidad, en ese caso, pendía de la condición del producto y no de la conducta del productor.⁴⁶⁷

No pueden dejar de mencionarse como grandes falencias de este régimen, el que no cubría correctamente todas las hipótesis de daños posibles de sufrir cuando el producto adolecía de un defecto; y el que dejaba totalmente desprotegidos a los *bystanders* o terceros ajenos al contrato de consumo, que sufrían daños por su contacto o proximidad con el producto defectuoso. Es por ello que MARCO⁴⁶⁸ resalta que la legislación de la época sobre compraventa y garantía por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, era totalmente insuficiente para cubrir estas nuevas contingencias de daño, acaecidas por el defecto de un producto, ya que: (i) se trataba de reglas sobre garantía de calidad de las cosas y no necesariamente sobre su seguridad. Es decir, regulaciones que sólo pretenden asegurar al comprador que la cosa vendida presenta las aptitudes y cualidades propias de los bienes de su misma naturaleza, así como aquéllas que la hacen adecuada para el uso que particularmente se requiere de ella; (ii) incluso en los casos en que el vendedor deba responder, por estar de mala fe o por haber debido conocer los defectos de la cosa, la reparación a que puede estar obligado frente a una pluralidad de compradores dañados por el mismo tipo de producto, puede ser muy limitada, si el vendedor es un detallista o un pequeño comerciante de escaso patrimonio, dejándose libre al productor, normalmente un agente económico solvente; y, (iii) estas reglas resultan inaplicables en infinidad de casos. Por

⁴⁶³ Vid. 120 F. 865, 867-871 (8th. cir. 1903).

⁴⁶⁴ Por ejemplo, el juez Sanborn afirmaba que el locador que construye un puente, o el productor que fabrica autos, no pueden prever un daño en relación a sujetos distintos de la inmediata contraparte como consecuencia probable. Vid. GHIRARDI, O. A., “*El Common Law de Los Estados Unidos de Norteamérica (Génesis y Evolución)*”, en Cuadernos de Historia n° 15, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Córdoba, 2005.

⁴⁶⁵ Vid. EPSTEIN, R. A., “*Cases and Materials on Torts*”, Little Brown and Company, Boston, 1995, págs. 732 y ss.

⁴⁶⁶ Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., ‘La Responsabilidad Civil por Productos’, en AAVV, “*Derecho de Daños*”, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 154.

⁴⁶⁷ Esto es, de la posibilidad de reprocharle una falta de cuidado o diligencia en el proceso fabril.

⁴⁶⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., “*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*”, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 22 y ss.

ejemplo: si el producto no ha sido proporcionado al usuario por el propio productor, que es lo que suele ocurrir en las economías modernas, caracterizadas por una larga cadena de intermediarios entre el productor y el consumidor; o si quien resulta dañado por el producto es un *bystander*, como sabemos.

Por ello, y con el ánimo de dar protección a estos *bystanders*, los tribunales norteamericanos fueron ampliando -paulatinamente- la aplicación de la regla del efecto relativo de los contratos, cautelando los intereses y derechos de los terceros no contratantes. Así comienza una etapa en la que empieza a superarse la exigencia de una relación contractual entre el perjudicado y el causante del daño. Es decir, la interpelación a un *privity of contract* comienza a desestimarse, centrándose la obligación resarcitoria en la *negligence* o culpa del productor.

4.3.2.- Sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos basado en la *negligence* o culpa del productor.

Como se dijo, se sucedieron varios casos que fueron dejando de lado la exigencia de un vínculo contractual. Se dice que la superación de esta exigencia estalla, definitivamente, con el fallo *McPherson vs. Buick*⁴⁶⁹, emanado de la pluma del respetado juez Cardozo, que instaura un régimen de responsabilidad que prescinde del vínculo contractual, concentrándose en la culpa o negligencia del productor. Es decir, se comienza a hablar de una responsabilidad por culpa -*negligence*-, que desmiembra la responsabilidad del productor del derecho contractual, instalándola en el Derecho de la Responsabilidad por Negligencia, la que puede ser invocada por cualquier víctima de un accidente de consumo.

Los hechos del juicio se refieren a un productor de automóviles, que vende un automóvil a un detallista. El detallista lo revendió al demandante. Cuando el demandante conducía el coche, éste se vino abajo, por lo que el demandante salió despedido y resultó con lesiones. Se acreditó que una de las ruedas había sido fabricada con madera defectuosa y sus radios se hicieron pedazos. Ahora bien, la rueda en cuestión no había sido fabricada por el demandado, sino que éste la había adquirido de otro productor. Al respecto, el juez Cardozo afirmó: *"...Si la naturaleza de una cosa es tal, que razonablemente pone la vida y la salud de las personas en peligro al ser ella elaborada; será entonces una cosa peligrosa. Su naturaleza advierte las desafortunadas consecuencias que pueden esperarse. Si a ello se suma el conocimiento de que el producto será usado por personas distintas al comprador, independientemente del contrato, el fabricante del artículo peligroso debe responder. En la especie, Buick Motor Company no eliminó el defecto sólo porque no adoptó la precaución elemental de una inspección simple del vehículo fabricado, la que hubiese revelado la condición defectuosa de una rueda..."*⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Vid. *McPherson vs. Buick*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

⁴⁷⁰ Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., 'La Responsabilidad Civil por Productos', en AAVV, "Derecho de Daños", Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 154.

La importancia de este fallo radica, en que incardina la responsabilidad del productor en su negligencia, lo que se revela a todas luces, con la afirmación del sentenciador de que el defecto habría podido ser descubierto mediante una inspección razonable, misma que se omitió. Esa es la clave del reproche de Cardozo y, a partir de este fallo, explican SALVADOR *et al*, "...los fabricantes de productos defectuosos responderían ante cualquier tercero si el defecto podía ser imputado a su negligencia."⁴⁷¹

4.3.3.- *Strict Liability* o sistema de responsabilidad objetiva.

La culminación de esta evolución jurisprudencial hacia una responsabilidad directa y objetiva del productor y, en general, de todos los partícipes en la cadena de valor, se afirmó en una serie de casos emblemáticos, que reflejan la premisa, más o menos compartida, de que si se trata de productos defectuosos, la reparación del daño no puede quedar frustrada por los recovecos de la cadena de ventas, ni por una posible negligencia de difícil prueba, pues se preconiza la existencia de un deber general de cuidado, que pesa sobre el productor que introduce sus productos en el mercado en favor del público usuario de sus productos, que según MARCO es un "...deber que es independiente de toda relación contractual con tales usuarios, ya que lo impone la propia ley y el orden público."⁴⁷² VIGURI⁴⁷³ sostiene que la aplicación jurisprudencial de esta doctrina data del año 1863, en que un tribunal británico, en el pleito *Byrne vs. Boadle*⁴⁷⁴, recurrió a esta doctrina. Por su parte, en Los Estados Unidos de Norteamérica existe una serie de antecedentes jurisprudenciales en la materia, entre otros, *Newing vs. Cheatham*⁴⁷⁵; *Ybarra vs. Spangard*⁴⁷⁶; etcétera. PARRA LUCAN afirma que los tribunales y la doctrina norteamericana, a partir de la década del 60, comenzaron a justificar la imposición de una *Strict Product Liability*⁴⁷⁷ sobre el productor y los demás miembros de la cadena de comercialización de un producto, al margen de toda noción de contrato, delineándose así una responsabilidad basada en la tesis de que el productor estaba obligado a asumir los daños causados por sus productos defectuosos, imponiéndose progresivamente esta *Strict Product Liability*, en la que no se precisa la prueba de la culpa del productor y no se le permite exonerarse de

⁴⁷¹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "*Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*", en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 6.

⁴⁷² Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 27.

⁴⁷³ Vid. VIGURI PEREA, A., "*La protección al consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del derecho angloamericano*", Comares, Granada, 1995, pág. 185.

⁴⁷⁴ Vid. 159 Eng. Rep. 299 (Eng. 1863).

⁴⁷⁵ Vid. 540 P.2d 33 (Cal.1975).

⁴⁷⁶ Vid. 154 P.2d 687 (Cal. 1994).

⁴⁷⁷ Para SHAPO, esta rama del Derecho es Derecho Público, pero disfrazado de responsabilidad civil. Vid. SHAPO, M., 'Responsabilidad Civil por Producto', en AAVV, "*Responsabilidade Civil. Seminário Internacional*", OABRJ, Editora Justiça Cidadanía, Rio de Janeiro, 2004, pág. 32.

responsabilidad en virtud de pactos o acuerdos liberatorios de responsabilidad celebrados con el consumidor.⁴⁷⁸

4.3.3.1.- Precedentes más renombrados por la doctrina.

Los casos más renombrados por la doctrina son los siguientes: (i) *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.* (1944); (ii) *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* (1960); (iii) *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.* (1963); y (iv) *Mazetti vs. Armour & Co.*

4.3.3.1.1.- *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*

Se cita como primer caso emblemático para la implementación de la responsabilidad estricta del productor, el caso de la Corte Suprema de California *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*⁴⁷⁹, del año 1944, que se originó a raíz de la explosión de una botella de Coca Cola cuando se la sacaba de una caja para ponerla en un refrigerador, que produjo daños en las manos de la mesera que la manipulaba. Ella fundó su demandada en que la Compañía había sido negligente al llenar la botella a presión excesiva y/o porque el recipiente era defectuoso. El jurado dictó un veredicto favorable a la demandante, que fue confirmado por la Corte de Apelación, pero no hubo unanimidad en las razones para acoger la demanda.

El voto de mayoría, como no se pudo probar negligencia del productor mediante prueba directa, se sustentó en la doctrina de *res ipsa loquitur*⁴⁸⁰, ya que aceptó la afirmación de la víctima de que la botella tenía demasiado gas, señalando que para acoger la demanda bastaba con que el producto hubiese estado bajo el exclusivo control del autor del daño hasta el momento de ocurrir los hechos, pues resultaba lógico concluir que durante el proceso de elaboración del producto, únicamente la embotelladora tuvo el control del producto. Es decir, la negligencia puede presumirse cuando, dadas las circunstancias del accidente, éste no se habría producido de no haber mediado culpa por parte del demandado.⁴⁸¹ En la especie, la

⁴⁷⁸ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por Productos y Protección al Consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, págs. 143 y ss.

⁴⁷⁹ Vid. *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*, 24 Cal. 2d. 453, 461 (1944).

⁴⁸⁰ Vid. MADDEN, S., et al, "*Products Liability*", 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988, pág. 44.

⁴⁸¹ La regla *res ipsa loquitur*, en el contexto de la *Strict Liability*, se define como: "...el razonamiento de que cuando las circunstancias hablan por sí solas, (si ha habido un daño es porque el dueño de la cosa que lo originó incurrió en falta de cuidado; esta doctrina se funda sobre la idea que ciertos hechos hacen presumir la negligencia hasta el punto de llevar a la conclusión de que esa negligencia existe salvo prueba en contrario), se produce una inversión de la carga de la prueba, que hace que sea el demandado quien tenga que demostrar la falta de culpa o negligencia en su conducta...". Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "*La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*", en Estudios sobre Derecho de Consumo, Bilbao, 1994. Podemos decir que se trata de una regla procesal del Derecho anglosajón, formulada por una sentencia de 1863, en el asunto *Byrne vs. Boadle* del Tribunal del Exchequer (Vid. [1863] 159 Eng. Rep.); que luego fue pulida por la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Scott vs. London St. Katherine Docks Co.* [(1865) 159 Eng. Rep.], cuya utilización ha sido admitida por el TS, así como por el *Restatement Third*, que se erige como una regla de prueba o, si se prefiere, una regla de utilización de presunciones y no un método de valoración de culpa o negligencia, pues por su intermedio se presume que el demandado ha sido negligente. Vid. NAVARRO MICHEL, M., "*Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*", III Anuario de Derecho civil, v. 56, 2003, págs. 1197 y ss. Por su parte, ALTERINI y LOPEZ CABANA enseñan que para aplicar esta regla deben concurrir varios requisitos en cuanto al hecho: (i) debe ser del tipo de los que

cuestión de fondo es que una botella no debe explotar por el simple hecho de ser manipulada.⁴⁸² KELLY, en abono de esta idea, comenta que: “...cuando el daño es producido por un vicio de fábrica, ello evidencia, que ha intervenido la culpa del fabricante, que está cantada: *res ipsa loquerit* [SIC]. Nada más hay necesidad de probar. Pues ciertamente, el fabricante está en el deber de no lanzar a la circulación un producto defectuoso, y con aptitud de dañar al prójimo.”⁴⁸³

Ahora bien, tal y como afirma ASHWORTH, lo más destacable de este fallo es el voto particular del juez Traynor, quien estuvo por acoger la demanda, pero proponiendo el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva para indemnizar los daños causados por productos defectuosos. Sostuvo Traynor⁴⁸⁴ que ya era hora de abandonar el requisito de la negligencia y de reconocer que el productor tiene responsabilidad absoluta cuando un producto defectuoso causa daños a una persona, si sabe que el producto sería usado sin ser inspeccionado⁴⁸⁵, bajo la premisa que aún sin negligencia, el orden público exigía imponer esta responsabilidad para reducir los riesgos a la vida y a la salud de las personas,

ordinariamente no ocurren si no promedia culpa; (ii) debe ser causado por un medio que esté bajo el control exclusivo del demandado; (iii) la víctima no debe haber participado voluntariamente en su producción; y (iv) la verdadera explicación del hecho debe ser más fácilmente accesible al demandado que al actor. Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., “*Temas de Responsabilidad Civil*”, Ediciones Cuidad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 161. En el derecho español, PUIG BRUTAU afirma que “...cuando existen circunstancias que de modo regular producen ciertos efectos, y esas circunstancias son normalmente apreciadas como manifestación de culpa o negligencia de una persona, pueden quedar englobadas en el supuesto de hecho de una disposición general para que produzcan directamente la responsabilidad, sin necesidad de indagar en cada caso cuál fue el estado subjetivo del individuo al que se imputan...”. Vid. PUIG BRUTAU, J., “*Fundamentos de Derecho Civil II*”, Bosch, Barcelona, págs. 697 y ss.; NAVARRO MICHEL, M., “*Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario*”, III Anuario de Derecho civil, v. 56, 2003; PROSSER, W. L., “*Res Ipsa Loquitur in California*”, en 37 Cal. L. Rev. 183, 1949.

⁴⁸² En España han habido casos semejantes. Entre los más conocidos, *Fernanda S.L. c. La Cruz del Campo S.A.* (STS, 1a., 26.6.1993); *Isabel M. C. c. Schwepps S.A. y Adolfo Marineto S.A.* (STS, 1a., 8.2.1995); *Manuel Francisco L. F. c. La Casera S.A., Carbónica Murciana S.L. y Torres Lucas, S.L.* (STS, 1a., 21.203); etcétera.

⁴⁸³ Vid. KELLY, J. A., “*Responsabilidad del fabricante*”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1987, pág. 41.

⁴⁸⁴ En lo medular, el juez Traynor dice: “...Concuerdo con el fallo pero no con su fundamentación, pues creo que la negligencia del fabricante debe dejar de ser la base del derecho del demandante a resarcirse en casos como el presente. En mi opinión, debería ahora reconocerse que el fabricante responde de forma absoluta cuando resulta probado que un producto que puso en circulación, consciente de que iba a usarse sin inspección previa, tiene un defecto que causa un daño a las personas. *MacPherson vs. Buick* estableció el principio, reconocido por este tribunal, según el cual, con independencia de la eficacia relativa de los contratos, el fabricante responde por las lesiones causadas por un artículo a cualquier persona que lo manipule de forma correcta. En tales casos, la fuente de la responsabilidad del fabricante era su negligencia en el proceso de fabricación o en el de inspección de los componentes suministrados por terceros. Incluso en ausencia de negligencia, el interés público exige que la responsabilidad se fije de la forma más efectiva para reducir los riesgos a la vida y a la salud inherentes a los defectos de productos que se ponen en circulación. Es evidente que el fabricante puede anticipar algunos riesgos y evitar la producción de otros. Algo que no está al alcance del público en general. Quienes sufren un daño derivado de un producto defectuoso no tienen medios para asumir sus consecuencias. El coste de una lesión, así como la pérdida de tiempo o de salud, pueden ser una desgracia grande para la víctima que es fácilmente evitable, pues el riesgo del daño puede ser asegurado por el fabricante y su coste distribuido entre sus clientes. Es de interés público desincentivar la comercialización de productos con defectos que amenacen a los consumidores. No obstante, si tales productos entran en el mercado es también de interés público imputar responsabilidad por cualquier daño que se pueda originar al fabricante, quien, pese a no haber sido negligente en la fabricación del producto, es responsable por haberlo llevado al mercado. Por más que estos daños se produzcan de forma intermitente u ocasional, el riesgo de que ocurran es constante y general. Contra él, ha de haber una protección general y constante y quien mejor está situado para ofrecerla es el fabricante.”

⁴⁸⁵ Vid. ASHWORTH, J. S., “*Product Liability Casebook: Leading US and UK Judgments*”, Lloyd’s of London Press Ltd., London, 1984, pág. 9.

inherentes a los productos defectuosos que llegan al mercado, pues el productor que los puso en él, puede prever algunos riesgos, lo que el público no está en condiciones de hacer. Incluso, pudo distribuir el costo de dichas exigencias entre el público consumidor.⁴⁸⁶

Este voto particular de Traynor, con el paso del tiempo, fue recogido por una serie de fallos, transformándose en la doctrina aplicada a través de los precedentes, erigiendo así, una disciplina indemnizatoria que se desentiende del requisito de la culpa, aliviando las habituales dificultades probatorias que recaían sobre la víctima de un accidente de consumo, de acuerdo con los principios tradicionales de la carga de la prueba. PERRINE⁴⁸⁷ sintetiza los hitos fundamentales de la doctrina *Escola*, en los siguientes términos: (i) el productor es quien está en mejor condición para predecir y prevenir los riesgos de sus productos, tanto a nivel económico, repartiendo el costo de la reparación del daño entre sus gastos de empresa, como social, pues él es el origen del producto defectuoso, incluso si no se le puede imputar ninguna negligencia. Por lo que si un cierto número de accidentes son inevitables, es el productor quien mejor puede asegurar la protección del público; (ii) si la seguridad del público exige que el productor sea el garante de la seguridad de sus productos, es inútil tratar de clasificar esta responsabilidad de otra forma que no sea la de una responsabilidad de pleno derecho; (iii) es necesario extraer completamente la garantía de su contexto contractual y reconocerle su carácter original, de fuente de responsabilidad extracontractual del productor; y, (iv) los intermediarios no son más que los canales de distribución de la producción del productor y conviene simplificar el procedimiento, evitando los recursos en cadena. Es el productor quien ha aconsejado y propiciado el uso del producto, por lo que él debe responder de los daños que éste pueda ocasionar.

En suma, este sistema de responsabilidad sin culpa se caracteriza por prescindir del requisito de la culpa o imputabilidad del agente del daño, por lo que éste debe responder sin importar el cuidado que haya puesto en la actividad que realiza, sostiene SHAPO⁴⁸⁸, ya que la idea central es que si la vida en sociedad importa una serie de riesgos de accidentes y daños, es de justicia social poner de cargo del productor los riesgos de su actividad, asegurando, por esa vía, la indemnización de los perjudicados. Desde luego, esto significa poner un coto al desarrollo industrial, pues ahora los productores, que quedan obligados a responder de estos infortunios de consumo, deben considerar en sus presupuestos fabriles un costo para compensar los daños causados por sus productos. Es decir, el coste de los accidentes de consumo debe ser concebido como precio de la utilidad que le reporta el negocio al productor.

⁴⁸⁶ Vid. CLARK, A. M., *"Product Liability"*, Sweet & Maxwell, London, 1989, págs. 15 y 16.

⁴⁸⁷ Vid. PERRINE, M., *"Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain"*, Economica, Paris, 1985, págs. 64 y ss.

⁴⁸⁸ Vid. SHAPO, M., *"The Law of Product Liability, Vol. I"*, Butterworths Legal Publishers, London, 1990, pág. 704.

4.3.3.1.2.- *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*⁴⁸⁹

Se enfatiza el valor de este fallo, por cuanto eliminó toda exigencia de vínculo contractual entre la víctima y el productor, sostiene PROSSER⁴⁹⁰, abriendo las puertas a lo que SULLIVAN denomina "...una era de la seguridad y protección del consumidor, al considerar estrictamente responsable al fabricante de un producto por su fabricación y venta."⁴⁹¹ En este caso, un hombre compró un auto Plymouth a su señora, fabricado por *Chrysler Corporation*, al distribuidor *Bloomfield Motors, Inc.* El contrato de compraventa excluía garantías del vendedor y del productor por vicios ocultos, salvo reemplazar piezas defectuosas durante los primeros 90 días o las primeras 4.000 millas y únicamente en favor del comprador del vehículo. Diez días después de haberlo comprado, el auto se estrelló contra una pared, por un defecto en el volante.

La Corte de New Jersey acogió la demanda, ordenando indemnizar los daños del vehículo al marido, pero también dio lugar a indemnizaciones a favor de la mujer, de cargo del productor y del vendedor, por violación de una garantía implícita, pese a no existir una relación contractual con ella, bajo la premisa de que cuando se venden artículos defectuosos, que pueden ser peligrosos para la vida o la salud de las personas, la única manera de proteger a las personas y a los intereses de la sociedad, es eliminar la exigencia de la relación contractual directa entre productor, los intermediarios y quien se pueda presumir razonablemente, será el último consumidor del producto de que se trate.

4.3.3.1.3.- *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*⁴⁹²

Este caso fue sentenciado por el Tribunal Supremo de California en 1963 y representa, en la visión de MARCO, "...la eclosión de la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante concebida como mecanismo de redistribución social del coste del accidente empresarial."⁴⁹³

Los hechos fueron los siguientes: la señora *Greenman* compró a su marido una herramienta de carpintería multipropósito (sierra, taladro y torno), llamada *shopsnith*. Dos años después, un pedazo de madera salió volando, clavándose en la frente del señor *Greenman*, causándole serias heridas. El señor *Greenman* demandó al vendedor y al productor, fundándose en las doctrinas de la negligencia y de la falta de garantías. El Tribunal de primera instancia sólo condenó al productor. Apelada la sentencia, el juez Traynor acogió la apelación del demandante, "...sin

⁴⁸⁹ Vid. *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 161 A.2d 69 (N.J. 1960).

⁴⁹⁰ Vid. PROSSER, W. L., "The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer", en 50 Minnesota Law Review 791, 1996.

⁴⁹¹ Vid. SULLIVAN, G., "Products Liability, who needs it?", The National Underwriter Co., Cincinnati, 1979, pág. 6.

⁴⁹² Vid. *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*, 377 P.2d 897 (Cal. 1963).

⁴⁹³ Vid. MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 33.

fundarse en la violación de una garantía contractual...", en opinión de PERRINE⁴⁹⁴, pues consideró más adecuado aplicar el remedio que ofrecía la doctrina de la responsabilidad estricta⁴⁹⁵, expresando que: "*...No precisamos recapitular las razones para declarar la responsabilidad estricta del fabricante, pues se encuentran plenamente articuladas...*".⁴⁹⁶

Una de las virtudes de esta decisión, es que refuerza los argumentos de la doctrina *Escola*, pues reiteró la responsabilidad estricta del productor que pone en el mercado un producto defectuoso, a sabiendas de que sería usado, sin ser inspeccionado, afirmando que el vendedor -intermediario- de dicho producto, queda sujeto a la misma regla.⁴⁹⁷ Por lo demás, la responsabilidad del productor quedó establecida por haberse probado que la herramienta tenía un defecto de diseño, que causó el daño, mismo del que el usuario no estaba al tanto, lo que lo haría peligroso aun cuando el usuario empleara la herramienta del modo en que se supone debía hacerlo. Agrega, por último, que el sentido de imponer esta responsabilidad estricta sobre el productor, es el de asegurar que el costo de los daños resultantes de los productos defectuosos fuera soportado por los productores que ponían en el mercado tales productos, en lugar de los lesionados, que no tienen los medios para defenderse, discurrendo así claramente sobre una responsabilidad estricta y no sobre un régimen basado en la negligencia o en la tesis de garantías expresas o implícitas, de tipo contractual.

A mayor abundamiento, este fallo despejó una serie de limitaciones que enfrentaban los dañados por productos defectuosos para demandar de perjuicios a los productores, ya que: (i) el demandante no tiene que dar aviso de violación de garantías al productor, dentro de los plazos legales o contractuales; (ii) la prescripción comienza a correr a partir del momento en que se produce el daño y no a partir de la celebración del contrato; (iii) el demandado no debe lidiar con cláusulas limitativas o de exoneración de responsabilidad; (iv) no se exige vínculo contractual para demandar los perjuicios causados por el defecto del producto; y, (v) prontamente, basándose en la tesis de la distribución de los costes del progreso, se comienza a proteger incluso al *bystander* o sujeto ajeno al uso o consumo del producto, ya que la responsabilidad del productor por el daño causado por sus productos es independiente, tanto de su conducta (reproche), como de su relación contractual con el dañado y, obviamente, el *bystander* tampoco está en posición patrimonial de soportar los costes de un accidente de consumo, al igual que el usuario o el consumidor, por lo que la decisión judicial de protegerlo

⁴⁹⁴ Vid. PERRINE, M., "*Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain*", *Economica*, París, 1985, pág. 65.

⁴⁹⁵ Vid. PAYET PUCCIO, J., "*La Responsabilidad por Productos Defectuosos*", Pontificia U. Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1992, pág. 83.

⁴⁹⁶ Vid. VIGURI PEREA, A., "*La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano*", Comares, Granada, 1995, pág. 204.

⁴⁹⁷ Vid. SULLIVAN, G., "*Products Liability, who needs it?*", *The National Underwriter Co.*, Cincinnati, 1979, pág. 6.

en este ámbito es, evidentemente, sumamente consistente y propia de un Estado social de protección.

4.3.3.1.4.- *Mazetti vs. Armour & Co.*

Otro caso importante, citado habitualmente por la doctrina y donde según algunos se aplicó de modo definitivo la tesis de la responsabilidad estricta, el caso *Mazetti vs. Armour & Co.*, del año 1963, resuelto por el Tribunal Supremo de California⁴⁹⁸, en que se sancionó la responsabilidad del productor a favor del consumidor, por el sólo hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso, sin que fuera necesario la prueba de su culpa, pues, al decir de VIGURI, “...el Tribunal dejó claramente sentado el principio de que el fabricante debe garantizar en todo momento la seguridad del producto -en la especie alimentos-, no admitiéndose cláusulas que puedan exonerarle de responsabilidad, por ser contrarias al orden público, debiendo indemnizar al consumidor, aunque haya actuado con la diligencia debida, *Strict Liability*, por el mero hecho de haber sacado al mercado un producto defectuoso...”⁴⁹⁹, independientemente de su actuar diligente, o de no haber violado ninguna de las garantías explícitas o implícitas que debe proporcionar respecto del producto que introduce al mercado para su venta.

Es así como desaparece la culpa y surgen como factores primordiales de este régimen de responsabilidad objetiva, el bienestar social y la distribución de la riqueza, que el juez ha de sopesar al fallar un caso de *Product Liability*.

Por último, es importante formular algunas conclusiones sobre este sistema y su dilatada utilización por la jurisprudencia norteamericana, como son: (i) siempre que deba resolverse un conflicto de consumo, se debe considerar como vendedor a cualquier persona que haya participado, por oficio o profesionalmente, directamente en la fabricación o comercialización del producto que ha causado el daño, no importando ni su nacionalidad ni su domicilio, ya que basta que el perjudicado por el accidente de consumo sea súbdito norteamericano; (ii) se equiparan, aunque con alguna discusión, 2 términos: el de defectuosidad y el de peligrosidad impropia. Según la tesis mayoritaria, representada por HANSSEN, “...es la peligrosidad impropia la que hace considerar el producto defectuoso, partiendo para tal constatación, del punto de vista del consumidor”⁵⁰⁰; (iii) si un producto es impropiaamente peligroso o no, es algo que deberán decidir los tribunales en base al criterio del uso o consumo normal del producto, de lo que nace otro problema de interpretación, pues se debe aclarar que ha de entenderse por la expresión *uso o consumo normal*. No hay una regla fija o establecida acerca de la forma de interpretar jurídicamente éstos conceptos, por ende, cada tribunal

⁴⁹⁸ Vid. *Mazetti vs. Armour & Co.*, 135 P. 633 (Wash. 1913).

⁴⁹⁹ Vid. VIGURI PEREA, A., “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano”, Comares, Granada, 1995, pág. 190.

⁵⁰⁰ Vid. HANSSEN, M. K., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española’, en AAVV, “Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 33.

tendrá que realizar esta interpretación casuísticamente, lo que en la práctica ha ocasionado una cierta tendencia a considerar, casi a la ligera, que el mero hecho de sufrir un daño por un producto lo hace impropriadamente peligroso. Dicho de otro modo, se genera una suerte de presunción acerca de la impropria peligrosidad de un producto, por el sólo hecho de que se produzca un accidente de consumo, lo que evidentemente es una situación exagerada y anómala; y, (iv) sólo existen 3 alegaciones de defensa para el productor, que más bien son teóricas, a saber: “...1. *Alegación de una concausación culpable en la producción del daño por parte de la víctima.* 2. *Causación del daño debido a un consumo o uso anormal del producto,* y 3. *El defecto y la peligrosidad impropria, respectivamente, se deben a una modificación posterior del producto.*”⁵⁰¹ La primera y la segunda situación son más o menos parecidas, debido a que en ambos escenarios está presente un uso o consumo anormal o indebido del producto, lo que es en realidad un caso especial de concausación del daño. Estas 2 alegaciones, con todo, “...no tienen ninguna posibilidad de prosperar en todos aquellos casos en que la víctima es un niño (por falta del elemento de culpabilidad), o en que la forma del consumo o uso no es completamente anormal.”⁵⁰² La tercera situación tampoco es de gran utilidad para la defensa del productor, como lo demuestra un caso concreto: un productor extranjero introdujo en el mercado norteamericano una herramienta que contaba con una protección, para evitar el peligro de que las manos del operario tuvieran contacto con las partes mecánicas de ella. Sin embargo, un trabajador quitó dicha protección, porque le molestaba para trabajar, fruto de lo cual, se cortó una mano. Es indudable que la posterior alteración de la herramienta por parte de la víctima, produjo el resultado dañoso. No obstante ello, el tribunal condenó al productor por no haber incorporado esta protección a la máquina, de forma tal, que su desmontaje hubiera sido imposible.⁵⁰³

4.4.- Codificación del régimen de responsabilidad objetiva del productor y del vendedor, a través de los *Restatements of Law*.

4.4.1.- ¿Qué es un *Restatement of Law*?

Un *Restatement of Law* es una síntesis de las decisiones de los tribunales norteamericanos, confeccionada y promovida por el *American Law Institute*, con el fin de servir de guía a los operadores jurídicos y a futuras decisiones judiciales, en cuanto a la forma en que la ley debiera ser aplicada. Es de destacar que no constituye un precepto legal, por ende, no tiene fuerza de ley. Como dice ALCARAZ,

⁵⁰¹ Vid. HANSSEN, M. K., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española’, en AAVV, “*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 34.

⁵⁰² Vid. HANSSEN, M. K., ‘La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española’, en AAVV, “*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*”, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 35.

⁵⁰³ Ello nos lleva a considerar que la práctica judicial norteamericana procura la obtención de una indemnización a toda costa, pues se entiende correcto y adecuado que la indemnización quede a cargo y costo de quien es considerado más solvente, esto es, del productor. Se suele denominar esta línea de pensamiento como la política del bolsillo más profundo o *deep pocket*, misma que ha posibilitado que prosperen demandas resarcitorias por daños corporales por sumas inimaginables, sin ninguna justificación posible, lo que en opinión de algunos autores, se debe lisa y llanamente a las deficiencias que resultan de un sistema de Seguridad Social poco desarrollado.

para que un *Restatement* se convierta en ley, es necesario que sea adoptado por un tribunal o por una legislatura, total o parcialmente.⁵⁰⁴

Por su parte, el *American Law Institute* es un organismo privado, con sede en St. Paul, Minnesota, creado en 1923 bajo el auspicio de la *American Association of Law Schools*. Está conformado por jueces, abogados y profesores destacados, cuyas conclusiones y recomendaciones son de peso para los Tribunales y las legislaturas estatales.

4.4.2.- La implementación del artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, de 1965.

En lo que dice relación con la responsabilidad del productor por productos defectuosos, el año 1965 PROSSER recibió el encargo de redactar el artículo 402 A del *Restatement of Torts Second* (*Restatement Second*) que, en opinión de SALVADOR *et al*, estructura "...el mapa legal de la responsabilidad civil del fabricante por defecto del producto de forma tal que coincidía con lo que en aquel entonces se consideraba con claridad suficiente el estándar de la responsabilidad objetiva, es decir, *sin culpa*."⁵⁰⁵

El texto de este artículo 402 A es el siguiente: "*Quien por oficio vende un producto en condición defectuosa de tal forma que resulta impropriadamente peligroso para el usuario o consumidor, o su propiedad, responderá de los daños corporales por él causados al usuario o consumidor final, o a su propiedad, siempre y cuando el producto está previsto a llegar y llega al consumidor o usuario sin cambio sustancial de su condición en que ha sido vendido. 2. Lo establecido en el apartado 1 se aplicará también cuando: a) El vendedor ha empleado toda la diligencia posible en la preparación y venta de su producto, y b) El usuario o consumidor ha comprado el producto ni directamente del vendedor ni ha entablado ninguna relación contractual con él.*"

Este artículo 402 A contempla 2 excepciones, a saber: (i) que se trate de productos inevitablemente peligrosos *-unavoidably unsafe products-*, es decir que sean productos que puestos en circulación en un estadio de conocimientos científicos dado, sea imposible prever en dicho momento los riesgos que importan, situación estrechamente vinculada a los llamados riesgos del desarrollo. En el fondo, se trata de productos que presentan riesgos, pero ellos no son irrazonablemente peligrosos *-unreasonably dangerous-*, sino que, simplemente no eran posibles de prever y visto el beneficio social que reportan, son posibles de comercializar sin responsabilidad para el productor; y (ii) que se hubiere cumplido con todos los

⁵⁰⁴ Vid. ALCARAZ VARO, E., Nota del traductor, en SEROUSSI, R., *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Ariel Derecho, Madrid, 1998, pág. 88

⁵⁰⁵ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*, en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, págs. 9 y 10.

deberes de advertencia exigibles, atendida la naturaleza del producto y los usos previsibles de éste, atendidos sus destinatarios.

Pues bien, de este comprensivo precepto, ha brotado la amplísima extensión que se le ha dado a la responsabilidad civil estricta por productos por parte de los tribunales norteamericanos. Las interpretaciones adoptadas por estos tribunales han ido, hasta el día de hoy, mucho más allá del tenor literal de este precepto y siempre a favor del consumidor. CORRAL puntualiza que la difundida aplicación jurisprudencial de esta disposición, configuró un panorama de responsabilidad objetiva absoluta, que ha llegado al extremo de sancionar como responsable a personas distintas del productor; o ha declarado responsabilidad aun cuando se hubiesen practicado exigentes controles de calidad a los productos que han resultado ser defectuosos; o han pasado por alto las exigencias de un buen uso del producto por parte del consumidor; o han relativizado el nexo de causalidad, reemplazando la teoría de la causa directa por una concepción probabilística de la causa; etcétera.⁵⁰⁶

Otro aspecto relevante a destacar, en lo que interesa a este trabajo, es que el *Restatement Second of Torts* acogió un concepto de defecto unitario, válido para todas las categorías de defecto, basado en el llamado *consumer expectation test* o *test* de las expectativas del consumidor.⁵⁰⁷ Criterio que fungió de modelo para la Directiva 85/374 al tiempo de definir el concepto de defecto. Sin embargo, después de algún tiempo, la jurisprudencia norteamericana se percató que su noción de defecto presentaba deficiencias, en especial en lo relativo a los defectos de diseño y de información. Por ello, se desarrolló un criterio alternativo, más próximo a la responsabilidad por culpa y basado en un análisis riesgo-utilidad⁵⁰⁸, llamado *risk utility test* (test riesgo-utilidad)⁵⁰⁹, más apropiado "...para resolver las especificidades de aquellas dos categorías de defecto...".⁵¹⁰ De hecho, el *Restatement Third* volvió a un modelo que distingue entre defectos de fabricación, de diseño y de información, cada uno de los cuales regula conforme a parámetros propios, dejando la responsabilidad objetiva para los defectos de fabricación y la

⁵⁰⁶ Vid. CORRAL TALCIANI, H., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso - Año 1996, N° XVII, pág. 289.

⁵⁰⁷ Vid. *supra* apartado 4.- La aparición de la doctrina de la *Strict Liability in Torts (Strict Liability)* del productor. 4.1.- Justificaciones de la aparición de la *Strict Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁵⁰⁸ Sobre los problemas que presenta el *test* de las expectativas del consumidor, el desarrollo del criterio de riesgo-utilidad y la evolución del Derecho norteamericano, Vid. SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 123 y ss.

⁵⁰⁹ Vid. *supra* apartado 4.- La aparición de la doctrina de la *Strict Liability in Torts (Strict Liability)* del productor. 4.1.- Justificaciones de la aparición de la *Strict Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁵¹⁰ Vid. AAVV, "La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU", en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792.

responsabilidad por culpa, en forma de análisis riesgo-utilidad, para los defectos de diseño e información.

Se dice que el legislador Comunitario conocía las insuficiencias del *test* de las expectativas del consumidor, pero en vez de seguir la última tendencia norteamericana e introducir un segundo criterio alternativo para valorar el defecto -más próximo a la culpa-, "...prefirió mantener el primero e introducir ciertos matices..."⁵¹¹, lo que le permitía mantenerse en la égida de la responsabilidad objetiva. Por ende, la valoración de las legítimas expectativas de seguridad del consumidor no se analizan desde la visión del consumidor concreto del producto, ni de un consumidor ideal, sino que "...desde un parámetro mucho más amplio basado en las expectativas del público en general..."⁵¹², debiéndose ponderar, además, "...todas las circunstancias...", como ordena el artículo 6 de la Directiva 85/374, lo que permite introducir en la valoración del defecto, todos aquellos factores, tales como el análisis riesgo-utilidad; la existencia de un diseño alternativo más seguro; el precio del producto; su presentación; sus destinatarios; etcétera. Lo que al menos teóricamente, daría suficiente flexibilidad al concepto de defecto que consagra la Directiva 85/374, como para incluir, sin problemas, los defectos de diseño y los de información, soslayando así las dificultades que estas categorías de defecto produjeron en el sistema norteamericano de la *Strict Liability* y que condujeron a la redacción del *Restatement Third*.⁵¹³

4.4.3.- Crisis del sistema de *Strict Liability* creado por el *Restatement of Torts Second*.

Cabe comentar que el sistema de responsabilidad estricto instaurado por el *Restatement Second*, hizo crisis a raíz de 2 decisiones que causaron conmoción. Se trata de los casos *Feldman vs. Lederle Lab.*⁵¹⁴ y *Brown vs. Superior Court*⁵¹⁵, en los cuales se bendijo la doctrina de que era ilógico hacer responder al productor por daños que no era posible prever. De este modo, la exigencia de previsibilidad -*foreseeability*- en ciertos casos, se introdujo como un requisito necesario para que procediera la responsabilidad por productos defectuosos por parte de alguna jurisprudencia y doctrina, discusión que generó la modificación del *Restatement Second* y la subsecuente aparición del *Restatement Third*.

4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*.

⁵¹¹ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792.

⁵¹² Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792.

⁵¹³ Vid. *infra* apartado 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*/ Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁵¹⁴ Vid. *Feldman vs. Lederle Lab.*, 479 A. 2d 374 (N.J. 1984).

⁵¹⁵ Vid. *Brown vs. Superior Court*, 751, P. 2d 470 (Cal. 1988).

En respuesta a la discusión que generó la exigencia de los tribunales norteamericanos de la concurrencia de culpa en la forma de previsibilidad del daño (*foreseeability*), en algunos casos de daños causados por productos defectuosos, en mayo de 1997 se publicó el *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*⁵¹⁶ (*Restatement Third*), introduciendo una serie de reformas al artículo 402 A ya comentado y a las Secciones relacionadas del *Restatement Second*.

Por lo pronto, este nuevo *Restatement Third* inaugura la distinción entre: (i) productos especiales o de mercado: medicamentos éticos (los que requieren de receta médica), aparatos o dispositivos médicos⁵¹⁷, comida, partes componentes y productos usados; y, (ii) productos no especiales o productos en general: esto es, todos los demás. A estos últimos, les declara aplicable lo dispuesto en las Secciones 1 y 2; y a los primeros, les dedica 2 Secciones: La Sección 6, relativa a *New Design and Warnings Standards for Prescription Products* y la Sección 10, que se denomina *Post-Sale Duty to Warn*.

En cuanto a la tipología de defectos que consagra este *Restatement Third*, ella es la siguiente: (i) Defectos de fabricación en sentido estricto; (ii) Defectos de diseño; y, (iii) Defectos de instrucciones o advertencias.⁵¹⁸ En este sentido, el *Restatement Third* incorpora concretamente los defectos de diseño y los defectos de información o advertencias, que el *Restatement Second* sólo mencionaba, pues su foco fueron los defectos de producción. En efecto, el *Restatement Third*, para determinadas categorías de defectos, abandonó el *test* basado en las expectativas del consumidor y, dejándose guiar por las opiniones de WADE⁵¹⁹, propone como alternativa una ponderación riesgo-utilidad (*risk utility test*), dirigida a establecer si, evaluando los riesgos y beneficios del producto que conoció o debieron serle conocidos en el momento de su puesta en circulación, el productor hubiera debido o no adoptar la decisión de introducirlo en el mercado.⁵²⁰

516 Vid. WAGNER, M. J., PETERSON, L. L., "The New Restatement (Third) of Torts -Schelter From the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufacturers", en Food and Drug Law Journal, 1998, vol. 53, 1998, págs. 225 y ss.; OWEN, D., "Products Liability Law Restated", South Carolina Law Review, vol. 49, 1998, págs. 273 y ss.; DREIER, W.A., "Manufacturer's Liability for Drugs and Medical Devices Under the Restatement (Third) of Torts: Products Liability", en Seton Hall Law Review, vol. 30, 1999, págs. 258 y ss.; H. L., KAPLAN, SAYLER, S. W., THOMAS, S. M., "Third Restatement: New Prescription for Makers of Drugs and Medical Devices; Third Restatement of Torts Draft", en 61 DEF. COUNS. J. 64, 1994.

517 Como se ve, este *Restatement* dedica normas especiales para los fármacos, que ya eran objeto de un importante debate académico y jurisprudencial.

518 Vid. WAGNER, M. J., PETERSON, L. L., "The New Restatement (Third) of Torts -Schelter From the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufacturers", en Food and Drug Law Journal, vol. 53, 1998, pág. 241.

519 Vid. WADE, J. W., "On the Nature of Strict Tort Liability for Products", en 44 Mississippi Law Journal, 1973, págs. 825 y ss.

520 Vid. MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 118.

Es menester aclarar que el *test* de las expectativas del consumidor no se desestima globalmente, sino que se mantiene para una única categoría de defectos: los defectos de fabricación del producto, llamados *manufacturing defects*, mientras que tratándose de defectos de diseño o *design defects* y los de información o advertencias sobre el uso y los riesgos del producto o *warning defects*, el parámetro de seguridad del producto habrá de ser el *test* riesgo-utilidad (*risk utility test*).

Con todo, un propósito fundamental de este *Restatement Third*, es abordar y clarificar las difusas fronteras entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por culpa. Por ello, mantiene la responsabilidad objetiva para los defectos de fabricación, "*...tan arduamente conseguido en los años sesenta...*".⁵²¹ Y, sin embargo, para los defectos de diseño y los de información (incluida la falta de adecuadas instrucciones), opta por restaurar un sistema de responsabilidad por culpa. En síntesis, el *Restatement Third* contempla 2 sistemas de responsabilidad: (i) Para los defectos de producción o fabricación, la responsabilidad es objetiva, dando aplicación a la *Strict Liability*; (ii) Para los defectos de diseño y de instrucciones o advertencias, la responsabilidad es más bien subjetiva, pues debe haber un comportamiento negligente o culposo por parte del productor o vendedor, centrado en la previsibilidad *-foreseeability-* y en la razonabilidad *-reasonableness-* de las decisiones empresariales.

Así, para los casos de defectos de producción -Subsección 6 a) y por remisión, la Sección 2 a)-, se introduce un régimen de responsabilidad objetiva; y para el caso de defectos de diseño o de instrucciones o advertencias para productos en general -Subsecciones b) y c) de la Sección 2- y para fármacos y servicios sanitarios -Subsecciones c) y d) de la Sección 6-, se implanta un inequívoco elemento de subjetividad, que ha de concurrir en estos dos últimos supuestos para poder establecer la responsabilidad del productor. Esta negligencia del productor, en caso de defectos de diseño, se traduce en la exigencia de un *reasonable alternative design* para los productos en general y, para los remedios, las exigencias son de razonabilidad *-reasonable-* y previsibilidad *-foreseeable-*. En el caso de instrucciones o advertencias defectuosas, se exige la *provision of reasonable instructions or warnings*, lo que también refleja la necesidad de un elemento culpable, al decir de WETHEIMER.⁵²²

En el caso de los productos sanitarios, particularmente, los medicamentos que requieren receta médica para su venta, el *Restatement Third 6 c)*, aplica el llamado

⁵²¹ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 137.

⁵²² Respecto de la evolución en estos casos hacia la concurrencia de reproche -culpa-, como requisito de la responsabilidad, Vid. WETHEIMER, E., "*Unknowable Dangers and the Death of Strict Products Liability: The Empire Strikes Back*", Univ. Cin. Legal Review, vol. 60, 1992, págs. 1183 y ss.

*net benefit test*⁵²³, de lo que se sigue que ni siquiera llegando a demostrarse la existencia de un posible diseño alternativo más seguro y accesible al productor, tiene el producto sanitario que ser considerado necesariamente inseguro, pues su utilidad puede ser de tal calibre, que ha de prevalecer el interés público en que determinados medicamentos sigan siendo comercializados y, más aún, que lo sean sin el coste añadido de experimentaciones adicionales y nuevas verificaciones acerca de sus posibles riesgos. En todo caso, este *test* ya estaba sancionado por un precedente judicial anterior, del Tribunal Supremo de California, en el caso *Brown vs. Superior Court of the City and County of San Francisco*, del 31 de marzo de 1988.⁵²⁴

Otra cosa que hace el nuevo *Restatement Third*, es introducir normas sobre advertencias después de la venta del producto; esto es, para el período de post-venta. La Sección 10 regula esta situación, entendiéndose que aquella es exigible cuando: (i) la existencia de un riesgo sustancial para las personas o sus bienes es conocida o posible de conocer; (ii) los afectados pueden ser identificados; (iii) la advertencia puede ser practicada; y, (iv) el riesgo de daño es de tal entidad, que justifica el deber de advertir en forma posterior a su venta. Esta regulación informativa post-venta, es el corolario de una doctrina que venía siendo aplicada por los tribunales norteamericanos, que imponían a los productores la prolongación de su deber de informar, conforme a los progresos y descubrimientos científicos que, sobre los riesgos de los productos elaborados puestos en circulación, pudieran detectarse con posterioridad a su venta, sea por su propia investigación y desarrollo, sea por publicaciones científicas u otros medios de notoriedad pública.⁵²⁵

Por último y con un afán controversial, es de rescatar la opinión de MARCO acerca de este *Restatement Third*, pues según ella, cobija una tendencia judicial pro-empresario, "...porque atribuye al uso o práctica industrial el valor de indicio relevante a la hora de establecer cuál era el estado o nivel de la técnica imperante en

⁵²³ Vid. CONK, G., "Is there a design defect in the Restatement (Third) of torts: Products Liability?", en 109 Yale Law Journal, 2000, pág. 1112.

⁵²⁴ Vid. 751 Pacific Reporter, Second Series.

⁵²⁵ Esta exigencia de información post-venta toma especial relevancia en materia de fármacos, pues la historia está plagada de casos de drogas que, tiempo después de haber sido introducidas al mercado, con todas las autorizaciones sanitarias de rigor, muestran efectos colaterales no considerados ni advertidos, que lesionan o matan a sus consumidores. De ahí la importancia de la fármaco-vigilancia, de los *recall* y otras medidas similares -entre ellas las de advertir e informar- que protegen la vida y la salud de la población expuesta a ese daño. Verbigracia, en los casos *Wooderson vs. Ortho Pharm. Corp.*, 681 P. 2d 1038, 1050-51 (Kan. 1984); *Schenebeck vs. Sterling Drug Inc.*, 423 F. 2d 919, 922 (8th Cir. 1970); y *Baker vs. St. Agnes Hosp.*, 421 N.Y.S. 2d 81, 85 (1979), precisamente se discutió sobre la obligación de informar del productor de drogas al cuerpo médico, aun cuando el producto había salido de su esfera de control. Este deber reconoce algunas excepciones, que no están exentas de debate, como son: (i) la existencia de un intermediario experto -el médico que prescribe la recta en este caso-, lo que releva al productor de este deber de información post-venta; (ii) si la FDA exige que se informe directamente al público; (iii) si el productor ha hecho promoción e informado directamente al público acerca del fármaco.

*el momento de introducción en el mercado del producto inseguro..."*⁵²⁶ y *"...porque considera que la adopción de un diseño alternativo más seguro sólo es exigible al empresario, siempre y cuando pueda ser obtenido a un coste razonable...,"*⁵²⁷ de modo que si no es así, se puede excusar de responsabilidad, volviendo a recaer los riesgos del defecto de un producto sobre sus consumidores o usuarios, conllevando este método una desmesurada desprotección de la víctima y un evidente favorecimiento a la industria. Como contrapunto a este aserto, no está de más recordar las palabras de SCHWARTZ, para quien *"...el coste relevante a efectos de un análisis coste-beneficios sólo será fiable en tanto considere los costes sociales de los accidentes y no los individuales de una víctima determinada..."*.⁵²⁸

5.- Síntesis de las vías de acción judicial disponibles para un consumidor norteamericano, víctima de un daño causado por un producto defectuoso.

En la actualidad, en Los Estados Unidos de Norteamérica, un consumidor dañado podría reclamar su indemnización contra el productor del producto defectuoso o contra el distribuidor o proveedor del mismo, sustentando su demanda en alguna de estas 3 acciones: *negligence, warranties o product liability*, que pueden invocarse conjunta o indistintamente, aunque -adelantamos- la *Product Liability* es el remedio más simple para lograr la condena resarcitoria, pues sólo requiere que el producto sea defectuoso, que el defecto haya existido cuando el producto sale del control del productor y que sea la causa del daño.

5.1.- Negligence o Negligencia.

Esta tesis se remonta al caso *Thomas versus Winchester*⁵²⁹, aunque su aplicación generalizada comenzó con el caso *MacPherson vs. Buick Co.*⁵³⁰ y postula que el productor es responsable por el daño causado por el uso lícito de un producto, en la forma y con el fin para el cual fue fabricado, siempre y cuando el productor no haya ejercido el cuidado razonable en la fabricación del producto, el cual debe considerarse como fuente de riesgo de daño innecesario si no ha sido producido cuidadosamente.

Por ende, se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, en que debe acreditarse una conducta negligente o culposa del productor. En síntesis, el demandante debe probar: (i) que el demandado no ha obrado en forma prudente, esto es, de la forma en que lo habría hecho una persona razonable, en el curso

⁵²⁶ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 139.

⁵²⁷ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 139.

⁵²⁸ Vid. SCHWARTZ, G. T., *"The myth of the Ford Pinto case"*, en 43 Rutgers Law Review, 1991, pág. 1067; SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 142.

⁵²⁹ Vid. *Thomas vs. Winchester*, 6 N.Y. 397 (1852).

⁵³⁰ Vid. *supra*, apartado 4.3.2.- Sistema de responsabilidad basado en la *negligence* o culpa del productor / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

normal de los acontecimientos⁵³¹; (ii) que existe un nexo causal entre la actuación negligente de quien origina el daño y el daño causado; y, (iii) que efectivamente se haya producido un daño a un consumidor o usuario, a cuya reparación está obligado quien lo ha originado, al probársele que obró con negligencia.

5.2.- Warranties o Garantías.

Esta situación se refiere al incumplimiento de garantías contractuales, sean expresas o implícitas, también denominadas sobreentendidas, y que debe ofrecer todo producto que se introduce en el mercado para su venta.

Este remedio se aplica cuando el daño es causado por un producto que no cumple con las descripciones expresas o implícitas hechas por el productor o por el proveedor. En numerosas ocasiones, ellas se alegan en forma alternativa a la de *negligence*. Por ejemplo, en el caso *Henningsen*⁵³², ya visitado, se demandó a la compañía *Chrysler* y también a su distribuidor *Bloomfield*, alegándose la responsabilidad de ambos demandados por negligencia e incumplimiento de las garantías implícitas que debían acompañar al contrato de venta.

5.3.- Product Liability.

5.3.1.- Ámbito de aplicación.

Como vimos, este régimen opera por el mero hecho de introducir en el mercado un producto defectuoso o, como dice VIGURI, por poner en circulación un producto “...cuya utilización pueda comportar un cierto grado de peligrosidad o riesgo para el consumidor o usuario que adquiere tal producto...”⁵³³, caso en el cual, el productor puede ser declarado responsable de los daños ocasionados o derivados del mismo.

5.3.2.- Exigencias para la aplicación de la Product Liability.

Aunque probablemente ya se han identificado los requisitos para dar aplicación a éste régimen en los apartados precedentes, conviene ordenarlos para efectos de su sistematización.

5.3.2.1.- El producto debe ser defectuoso e irracionalmente peligroso.

La mayoría de las jurisdicciones norteamericanas exigen que el producto sea defectuoso e irracionalmente peligroso. Es decir, no basta que el producto tenga un defecto, pues se requiere que sea más peligroso que lo que un consumidor normal pudiera esperar, en base al conocimiento común.

⁵³¹ Es de anotar que este estándar es invocado tanto por la jurisprudencia norteamericana, como por la inglesa.

⁵³² Vid. *supra*, apartado 4.3.3.1.2.- *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁵³³ Vid. VIGURI PEREA, A., “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano”, Comares, Granada, 1995, pág. 204.

5.3.2.2.- El defecto del producto no cambia al ingresar al mercado.

Asimismo, se exige que el producto defectuoso llegue al consumidor sin haber sufrido algún cambio sustancial en la condición en que fue vendido. Es decir, el defecto, tal cual existía al tiempo de salir de manos o del control de su productor, es el mismo que causa el daño al usuario o consumidor de éste.⁵³⁴

5.3.2.3.- El demandado es un productor o vendedor habitual.

El demandado debe estar en el negocio de fabricar o vender productos, pues ésta disciplina no se aplica a ventas aisladas o esporádicas, o no profesionales.

5.3.3.- Sujetos responsables según la *Product Liability*.

Como en la *Product Liability* el foco es la condición del producto y no la negligencia de su productor, se puede considerar responsable a cualquier partícipe de la cadena de valor del producto, independientemente de que su conducta haya sido razonable o no.⁵³⁵

5.3.4.- Imposibilidad de limitar la *Product Liability* o exonerarse de ella.

Como se trata de una responsabilidad legal y no contractual, el vendedor no puede limitarla ni eximirse de responsabilidad mediante cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, cláusulas de renuncia de derechos y acciones, avisos, *warnings clauses* u otros medios semejantes.

5.3.5.- Casos en que no resulta aplicable la *Product Liability*.

No está demás señalar que no cabe aplicar la *Product Liability*, si el daño al consumidor o usuario no es causado por un defecto del producto, por ser éste inexistente o bien, porque habiendo un defecto, él no causa el daño.

Tampoco aplica si el daño es causado por el mal uso del producto y no por su defecto.

5.3.6.- Síntesis de los medios de defensa frente a una acción de *Product Liability*.

Hasta la fecha, los productores y proveedores que han enfrentado demandas por responsabilidad por productos, han intentado defenderse a través de alguna de las vías que, sucintamente y sólo con fines ilustrativos, presentamos a continuación.

5.3.6.1.- Asunción del riesgo por parte del demandante.

Esta es una alegación del demandado en que sustenta y debe probar, que el demandante asumió un riesgo conocido, de manera voluntaria e irracional. Nótese

⁵³⁴ Vid. OWLES, D., "The development of Product Liability for the General Practitioner", Shepard's / McGraw-Hill, Colorado Springs, 1981, págs. 41 y 42.

⁵³⁵ Vid. WEINSTEIN, A. S., "Product Liability and Reasonably Safe Product: a guide for management design, and marketing", John Wiley & Sons, Inc., New York, 1978, pág. 20.

que no basta probar que una persona razonable habría descubierto el riesgo, sino que realmente lo descubrió, esto es, lo apreció y consideró antes de resultar dañado y pese a ello, asumió ese riesgo, irracionalmente.⁵³⁶

5.3.6.2.- *Contributory Negligence* del demandante.

Esta defensa alude, en términos gruesos, a un uso negligente del producto, que es lo que ha facilitado la materialización del daño, cuestión de hecho difícil de establecer y, obviamente, distinta a la excepción de asunción del riesgo por parte de la víctima.

Es difícil pensar que prospere una defensa como ésta, pues supone alguna conducta debida u obligada del consumidor o usuario que, trasgredida, ayuda a la producción del daño. Pero como el defecto le es desconocido, es complejo pensar que pueda ser acogida por un tribunal.

5.3.6.3.- *Misuse* del producto por parte del demandante.

En este caso, la defensa postula que el demandante ha hecho un uso indebido o incorrecto del producto, razonablemente no previsto por el productor, sin el cual, causalmente hablando, el daño no se habría producido, independientemente del defecto del producto.

5.3.6.4.- *State of the Art* o Estado del Arte.

Esta defensa se estructura en la alegación y prueba por parte del demandado, consistente en que cumplió con todos los estándares y exigencias de la industria de la que forma parte, al fabricar el producto que causó el daño.

5.3.6.5.- Cumplimiento de la legislación y regulaciones administrativas aplicables.

Esta defensa se estructura en la alegación del demandado de haber dado íntegro cumplimiento a la legislación y regulaciones administrativas que se aplican a su proceso fabril y comercial, argumentaciones que, en determinados casos, pueden ser de mucho peso y consistencia.

Piénsese en determinados procesos productivos en que la ley o regulaciones administrativas específicas, indican al productor cómo proceder, de qué forma fabricar, qué reglas técnicas respetar, etcétera. A todas luces, como bien expresa CLARK, la alegación de estar actuando legítima y legalmente es difícil de ser desoída por un tribunal⁵³⁷, pues, de algún modo, el productor le está diciendo al juzgador que ha sido el propio Estado, del que el juez forma parte, el que lo ha autorizado para desarrollar y explotar su actividad económica, en base a una serie

⁵³⁶ Vid. WEINSTEIN, A. S., "*Product Liability and Reasonably Safe Product: a guide for management design, and marketing*", John Wiley & Sons, Inc., New York, 1978, pág. 20.

⁵³⁷ Vid. CLARK, A. M., "*Product Liability*", Sweet & Maxwell, London, 1989, pág.157.

de normas legales y reglamentarias que, en cuanto respetadas por él, hacen impensable calificar su conducta como antijurídica y, por ende, hacerlo responsable de algún daño.

5.3.6.6.- Cláusulas de Exclusión de Responsabilidad.

Según el comentario M a la Sección 402 del *Restatement Second of Torts*, este tipo de cláusulas no tienen validez alguna en casos de responsabilidad estricta. Vale decir, la acción resarcitoria del consumidor no se ve afectada ni perdida por ninguna cláusula de exclusión o de exoneración de responsabilidad, ni por ningún otro acuerdo semejante, concluye WEINSTEIN.⁵³⁸

Entendemos que las cláusulas limitativas de responsabilidad, tampoco son aceptables en este ámbito.

6.- Extensión de los perjuicios que concede la jurisprudencia norteamericana en el caso de daños causados por productos defectuosos.

6.1.- Daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Respecto de los daños que la jurisprudencia norteamericana concede en los casos de perjuicios ocasionados por productos defectuosos, se pueden mencionar los *personal injuries* o lesiones, así como gastos médicos, incapacidades permanentes, deformidades y el daño moral, entiende MADDEN.⁵³⁹ También se indemnizan los *property damages*, que son los daños a productos distintos al producto defectuoso y los *economics loss*, que procuran recuperar la pérdida de beneficios del negocio, los que pueden traducirse en las cantidades que el demandante haya debido pagar y, finalmente, los *consequential damages*, esto es, pérdida de ganancias o pérdida de uso del producto. Adicionalmente, en algunos casos, se han dado daños punitivos o *punitive and exemplary damages*.

Un aspecto que llama la atención, es la disposición a otorgar daños extrapatrimoniales, es decir, daños psíquicos o morales que, en su expresión más clásica, se conocen como *pretium doloris*. Por lo que el abanico de perjuicios indemnizables puede comprender todos los daños que provengan del dolor causado al reclamante por el defecto de un determinado producto, en extremos de vasto alcance. Así, a título meramente ilustrativo, podemos mencionar algunos ítems que han resultado indemnizados en este contexto, tales como: (i) indemnización por la pérdida de compañía; (ii) indemnización por la pérdida de libido; (iii) indemnización por reducción de las posibilidades de contraer matrimonio; (iv) indemnización por la pérdida de la posibilidad de ser padre; (v) indemnización por la pérdida de disfrutar de la vida; (vi) etcétera.

⁵³⁸ Vid. WEINSTEIN, A. S., "*Product Liability and Reasonably Safe Product: a guide for management design, and marketing*", John Wiley & Sons, Inc., New York, 1978, pág. 70.

⁵³⁹ Vid. MADDEN, S., *et al*, "*Products Liability*", 2ª. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988, págs. 307 y 308.

6.2.- Daños punitivos o *punitive and exemplary damages*.

6.2.1.- Concepto.

Capítulo aparte merecen los daños punitivos o *punitive and exemplary damages*⁵⁴⁰, pues de ser aplicados extensivamente, pudiesen ocasionar impensadas consecuencias económicas para las empresas responsables, como la insolvencia o la quiebra. Estos daños punitivos son totalmente compatibles con otras indemnizaciones a que hubiese lugar. Por lo demás, su importe suele ser muy alto, superando, por mucho, el valor de las restantes indemnizaciones. Como dice HANSEN: "...*Han sido precisamente los daños punitivos los que han desatado la mayor polémica en materia de remedios de estos últimos tiempos (aunque hayan formado parte del Derecho común durante más de dos siglos), sobre todo a partir de los años ochenta,...*".⁵⁴¹

Ellos se originaron al constatarse que regularmente en los casos de daños, se encontraba presente la violación de ciertas obligaciones contractuales, mediante conductas absolutamente contrarias a la buena fe, además del incumplimiento considerado en sí mismo, ocasionando a la víctima un daño moral o material que quedaba más allá de la órbita contractual, el cual podía ser determinado por un jurado. Se trata, según COCCIA, de casos en que los actos del demandado son particularmente maliciosos o seriamente reprochables.⁵⁴² PIZARRO, con similar parecer, los define como "...*aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.*"⁵⁴³ En los casos en que se han invocado, suele exigirse una actuar doloso del demandado, no bastando la mera negligencia para conceder daños punitivos. Por así decirlo, deben concurrir circunstancias especialmente agravantes en la conducta del agente del daño, tales como la temeridad, malicia, mala fe, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable, grave o grosera negligencia, según los calificativos más usados por la jurisprudencia.⁵⁴⁴ De hecho, nos recuerda ALTERINI que la ley modelo norteamericana sobre responsabilidad uniforme por productos de 1979, autoriza la aplicación de *punitive damages*, cuando se acredita que media de parte

⁵⁴⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, P., "Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (*Punitive Damages*), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras", en InDret, Working Paper nº 135, Barcelona, abril, 2003; "COOPER INDUSTRIES, INC. v. LEATHERMAN TOOL GROUP, INC.", en InDret, nº 99-2035, daños punitivos, Barcelona, julio, 2001; TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 101.

⁵⁴¹ Vid. HANSEN, M. K., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 100.

⁵⁴² Vid. COCCIA, M., et al, "Product Liability; Trends and Implications", American Management Association, New York, 1970, pág. 47.

⁵⁴³ Vid. PIZARRO, D., 'Daños punitivos', en "Derecho de daños, segunda parte, homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas", La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 291.

⁵⁴⁴ Vid. PIZARRO, D., 'Daños punitivos', en "Derecho de daños, segunda parte, homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas", La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 295.

del vendedor del producto "...una temeraria desconsideración de la seguridad de los usuarios consumidores o terceros."⁵⁴⁵ Por ello, y como acertadamente señala HANSEN, en ellos subyace el intento de "...penalizar civilmente una negligencia temeraria por parte del responsable, relacionada con la peligrosidad impropia del producto...".⁵⁴⁶ Más ampliamente, indica VIGURI que "...el objetivo final de los daños punitivos, que en ciertos casos se suman a las indemnizaciones compensatorias, compensatory damages, es no solamente el de punir al demandado, sino el de evitar similares actuaciones en el futuro...".⁵⁴⁷

Esta doctrina tuvo una fuerte acogida en el Derecho anglosajón, a partir del fallo de la *House of Lords* de 1964, en la cuestión *Rookes vs. Barnard*⁵⁴⁸, cuya doctrina fue receptada más tarde en el asunto *Cassel & Co. vs. Broome*, en el año 1972⁵⁴⁹, que redujo la aplicación de los daños punitivos a tres hipótesis centrales: (i) cuando mediaren comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno; (ii) cuando el demandado hubiere intentado de manera premeditada obtener provecho con su accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones; y (iii) cuando la punición estuviere expresamente prevista por disposiciones estatutarias.⁵⁵⁰

Conviene aclarar que los daños punitivos no son un tema específico de la *Strict Liability*, sino más bien de la responsabilidad civil por culpa, ya que existe la necesidad de mostrar y probar por parte de la víctima, una culpa grave del responsable o agente del daño, pero nos parece que igualmente es pertinente mencionarlos, por la amplia aplicación que se les ha dado en Norteamérica en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos, sobre todo a partir del criterio asentado en el fallo de la Corte Suprema en el caso *Brownig Ferris vs. Kelko Disposal*, de 1989, como nos recuerda PIZARRO.⁵⁵¹

Su postulado central es que, si bien la indemnización de perjuicios es la compensación de la víctima, la finalidad que persigue la punición es castigar al dañador y desterrar conductas semejantes para el futuro, teniendo presente que su

⁵⁴⁵ Vid. ALTERINI, A. A., "Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 24.

⁵⁴⁶ Vid. HANSEN, M. K., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 37.

⁵⁴⁷ Vid. VIGURI PEREA, A., "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano", Comares, Granada, 1995, pág. 101.

⁵⁴⁸ No obstante esto, el primer caso relevante en que se concedieron daños punitivos se remonta al año 1763, en el asunto *Huckle vs. Money*, en el cual se juzgó un caso de abuso de poder público contra un viajero, condenándose al Estado a pagar, además del perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, una suma adicional a título *exemplary damages*, con el objeto de destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares. Vid. NAVIA, F., "Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 97.

⁵⁴⁹ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 101.

⁵⁵⁰ Vid. BUITRAGO, J., "El daño punitivo en la responsabilidad civil", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 33.

⁵⁵¹ Vid. PIZARRO, D., 'Daños punitivos', en "Derecho de daños, segunda parte, homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas", La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 325.

aplicación debía circunscribirse a 3 supuestos: (i) si se trata de comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno; (ii) si el demandado hubiere intentado, premeditadamente, obtener provecho con su accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones; y, (iii) si la punición estuviera expresamente prevista por disposiciones legales o estatutarias.

Con todo, han surgido voces clamando por la eliminación de los daños punitivos en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, estimando que perjudican gravemente la economía norteamericana, al extremo, que algunos Estados han declinado su aplicación.⁵⁵² Algunos de los argumentos esbozados con tal fin, se sustentan en un análisis económico del Derecho⁵⁵³; afirmando TALLONE que *"...los resultados de su aplicación han terminado siendo socialmente disvaliosos, al encarecer los numerosos productos y servicios, tales como prestaciones médicas, en la que la incidencia del seguro es enorme."*⁵⁵⁴

6.2.2.- Algunos casos de condenas a daños punitivos en materia de productos defectuosos.

Existen casos señeros en materia de daños punitivos, de los que sólo mencionaremos 2, a saber: (i) El caso *del Ford Pinto*; y, (ii) El caso *Boise Dodge Inc. vs. Clark*.

6.2.2.1.- El caso *del Ford Pinto*.⁵⁵⁵

Este es uno de los casos más mencionados en la literatura especializada.⁵⁵⁶ En él, el jurado fijó daños punitivos por US\$125.000.000.- en base a las siguientes razones: un muchacho de 15 años aproximadamente, estando sentado en el asiento trasero de un Ford modelo Pinto, resultó gravemente herido cuando, a causa de una colisión, explotó el depósito de gasolina del vehículo que se encontraba instalado cerca del asiento trasero. Las pruebas aportadas por los abogados de la víctima, demostraron que Ford sabía que el depósito de gasolina tenía una tendencia a explotar en caso de colisión. Sin embargo, no se tomaron las medidas necesarias para hacer el depósito más seguro, atendidos los altos costos involucrados. Este actuar fue considerado temerario, poniendo en peligro la seguridad de los consumidores. Se estimó que esta situación requería imponer un ejemplar castigo, a fin de desincentivar conductas como esa, por la vía de una sanción civil sustancialmente superior a los gastos ahorrados.⁵⁵⁷

⁵⁵² Verbigracia, Louisiana, Nebraska, Washington y Massachusetts.

⁵⁵³ Vid. *supra*, apartado 3.3.5.2.2.2.10.- Tesis del Análisis Económico del Derecho / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

⁵⁵⁴ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 103.

⁵⁵⁵ Vid. *Grimshaw vs. Ford Motor Company*, 119 Cal App 3d. 757 (1981).

⁵⁵⁶ Vid. SCHWARTZ, G. T., *"The myth of the Ford Pinto case"*, en 43 Rutgers Law Review, 1991.

⁵⁵⁷ Se estimó que Ford se habría ahorrado alrededor de US\$100.000.000.- al no reparar el defecto en cuestión. De ahí que, ejemplarmente, se le condenase a pagar US\$125.000.000.-

6.2.2.2.- El caso *Boise Dodge Inc. vs. Clark*.⁵⁵⁸

Este es otro ejemplo paradigmático. En él, el jurado estableció que el incumplimiento de un contrato, unido al fraude del que había sido víctima el comprador, consistente en la alteración del odómetro por parte del vendedor, daba lugar al otorgamiento de daños punitivos, además de los daños efectivos.

6.2.3.- Situación actual de los daños punitivos.

La situación actual de los daños punitivos en el sistema de *Product Liability* ha llegado a extremos inimaginables, por la cuantía de las indemnizaciones que han logrado los perjudicados. Se suelen comentar los casos de los productores norteamericanos de amianto, *Manville Corporation* y *UNR* y la firma inglesa *Turner and Newall*, que llevó a las 2 primeras a declararse en quiebra en el año 1982, a fin de no tener que pagar los millones de dólares que debían abonar por concepto de reclamaciones por daños a la salud causados por el amianto. La industria tabacalera, algunas automotrices, las de asbesto, algunas farmacéuticas, etcétera, han debido afrontar esta clase de indemnizaciones de castigo con distinta suerte. Desde luego, es dable pensar que esta exacerbación resarcitoria conlleva un riesgo, no desdeñable, de llegar a desestabilizar, sino dejar en la bancarrota, a las industrias comprometidas en situaciones que meriten daños punitivos, las que ni siquiera a través de seguros adecuados pueden estar preparadas para afrontar esta clase de indemnizaciones. Sin embargo, indiscutiblemente son una realidad en la experiencia jurídica norteamericana y no se divisan razones para que desaparezcan. De hecho, VIGURI recalca que si bien se ha discutido muchísimo acerca de la constitucionalidad de los daños punitivos, la verdad es que "*...se ha alcanzado la solución de que no debe ponerse en tela de juicio, en lo sucesivo, su carácter absolutamente constitucional, dentro del organigrama legal estadounidense...*".⁵⁵⁹ Así se colige, por ejemplo, de lo resuelto en los casos *Browning-Ferries Industries of Vermont, Inc. versus Kelco Disposal, Inc.*⁵⁶⁰; y *TXO Production Corp. versus Alliance Resources Inc.*⁵⁶¹

7.- La influencia de la *Strict Liability* en la Directiva 85/374.

Aunque en Europa habían ejemplos de responsabilidad objetiva en el ámbito del Derecho de daños, la regulación consagrada en la Directiva 85/374, de corte objetiva, se inspira claramente en los desarrollos jurisprudenciales norteamericanos y, en particular, en el *Restatement Second*, "*...con el que en buena medida entroncan los trabajos preparatorios y los proyectos de Directiva y, finalmente, los citados artículos 1 de la Directiva de 1985 y de la Ley 22/1994...*",

⁵⁵⁸ Vid. *Boise Dodge Inc. vs. Clark*, 453 P.2d 551 (Id 1969).

⁵⁵⁹ Vid. VIGURI PEREA, A., "*La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano*", Comares, Granada, 1995, págs. 101 y 102.

⁵⁶⁰ Vid. 109 S. Ct. 2909, 106 L. Ed. 2d. 219 (1989).

⁵⁶¹ Vid. 61 United States Law Week 4766 (June 22, 1993).

concluyen SALVADOR *et al.*⁵⁶² En palabras de MARCO, la implementación europea de un sistema de responsabilidad independiente de toda culpa o negligencia del productor de productos defectuosos, "*...hubiese sido casi inconcebible sin el acicate o impulso norteamericano...*"⁵⁶³, lo que ha justificado, a nuestro entender, su estudio en esta apretada síntesis.

⁵⁶² Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "*Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*", en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 10; FLEMING, J. G., "*Draft Convention on Products Liability*", en 23 American Journal of Comparative Law, 1975, págs. 729 y ss.

⁵⁶³ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 38.

PARTE II

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS INSTAURADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR.

CAPITULO VI

EL DERECHO COMUNITARIO.

SUMARIO: 1.- LAS DIRECTIVAS COMO EXPRESION NORMATIVA DEL DERECHO COMUNITARIO. 2.- ADOPCION DE UNA DIRECTIVA COMUNITARIA POR LA LEGISLACION NACIONAL DE UN ESTADO MIEMBRO DE LA UE. 3.- LA PRIMACIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LOS DERECHOS INTERNOS O DOMESTICOS EN LA UE. POSIBILIDAD DE APLICACION DIRECTA DE UNA DIRECTIVA, SIN ESPERAR A LA NORMA DE ADECUACION O TRASPOSICION.

1.- Las Directivas como expresión normativa del Derecho Comunitario.

Como se sabe, el tratado constitutivo de la Unión Europea (TCEE), celebrado en Roma el 25 de Marzo de 1957, también conocido como Tratado de Roma, en su artículo 100 permite al Consejo de las Comunidades Europeas, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptar Directivas con el objetivo de aproximar las diferentes normativas de los Estados miembros de la UE.

La adopción de una Directiva por parte del Consejo, debe enmarcarse dentro de un procedimiento normativo complejo, de permanente debate, a fin de lograr el consenso de los diferentes Estados miembros de la UE. Es por ello que una Directiva se define, al decir de HIDALGO y de OLAYA, como *"...aquel acto jurídico dictado por el Consejo de las Comunidades Europeas, a propuesta de la Comisión, previo informe del Parlamento y del Comité Económico y Social."*⁵⁶⁴

El objetivo de una Directiva es lograr la homogeneidad en la legislación de los Estados miembros, con un afán unificador, limitándose a señalarles los objetivos o parámetros que libremente deben ser alcanzados sobre la base del acto normativo en cuestión. Los destinatarios de ella, son los Estados miembros de la UE, constituyendo Fuentes Formales del Derecho⁵⁶⁵, caso en el cual, tendrán efecto vinculante para la ciudadanos Comunitarios en forma directa, sin esperar una ley o Decreto de adecuación o trasposición.

El párrafo 3 del artículo 189 del TCEE, dispone que *"...la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios."* Por ende, frente a una Directiva, los Estados miembros tienen una serie de obligaciones que cumplir, entre ellas, la de adoptar las medidas necesarias para que el resultado perseguido por el texto Comunitario se materialice dentro del plazo que se defina al efecto en la misma Directriz. En este contexto, el desarrollo particularizado de la Directiva queda reservado al derecho nacional de cada Estado miembro, que elegirá libremente como implementarla en conformidad al desarrollo programático que la misma Directiva instaure. Al respecto, LASARTE opina que las Directivas se dirigen a los Estados miembros, *"...a los que marca una obligación de resultado..."*, agregando que usualmente plantean problemas de aplicación, pues *"...en ocasiones su contenido es muy detallado y deja poco margen discrecional para su aplicación a los Estados miembros. Éstos, en principio, son libres*

⁵⁶⁴ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M. *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 34.

⁵⁶⁵ Según SQUELLA, Fuente Formal del Derecho se define como *"...los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normativos donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentran calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creados."* Vid. SQUELLA NARDUCCI, A., *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 2215 y 216.

de traducir la Directiva a Derecho interno con normas del rango que estimen oportuno, y por el poder legislativo o ejecutivo, según se establezca el reparto de competencias y la reserva de ley en su respectiva Constitución."⁵⁶⁶ Por ello, puede decirse en opinión de HIDALGO y de OLAYA, que "...la Directiva no necesita un acto de recepción, pero sí formal de ejecución, en el sentido de que precisa del auxilio del derecho nacional para desarrollarse y adaptarse a los objetivos y finalidades impuestas, tendiendo a la armonización, pero con las características propias y peculiares de los Estados miembros..."⁵⁶⁷, lo que no deja de ser importante, pues no es inusual que en ciertos aspectos, probablemente los que hayan sido más discutidos por obedecer a peculiaridades idiosincráticas de cada país, haya algún grado de libertad en la regulación doméstica que cada Estado pueda darse, pero siempre dentro de los márgenes que conduzcan hacia esa uniformidad normativa que se procura lograr.

2.- Adopción de una Directiva Comunitaria por la legislación nacional de un Estado miembro de la UE.

Con el solo ánimo de precisar, es apropiado comentar que una Directiva es adoptada o traspuesta en la legislación nacional, a través de una ley o decreto de actuación, que la incorpora al Derecho doméstico de cada Estado miembro de la UE.

Para AYRAL, esta adaptación o trasposición se define como "...la operación jurídica del Derecho nacional, por la que un Estado miembro de la CEE introduce las disposiciones de una Directiva en su ordenamiento jurídico interno, lo que permite la entrada en vigor de la Directiva..."⁵⁶⁸, sea a través de una norma con rango legal o reglamentario, según las competencias y jerarquías normativas pertinentes de cada Sistema Jurídico.

3.- La primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos internos o domésticos en la UE. Posibilidad de aplicación directa de una Directiva, sin esperar a la norma de adecuación o trasposición.

Cabe dejar anotada la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional o doméstico de los Estados miembros de la UE, avalada por la jurisprudencia del TJCE, actualmente aceptada por todos los Estados miembros, considerándosele como parte integrante de sus respectivos Sistemas Jurídicos. De hecho, el artículo 5 del Tratado de Roma, establece que los Estados miembros, a través de sus poderes públicos, velarán por el cumplimiento de la normativa Comunitaria, entendiéndose que este mandato se impone al juez nacional en términos tales, que incluso debe

⁵⁶⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la persona", Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 72.

⁵⁶⁷ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., "Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante", Bosch, Barcelona, 1997, pág. 35.

⁵⁶⁸ Vid. AYRAL, M., "La transposition des directives dan les Droit nationaux", en RMC, 1977, pág. 413.

aplicar directamente el Derecho Comunitario, salvaguardando el principio de primacía, dejando por ello de aplicar la ley nacional que sea contraria a aquél.⁵⁶⁹

En abono de lo dicho, nótese que, estrictamente, las Directivas no requieren de acto alguno de recepción nacional, debiendo ser aplicadas en los Estados miembros desde su notificación o desde la expiración del plazo establecido al efecto por la Directiva de que se trate. Por ende, el ciudadano Comunitario puede invocar la aplicación de lo dispuesto en cualquier Directiva para el caso de incumplimiento de las obligaciones que al Estado ella le imponga, incluso si: (i) el cumplimiento lo realiza fuera de plazo; (ii) se materialice en forma parcial o equivocada; (iii) va en abierta contradicción con la naturaleza de la norma Comunitaria.

El TJCE, ha defendido a ultranza el principio fundamental de la estructura jurídica Comunitaria, que, como explica TERUEL, es el de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno⁵⁷⁰, como se destaca en la sentencia librada en el caso *Simmenthal*, de 9 de Marzo de 1978⁵⁷¹, en la que se afirma que es inaplicable, de pleno derecho, toda acto legislativo nacional que sea inconciliable, contrario o incompatible con las normas Comunitarias. Se dice que la importancia de este fallo estriba, en que define la misión del juez nacional cuando se enfrenta al problema de la incompatibilidad entre un acto de Derecho Nacional y una disposición de Derecho Comunitario, indicando que todo juez nacional, llamado a resolver en negocios de su competencia, está obligado a aplicar integralmente el Derecho Comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando de aplicar cualquier disposición de la ley doméstica, eventualmente contraria al precepto Comunitario. Asimismo, faculta al juez nacional incluso para prescindir de las reglas nacionales que limiten su competencia, de ser necesario.⁵⁷²

⁵⁶⁹ Vid. LUNAS DIAZ, M. J., "El efecto directo horizontal de las Directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo", en *La Ley*, 1997.

⁵⁷⁰ Vid. TERUEL LOZANO, G. M., "El tribunal constitucional ante el principio de primacía del derecho comunitario (análisis de la jurisprudencia constitucional respecto de la compatibilidad del principio de primacía con la constitución de la nación española de 1978)", en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 24, Murcia, 2006, págs. 319 y ss.

⁵⁷¹ Vid. Sentencia *Simmenthal*, TJCE, 9.3.1978, *Simmenthal*, as.106/77, Rec. 609.

⁵⁷² Vid. FERNANDEZ GUTIERREZ, M., "Control de constitucionalidad y principios de primacía en el Derecho Comunitario Europeo", en *Revista de Derecho*, Vol. XII, Universidad Católica de Temuco, agosto, 2001, págs. 191 y ss.

CAPITULO VII

LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374.

SUMARIO: 1.- ORIGENES DE LA DIRECTIVA 85/374. 1.1.- ANTECEDENTES ECONOMICOS Y JURIDICOS QUE JUSTIFICABAN SU DICTACION. 1.2.- PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA DIRECTIVA 85/374. 1.2.1.- EL CONVENIO DE LA HAYA, SOBRE LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE LOS PRODUCTOS, DE 2 DE OCTUBRE DE 1973. 1.2.2.- EL TRATADO DE ROMA, DE 25 DE MARZO DE 1957, CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 1.2.3.- EL ACTA UNICA EUROPEA (AUE), DE 17 DE FEBRERO DE 1986, QUE MODIFICA EL TRATADO DE ROMA, INTRODUCIENDO EL ARTICULO 100 A. 1.2.4.- EL TRATADO DE MAASTRICHT, DE 7 DE FEBRERO DE 1992. 1.2.5.- EL TRATADO DE AMSTERDAM, DE 2 DE OCTUBRE DE 1997. 2.- OBJETIVOS PERSEGUIDOS CON LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374. 3.- PLAZO PARA ADAPTAR LA DIRECTIVA 85/374 A LA LEGISLACION DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE. 4.- LA DIRECTIVA 85/374 CONSTITUYE UN REGIMEN IMPERATIVO. 5.- SITUACION ANTERIOR A LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374.

1.- Orígenes de la Directiva 85/374.

1.1.- Antecedentes económicos y jurídicos que justificaban su dictación.

La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros de la UE en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el defecto de sus productos, era absolutamente necesaria por la diversidad de normas existentes entre los países miembros de la UE, lo que podía afectar la libre competencia y la libre circulación de los bienes dentro del Mercado Común (MC); o bien, favorecer la existencia de distintos grados de protección al consumidor al interior de la Comunidad, lo que se traduciría en una serie de asimetrías y efectos económicos en el mercado, no deseados. La conciencia Comunitaria acerca de estas dificultades, según GUTIERREZ SANTIAGO, explica que la "*...libre circulación de mercancías por el territorio europeo y el principio de igualdad en el nivel de protección frente a dichos daños reclamaban un tratamiento jurídico unitario del tema para todos los ciudadanos de la Comunidad.*".⁵⁷³ En igual sentido opina ALPA⁵⁷⁴, una de las voces más autorizadas en la doctrina comparada.

Es así, como tras años de debate, con fecha 25 de Julio de 1985, el Consejo adoptó la Directiva 85/374/CEE⁵⁷⁵, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, publicada con fecha 7 de Agosto de 1985 en el DOCE nº L 210.⁵⁷⁶

Ahora bien, esta tarea no estuvo exenta de dificultades, lo que explica la dilación en su dictación, pues la Directiva 85/374 abarca uno de los aspectos más complejos de la actividad empresarial y el que probablemente ha experimentado una mayor evolución en los últimos lustros, empujado por los profundos cambios económicos y sociales que caracterizan las economías de los países más desarrollados, como el de la producción en masa y la responsabilidad civil del productor ante las personas que sufren daños en su integridad física o en su patrimonio, debido a los defectos de los productos que lanzan al mercado, daños que debido al alto grado de tecnificación de la producción y su masividad, adquieren, en palabras de ALCOVER, "*...una gran trascendencia cualitativa y cuantitativa y ante los cuales los diferentes Derechos continentales codificados el pasado siglo sobre la base de otros*

⁵⁷³ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 46 y 47.

⁵⁷⁴ Vid. ALPA, G., "*Appunti sul dibattito in materia di disciplina comunitaria sulla circolazione dei prodotti difettosi*", en Riv. Dir. Comm, 1979, págs. 168 y ss.

⁵⁷⁵ El antecedente normativo más próximo a la Directiva 85/374 es el Convenio de Estrasburgo, de 27 de Enero de 1977, sobre responsabilidad por productos en caso de lesiones físicas o de muerte.

⁵⁷⁶ Años más tarde, en cumplimiento de lo ordenado por la Directiva 85/374, se dictó en España la Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (LPD), publicada en el BOE con fecha 7 de Julio de 1994. La solución española fue aprobar una ley especial en materia de productos, en vez de adaptar algunas disposiciones de la LGDCU, lo que en su momento generó una serie de críticas por parte de la doctrina. Luego, como sabemos, la LPD fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TR). Vid. *supra* apartado 1.- Tema de la tesis / INTRODUCCION.

presupuestos ideológicos y fácticos están lejos de ofrecer una protección suficiente y adecuada, surgiendo auténticas situaciones de indefensión en la parte más débil, en la víctima..."⁵⁷⁷, temática que hemos tenido oportunidad de comentar con antelación⁵⁷⁸ y que explota dramáticamente frente a los masivos y graves daños generados en la población por productos defectuosos, al punto de considerarse *la gran cuestión* a la que se enfrenta el instituto de la responsabilidad civil en el Derecho comparado.⁵⁷⁹

1.2.- Precedentes legislativos de la Directiva 85/374.

Como antecedentes normativos de la Directiva 85/374, se mencionan los siguientes:

1.2.1.- El Convenio de La Haya, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos, de 2 de octubre de 1973.

Esta fue la primera normativa europea que trató la responsabilidad extracontractual del productor, por los daños causados por productos defectuosos, aunque sólo en lo relativo al conflicto de leyes, sin promover la unificación de las legislaciones nacionales en este tema.⁵⁸⁰

1.2.2.- El Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea.

Este Tratado Constitutivo (TCEE) no preveía expresamente la tutela efectiva de los consumidores. Sin embargo, sobre la base del respaldo indirecto que otorgaba su artículo 100, referido a "*La aprobación de directivas para coordinar y unificar las normas de los diversos estados con el objetivo del establecimiento y funcionamiento del mercado común*", se fueron introduciendo en varias Directivas, medidas encaminadas a la protección del consumidor.⁵⁸¹ De modo que la justificación formal de la Directiva 85/374 se encuentra, concretamente, en este artículo 100 del Tratado de Roma y, desde luego, en la experiencia norteamericana en estos tópicos, como ya tuvimos oportunidad de comentar.⁵⁸²

1.2.3.- El Acta Única Europea (AUE), de 17 de febrero de 1986, que modifica el Tratado de Roma, introduciendo el artículo 100 A.

⁵⁷⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 17.

⁵⁷⁸ Vid. *supra* Capítulo II EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION; Capítulo III EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD / PARTE I.

⁵⁷⁹ Vid. TASCHNER, H. C. 'Exposé introductif a La Directive et son introduction dans les droits européens', en GHESTIN, J. (dir), "*Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*", LGDJ, Paris, 1987, págs. 109 y ss.

⁵⁸⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 17.

⁵⁸¹ Vid. GUERRA H., V. H., "*La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho Internacional Privado. Estudio comparado*", Publicaciones UCAB, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002, pág. 5.

⁵⁸² Vid. *infra* Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

El Acta Única Europea (AUE), firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 por 9 Estados miembros y el 28 de febrero de 1986 por Dinamarca, Italia y Grecia, entró en vigor el 1 de julio de 1987⁵⁸³, y supone la primera gran modificación del TCEE, pues intenta reactivar la integración europea y materializar el Mercado Común.

En lo que nos interesa, el AUE introduce el artículo 100 A, disposición que consagra la facultad de la Comisión de adoptar medidas de protección al consumidor basadas en un nivel de protección elevado, incorporando la idea de que es necesario tener en cuenta al ciudadano, en cuanto realiza actos de consumo.

1.2.4.- El Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992.

El Tratado de la UE, también conocido como Tratado de Maastricht, pues se firmó el 7 de febrero de 1992 en esa localidad holandesa⁵⁸⁴, constituye uno de los hitos más importantes dentro del proceso de integración europeo, pues, al modificar y completar al Tratado de París de 1951, que creó la CECA⁵⁸⁵, y el Tratado de Roma de 1957, que instituyó la CEE y el EURATOM⁵⁸⁶, así como el AUE de 1986, por primera vez se sobrepasaba el objetivo económico inicial de la UE, que era construir un MC como se sabe, para transitar hacia una unidad política. Por ello, establece cooperaciones institucionalizadas en materia de política exterior, de defensa, interior y justicia. Así mismo, crea la unión económica y monetaria, establece nuevas políticas Comunitarias en materias como la educación y la cultura y desarrolla las competencias del Parlamento Europeo.

De hecho, este Tratado consagra oficialmente el nombre de Unión Europea (UE), que en adelante sustituirá al de Comunidad Europea, que se venía usando hasta ese entonces.

En lo pertinente, este Tratado da un paso más en la línea que venimos comentando, al introducir el artículo 129 A, que establece los cimientos o bases para llevar a cabo una verdadera política de protección a los consumidores en la UE.

1.2.5.- El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.

El Tratado de Ámsterdam fue firmado el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.⁵⁸⁷ Tuvo como objetivo modificar ciertas disposiciones del

⁵⁸³ Publicado en el DOC L 169, de 29 de junio de 1987.

⁵⁸⁴ Publicado en el DOC C 191, de 29 de julio de 1992.

⁵⁸⁵ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), fue una entidad supranacional del ámbito europeo, que regulaba los sectores del carbón y del acero de los estados miembros. Se entiende ser un antecedente directo de la CEE.

⁵⁸⁶ La Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), se crea en Roma con la firma del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, el 25 de marzo de 1957, conjuntamente con el TCEE. Su fin fue el desarrollo de una industria nuclear europea, mediante la creación de un Mercado Común de equipos y materiales nucleares, así como el establecimiento de normas básicas en materia de seguridad y protección de la población.

⁵⁸⁷ Publicado en el DOC C 340, de 10 de noviembre de 1997.

Tratado de la Unión Europea, de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (París y Roma) y de algunos actos relacionados con los mismos, a fin de aumentar las competencias de la UE, con la creación de una política Comunitaria de empleo, así como ciertos temas referidos a la cooperación en materia de justicia e interior, entre otras.

En lo relevante para este trabajo, este Tratado implementa el artículo 153, completando y ratificando el mandato para que la Comunidad promueva los intereses de los consumidores y garanticen un alto nivel de protección, contribuyendo a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2.- Objetivos perseguidos con la dictación de la Directiva 85/374.

Como se dijo, la armonización del Derecho sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, a través de esta Directiva 85/374, fue una acción prioritaria de la UE en el ámbito de la protección de los derechos e intereses de los consumidores⁵⁸⁸, lo que obviamente es un reflejo de las consideraciones sociales, económicas y jurídicas que motivaron su dictación. De acuerdo a su Considerando 1^o⁵⁸⁹, una finalidad primordial de esta Directiva es eliminar las diferencias e incluso antinomias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos, ya que ellas pueden facilitar hechos o conductas que atenten contra la competencia, o afecten la libre circulación de mercancías dentro del MC, o favorezcan la existencia de distintos grados de protección del consumidor al interior de la UE.⁵⁹⁰ Es decir, la justificación material de la Directiva 85/374, al igual que la defensa del consumidor en la UE, se basa en dos principios fundamentales: (i) la reducción de la distorsión de la competencia comercial que resulta de la diversidad legislativa de los Estados miembros; y, (ii) la obtención de una tutela homogénea del consumidor dentro de la UE.

STIGLITZ afirma que *"...esta armonización plantea innumerables ventajas..."*⁵⁹¹, ya que la regulación de la responsabilidad del productor por entidades

⁵⁸⁸ Vid. MARTIN, M., SOLE I FELIU, J., *"La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas"*, en Derecho Privado Europeo, 2003.

⁵⁸⁹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 1^o. *"Considerando que es preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso;..."*.

⁵⁹⁰ La opinión mayoritaria de la doctrina, es que la Directiva 85/374 consagra un compromiso conciliador de los intereses en juego de los diversos agentes económicos y gobiernos de la UE. En este sentido, la voluntad política de los Estados miembros de la UE se ve reflejada en el articulado de esta Directiva, que persigue disponer de un marco jurídico de responsabilidad equilibrado, que rijan las relaciones entre las empresas y los consumidores.

⁵⁹¹ Vid. STIGLITZ, G. A., *"Protección jurídica del consumidor"*, De Palma, Buenos Aires, 1990, págs. 9 y ss.

supranacionales tiende a eliminar, mediante la coordinación de la legislación interna de los Estados miembros de la UE, los inconvenientes que la disparidad normativa existente en la materia acarrea sobre el funcionamiento del MC, repercutiendo incluso en las posibilidades de brindar una adecuada protección al consumidor. De este modo, se admite en forma expresa por el legislador Comunitario, que la armonización de las normas sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos no tenía como objetivo fundamental o, al menos como única finalidad, la protección del consumidor contra los daños causados por un producto defectuoso. Por el contrario, la Directiva 85/374 se orienta hacia un plan integral, que tiene presente los intereses de la empresa, la racionalización y selección de los productos, el control de la competencia entre las empresas y la protección del perjudicado por daños de consumo. Este dato explica, en muchos casos, las soluciones de compromiso adoptada por el texto Comunitario, mismas que han sido severamente criticadas por la doctrina y que tendremos oportunidad de revisar a lo largo de este trabajo.

En fin, el diverso panorama de sistemas de responsabilidad preexistentes a la Directiva 85/374⁵⁹², determinó que ella se concibiera como una herramienta destinada a establecer un equilibrio o uniformidad al interior de la UE, en el tópico de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, acogiendo las tendencias doctrinales y jurisprudenciales imperantes a ese entonces, que proponían la adopción del principio de la responsabilidad objetiva de los productores por los daños causados por los defectos de los productos que elaboraban y ponían en circulación, haciéndose eco, obviamente, de los avances y sofisticaciones que en este ámbito mostraba el Derecho Norteamericano, a través del desarrollo del sistema de responsabilidad conocido como *Strict Liability*.⁵⁹³ Hay consenso en la doctrina, expresa VIGURI, en que “...la práctica judicial de Estados Unidos ha sido la auténtica pionera en materia de productos defectuosos,... habiendo dejado su impronta en la Directiva comunitaria...”⁵⁹⁴, como tuvimos oportunidad de analizar con precedencia.⁵⁹⁵ En esencia, la Directiva 85/374 viene a configurar un marco regulatorio construido a partir de las experiencias soportadas por la industria y el gran público en todo el mundo, aprovechándose de la enriquecedora jurisprudencia norteamericana.

⁵⁹² Vid., por todos, MARKOVITS, Y., “*La Directive C.E.E. du 25 Juillet 1985 sur la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux*”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

⁵⁹³ Vid. *supra* apartado 2.- La *Strict Liability in Torts (Strict Liability)*; apartado 4.- La aparición de la doctrina de la *Strict Liability in Torts (Strict Liability)* del productor / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁵⁹⁴ Vid. VIGURI PEREA, A., “*La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano*”, Comares, Granada, 1995, págs. 183 y 184.

⁵⁹⁵ Vid. *supra* apartado 7.- La influencia de la *Strict Liability* en la Directiva 85/374 / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

Otro logro de la Directiva 85/374 es, según LARROUMET, que logra unificar la reparación contractual y extracontractual, pues ya no es necesario distinguir si el perjudicado está ligado al responsable en virtud de un contrato o no, dado que en el texto Comunitario *"...toda víctima es tratada de la misma manera."*⁵⁹⁶ En palabras de TORRALBA, se logra superar la disyuntiva entre responsabilidad contractual y extracontractual.⁵⁹⁷ En efecto, como explican los BERCOVITZ, esta norma Comunitaria *"...prescinde de toda preocupación dogmática por encuadrar la responsabilidad que establece dentro del campo contractual o extracontractual..."*⁵⁹⁸, solución que tiene un sentido práctico loable, pues la experiencia nos demuestra que los accidentes de consumo se producen respecto de personas con y sin relaciones contractuales con el sujeto responsable.⁵⁹⁹

Diferentes STS vienen aceptando la yuxtaposición de la responsabilidad contractual y extracontractual en casos difíciles de situar en un ámbito u otro, bajo la égida de la denominada teoría de *la unidad de la culpa civil*, en cuya virtud el perjudicado puede basar su pretensión resarcitoria contra el dañador con la invocación conjunta o acumulativa de las normas jurídicas propias de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 y ss. del CC) y las de la responsabilidad contractual (artículos 1101 y ss. del CC). En tales términos, la STS, de 29 de noviembre de 1994, ha declarado que: *"...No es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, siendo aplicables los artículos 1902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación negocial. También se ha dicho que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible..."*; *ratio decidendi* que ha sido seguida por numerosos fallos del TS.⁶⁰⁰ Según GARCIA

⁵⁹⁶ Vid. LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 86.

⁵⁹⁷ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 23.

⁵⁹⁸ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 263.

⁵⁹⁹ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 25, 1995, págs. 533 y ss.; REGLERO CAMPOS, L. F., *"Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 3, 1994, pág. 66; SEUBA TORREBLANCA, J. C., *"Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis"*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 239; ALVAREZ OLALLA, P., *"La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación"*, Cuadernos Aranzadi Civil, Pamplona, 2002, pág. 43.

⁶⁰⁰ Verbigracia: las STS, de 15 de junio de 1996; de 18 de febrero y de 19 de mayo de 1997; de 6 de abril y de 24 de julio de 1998; de 30 de diciembre de 1999. Vid. <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, 14 de enero de 2013, 11,00 am.

VALDECASAS, este traslazo de responsabilidades se define como el fenómeno que tiene lugar *"...cuando, en el hecho causante del daño, concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber de no causar daño a otro."*⁶⁰¹ Entre otras, la STS, de 23 de diciembre de 2004, expresa, en lo que nos interesa, que: *"...varias sentencias de esta Sala efectivamente han apreciado incongruencia en condenas por responsabilidad contractual, cual es el caso de la pronunciada por la sentencia recurrida, cuando la acción ejercitada se fundaba única y exclusivamente, como también es el caso, en los artículos 1902 y concordantes del Código Civil (LEG 1889, 27); así, las sentencias de 18 de octubre de 1995 (recurso núm. 1245/92 [RJ 1995, 7544]), 11 de marzo de 1996 (recurso núm. 2581/92 [RJ 1996, 2415]), 3 de mayo de 1999 (recurso núm. 3374/94 [RJ 1999, 3426]), 10 de octubre de 2002 (recurso núm. 507/97 [RJ 2002, 9975]) y 7 de abril de este año (recurso núm. 1624/98 [RJ 2004, 2053]). Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias esta Sala, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio «iura novit curia»;..."*⁶⁰²

Empero, acontece que la Directiva 85/374 y sus normas de actuación, prescinden de esta distinción e imponen responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso, si se verifican los presupuestos para ello, con independencia de que medie o no un contrato entre el productor y el perjudicado, como resalta el artículo 1 de esta Directriz Comunitaria, al expresar que el productor *"...será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos..."*, haciendo inoficiosa esta vieja discusión. Aunque es menester decirlo, para algunos autores, el sistema de responsabilidad recogido en la Directiva 85/374 en realidad es el de la responsabilidad extracontractual.⁶⁰³

⁶⁰¹ Vid. GARCIA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en RDP, 1962, pág. 833.

⁶⁰² Vid. RJ 2005/82.

⁶⁰³ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 49; PASQUAU LIAÑO, M., "La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 89; CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, págs. 268 y 269; MARIN LOPEZ, J. J., "Daños por productos: estado de la cuestión", Tecnos, Madrid, 2001, pág. 53; AZAGRA, A., "Protección del consumidor y responsabilidad por producto defectuoso", en InDret, n° 3, 2004, pág. 540.

Por último, también se dice que una finalidad que tuvo en mente el legislador Comunitario al dictar la Directiva 85/374, fue evitar los excesos de la *Strict Liability*⁶⁰⁴, lo que según la doctrina mayoritaria, sería un objetivo logrado.

3.- Plazo para adaptar la Directiva 85/374 a la legislación de los Estados miembros de la UE.

Nótese que la Directiva 85/374 fijó un plazo de 3 años a partir de su notificación, para que cada Estado miembro de la UE dictase las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes para incorporarla a sus legislaciones domésticas. Así lee de su artículo 19, que señala: "*Los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación e informarán de ello inmediatamente a la Comisión...*". Transcurrido dicho plazo, sin que se haya traspuesto, BUSTAMANTE afirma que "*...la Directiva entra directamente en vigencia, quedando los justiciables autorizados a fundar sus acciones derechamente en sus disposiciones.*"⁶⁰⁵

Podemos comentar que el Reino Unido fue el primer país que la adoptó, introduciéndola en la parte primera (*Part I*) de su *Consumer Protection Act*, de 15 de mayo de 1987. Luego fue Grecia, mediante la Decisión común n° 7535/1077 de los Ministros económicos, tomada el 31 de marzo de 1988. Enseguida, Italia, a través del Decreto n° 224 del Presidente de la República, de 24 de mayo de 1988; Luxemburgo, Dinamarca, etcétera. En el caso de España, como sabemos, la Directiva 85/374 fue traspuesta por la Ley 22/1994, de 6 de Julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, publicada en el BOE, el 7 de Julio de 1994.

4.- La Directiva 85/374 constituye un régimen imperativo.

Al dictarse la Directiva 85/374, la UE tuvo que esforzarse para que los Estados miembros acogieran internamente este régimen especial de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos que se estaba imponiendo.⁶⁰⁶ Con tal fin, explica LARROUMET, se dispuso que la nomenclatura que ella establecía, fuese imperativa, por lo que ningún Estado miembro de la UE podía sustraerse de ella, reemplazándola por otro régimen "*...que sea menos severo para el productor...*".⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Vid. *supra* apartado 4.4.3.- Crisis del sistema de *Strict Liability* creado por el *Restatement of Torts Second* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁶⁰⁵ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., "*Responsabilidad Civil por productos elaborados y defectuosos*", en LL, diciembre, 1992.

⁶⁰⁶ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 35.

⁶⁰⁷ Vid. LARROUMET, C., "*Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 95.

Que el régimen de responsabilidad instituido por la Directiva sea imperativo⁶⁰⁸, significa que no es posible descartar la aplicación de este régimen o reemplazarlo por otro que sea menos severo para el productor, exigencia que genera la prohibición o exclusión de cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad, lo que se confirma con el claro tenor del artículo 12 de la Directiva 85/374, que dispone: *"La responsabilidad del productor que se derive de la aplicación de la presente Directiva no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad."*

Sobre estos particulares, los BERCOVITZ señalan que la Directiva 85/374 establece niveles mínimos de responsabilidad, por ende, *"...no afecta a los derechos que la víctima pueda ejercitar, en cada uno de los Estados miembros, en base al derecho relativo a la responsabilidad contractual o extracontractual o en base a un régimen especial de responsabilidad existente en el momento de su notificación."*⁶⁰⁹ Por lo mismo, puede afirmarse que la Directiva 85/374 no es una compilación de mínimos. Vale decir, como afirman TASCHNER y FRIETSCH, los Estados miembros de la UE no tienen potestad para preservar los intereses de un interlocutor social, sea la industria, sean los consumidores, por la vía de introducir regulaciones más o menos estrictas que aquellas que han sido fijadas en la Directiva 85/374, la que realmente contiene un sistema de responsabilidad cerrado.⁶¹⁰ En este sentido, que ella no sea de mínimos significa, al decir de RODRIGUEZ CARRION, que *"...no puede ser modificada por las partes en orden a proporcionar al perjudicado una mayor protección..."*⁶¹¹, lo que se justifica sobradamente, si pensamos que la finalidad de esta norma Comunitaria es armonizar las legislaciones de los países miembros de la UE, por lo que no sería lógico autorizarles a introducir modificaciones, salvo en materias específicas, expresamente autorizadas. En definitiva, la posibilidad de introducir excepciones al sistema impuesto por la Directiva 85/374 *"...sólo es posible en algunos aspectos taxativamente enumerados..."* pues ella se ha concebido *"...en términos estrictos..."*⁶¹²

Estos asertos han sido confirmado, entre otras, por la STJCE, de 25 de abril de 2002, que resolviendo sobre la interpretación del artículo 13 de la Directiva

⁶⁰⁸ Vid. LARROUMET, C., 'La Protección de los Consumidores y la Responsabilidad de los Productores en el Derecho de la Unión Europea', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 375.

⁶⁰⁹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 264.

⁶¹⁰ Vid. TASCHNER, H., FRIETSCH, E., *"Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie"*, Kommentar, 2. Aufl., Einführung, núm. 165, München, 1990, págs. 90 y 91. (La traducción es nuestra).

⁶¹¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 20.

⁶¹² Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en *"Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003."* Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 788.

85/374⁶¹³, expresa que: *"...la directiva no contiene ninguna disposición que autorice expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado... En estas circunstancias no puede interpretarse el artículo 13 de la Directiva en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de mantener un régimen general de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos distinto del previsto en la Directiva."*⁶¹⁴ En consecuencia, no puede invocarse tal disposición para justificar el mantenimiento de disposiciones nacionales que dispensen una protección superior a la garantizada por la Directiva 85/374. SEUBA, opinando sobre sentencias similares del TJCE, señala que su importancia radica *"...en que despejan cualquier duda sobre la naturaleza de la Directiva 85/374/CEE y establecen de forma clara que ésta es imperativa y no de mínimos, por lo que los Estados deben incorporarla en el sentido en que se adoptó, reduciéndose su margen de libertad únicamente a los aspectos específicamente previstos por ella."*⁶¹⁵

5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374.

La responsabilidad por daños por productos defectuosos en la UE, antes de la dictación de la Directiva 85/374, mostraba la convivencia de distintos sistemas jurídicos de responsabilidad en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos.

La doctrina apunta, al menos, la existencia de los siguientes regímenes: (i) Sistemas de responsabilidad subjetiva, fundados en la culpa probada, que regía en España, Grecia, Italia y Portugal; (ii) Sistemas de responsabilidad subjetiva con culpa presumida, aplicados en Alemania, Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda y Holanda; y (iii) Sistemas de responsabilidad objetiva, imperantes en Francia, Bélgica y Luxemburgo.

Sin embargo, como consecuencia del escándalo del aceite de colza, en España se dictó la LGDCU, de 19 de julio de 1984⁶¹⁶, que intenta amparar al consumidor y usuario de productos alimenticios y farmacéuticos, de productos dirigidos a los niños, de los de higiene, limpieza y cosméticos, incluidos los usuarios de servicios sanitarios, ascensores, medios de transporte, gas y electricidad, entre otros. En efecto, este cuerpo legal buscó mejorar la situación de tutela del consumidor frente

⁶¹³ Vid. Directiva 85/374, artículo 13. *"La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva."*

⁶¹⁴ Vid. Aranzadi TJCE 2002\141, asunto C-183/00.

⁶¹⁵ Vid. SEUBA TORREBLANCA, J. C., *"Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 25 de abril de 2002 sobre la Directiva 85/374, de productos defectuosos: una directiva imperativa, no de mínimos"*, en InDret, n° 3, 2002, págs. 1 y ss.

⁶¹⁶ Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1177; MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos"*, en InDret, n° 1, 2000.

a los accidentes de consumo, pues sus normas reflejaban innegablemente un intento por acercarse a las modernas concepciones de la responsabilidad civil por daños provocados por productos defectuosos, superando la nomenclatura del CC, todavía tributaria de la responsabilidad subjetiva, más allá de todas las correcciones y remedios que en el tiempo fue imponiendo el TS.

En efecto, como apunta CILLERO DE CABO, a través de la aplicación extensiva del artículo 1902 del CC⁶¹⁷, la jurisprudencia española y en particular el TS, buscó proteger a las víctimas de daños de consumo, pues a "*...su amparo, podía reclamar la indemnización de los daños cualquier perjudicado y no sólo quien hubiera contratado directamente con el demandado. Podía además ejercitarse dicha reclamación contra el titular de la actividad en cuyo desarrollo solía tener su causa el daño, es decir, contra el fabricante, y no necesariamente contra el suministrador final, que por lo general no era quien había ocasionado el defecto.*"⁶¹⁸ LATORRE opina que el TS llegó a interpretar el artículo 1902 del CC en términos tales, que arribó "*... a soluciones análogas a las que se obtendrían en un sistema de responsabilidad objetiva. Así, al invertirse la carga de la prueba y con la presunción de culpa o negligencia...*"⁶¹⁹ se alentaron condenas a favor del perjudicado por un accidente de consumo, tanto contra el proveedor, como contra los distribuidores y productores, en términos amplios, prescindiendo del vínculo contractual y del reproche de culpa, morigerando su concurrencia por las vías antes mencionadas. FERNANDEZ ROMO apoya esta opinión, agregando que la jurisprudencia nacida al alero de esta disposición del CC, evolucionaba hacia la objetivación de la responsabilidad por aplicación de la teoría del riesgo creado⁶²⁰, aparejándole una inversión de la carga de la prueba, tal y como se manifiesta en las STS, de 6 de mayo de 1983 y 13 de diciembre de 1985.⁶²¹ LACRUZ BERDEJO, con similares reflexiones, subraya que los 2 mecanismos empleados por la jurisprudencia española para flexibilizar la aplicación del artículo 1902 del CC, fueron: (i) la inversión, en beneficio del demandante, de la carga de probar la culpa del demandado, lo que obliga a éste a acreditar la propia diligencia, para poder quedar exonerado de responsabilidad; y, (ii) la exacerbación de la carga de diligencia debida, hasta el punto de exigirse toda aquélla que, superando las prescripciones reglamentarias, hubiese sido precisa para evitar el accidente.⁶²²

⁶¹⁷ Vid. CC, artículo 1902. "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*"

⁶¹⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 72.

⁶¹⁹ Vid. LATORRE LOPEZ, A., 'La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso', en "*Valoración Judicial de daños y Perjuicios*", JESUS FERNANDEZ ENTRALGO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 2, 1999, págs. 427 y 428.

⁶²⁰ Vid. *supra* apartado 5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374 / Capítulo II LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE II; *infra* apartado 4.- Recurso a otros cuerpos legales para obtener la reparación de los daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR / Capítulo CAPITULO V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

⁶²¹ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "*La responsabilidad civil del producto*", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 130.

⁶²² Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., "*Elementos de Derecho Civil, II, vol., 1º.*", Bosch, Barcelona, 1985, pág. 482.

Nótese, con todo, que para FERNANDEZ ROMO esta tendencia jurisprudencial se ha limitado a aplicar la responsabilidad objetiva por riesgo de un modo no absoluto y sólo frente a actividades peligrosas o creadoras de riesgos, "...doctrina inaplicable entonces a los supuestos de ejercicio de una actividad inocua y totalmente desprovista de peligrosidad..., ...en los que el elemento culpabilístico recobra su nunca perdida, aunque sí atenuada, virtualidad configuradora de la responsabilidad aquiliana..."⁶²³, apunte que no debemos menospreciar, pues equilibra la aplicación de esta tesis, en la idea de evitar que desborde las áreas dónde sí está justificada su invocación y comience a ser aplicada indiscriminadamente a todas las ramas del Derecho, lo que sería un exceso absurdo.

Al aprobarse la Directiva 85/374, España enfrentó la obligación de armonizar su legislación doméstica con esta disposición Comunitaria. Al efecto, existían varias opciones: (i) Implantar en la LGDCU, que ya contenía algunas normas sobre productos defectuosos, las disposiciones a trasponer de la Directiva 85/374. Eso sí, esta solución presentaba el inconveniente de que el Capítulo VIII de la LGDCU se encontraba en abierta contradicción con la Directiva 85/374, lo que obligaba a derogar esos artículos inconciliables. (ii) Reunir la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos que imponía la Directiva 85/374, con las normas sobre responsabilidad alojadas en el CC, solución que también se desestimó, al estimarse que ello requeriría reformar todo el sistema de responsabilidad civil, a fin de darle coherencia. (iii) Dictar una ley especial, opción que resultó elegida, más que nada porque se pensó que era la más sencilla de implementar. Así fue como el 7 de julio de 1994, se publicó en el BOE la Ley 22/94, de 6 de Julio, reguladora de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos -(LPD)-, cuya nota más característica, como dijimos, es que le resulta indiferente si la relación previa de consumo se ha producido a consecuencia de la existencia de un vínculo contractual o extracontractual, pues lo único que se aprecia es el hecho objetivo de la producción de un daño a raíz del uso o consumo de un producto defectuoso, pues la responsabilidad ya no está basada en la culpa o negligencia, sino en la fabricación, manipulación, distribución o comercialización de un producto defectuoso.⁶²⁴

La LPD reflejó la voluntad del Gobierno español de trasponer la Directiva 85/374 a través de una ley especial, como se dijo, acogiendo la propuesta del Ministerio de Justicia e, indirectamente, el modelo sugerido por ROJO.⁶²⁵

⁶²³ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., *"La responsabilidad civil del producto"*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 156.

⁶²⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 106.

⁶²⁵ Nos referimos a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos, texto de la ponencia de 26 de enero de 1988, preparada por ANGEL ROJO FERNANDEZ-RIO, reelaborada y aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

En un sentir constructivista acerca de la tutela por daños causados por productos defectuosos que implantó la LPD, la SAP de Cáceres, de 18 de abril de 2002⁶²⁶, expresa que los tribunales no pueden ser ajenos *"...a una sensibilidad, no sólo social, sino jurídica, en defensa de que los bienes y servicios ofrecidos... no deben causar perjuicio alguno y si lo producen éste debe ser reparado dentro del marco jurídico aplicable... La citada Ley de 6 de julio de 1994... es muestra de un mayor rigor en la exigencia de responsabilidad ante la creciente aparición de riesgos y peligros que el simple consumo de productos acarrea, aunque, en principio, deberían ser inocuos."*

Sin embargo, gran parte de la doctrina cuestiona que la LPD haya representado verdaderamente un hito en la tutela de los consumidores en materia de daños causados por productos defectuosos. Así por ejemplo, MARIN entiende que la LPD no significó un incremento espectacular en la protección de los consumidores, pues éstos ya recibían protección gracias a: (i) el articulado de la LGDCU (artículos 25 a 28); y, (ii) la progresiva jurisprudencia del TS, que en el ámbito del consumo fue atenuando gradualmente el principio de la responsabilidad por culpa, implementando diversos mecanismos, tales como la presunción de culpa del agente del daño y la inversión de la carga de la prueba⁶²⁷, como decíamos algunas líneas atrás. De hecho y por curioso que nos parezca, parte de la doctrina reclamó que la LPD en verdad representó un retroceso en relación al proveedor o suministrador final, pues este texto legal declaró inaplicables los artículos 25 al 28 de la LGDCU a los productos defectuosos, salvo en los eventos descritos en el artículo 4.3 y en la criticada Disposición Adicional Única de la LPD⁶²⁸, en circunstancias que bajo el alero de esas disposiciones de la LGDCU, se concedía acción directa del perjudicado contra el proveedor.

En efecto, en general la doctrina estimó que los niveles de protección de los artículos 25 al 28 de la LGDCU eran superiores a los que implementó la Directiva 85/374, al menos en los siguientes aspectos⁶²⁹: (i) la LGDCU no se limitaba a los bienes muebles, pues también comprendía los bienes inmuebles y los servicios⁶³⁰; (ii) la LGDCU cubría todos los bienes de consumo productos de la caza, de la tierra, ganadería y pesca, mientras que la Directiva 85/374 en un inicio los excluyó, lo que fue resuelto por la Directiva 34/1999 que, como veremos, los incluyó⁶³¹; (iii) la

⁶²⁶ Vid. AC 2002\1330.

⁶²⁷ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 51.

⁶²⁸ Vid. *infra* apartado 3.3.- Críticas que ha merecido esta disposición / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

⁶²⁹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"La adaptación del derecho español a la directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en EC, nº 12, 1998, págs. 85 y ss.

⁶³⁰ Justo es decir que la Directiva 85/374 extiende su ámbito a los bienes muebles que se unen o incorporan a un bien inmueble.

⁶³¹ Vid. *infra* apartado 2.2.5.4.- Situación especial de las materias primas agrícolas (de la tierra, de la ganadería y de la pesca) y los productos de la caza, que estuvieron inicialmente excluidas del régimen de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias; apartado 2.2.6.- La ampliación del concepto de

LGDCU amparaba los daños materiales causados en bienes de producción⁶³², mismos que se excluyen de la Directiva 85/374; (iv) la LGDCU cubría los daños morales o inmateriales, los que la Directiva 85/374 en principio excluye⁶³³; (v) la LGDCU no consideraba ninguna franquicia como la prevista en el artículo 9 de la Directiva 85/374 para los daños materiales en las cosas; (vi) la LGDCU no contenía ninguna limitación del plazo de responsabilidad del productor (caducidad de los derechos del perjudicado), a diferencia de lo que sucede con el artículo 11 de la Directiva 85/374, que consagra un plazo máximo de 10 años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto que causó el daño, para accionar de perjuicios contra él; (vii) la LGDCU considera la responsabilidad contractual por vicios o defectos del producto suministrado, cubriendo así también los daños en el propio producto, en tanto la Directiva 85/374 los excluye; (viii) la LGDCU contemplaba el establecimiento de un sistema obligatorio de seguro y de un fondo de garantía para determinados sectores del mercado, en relación con los daños personales, interpelaciones que están ausentes en la Directiva 85/374.

En otros aspectos, en cambio, puede decirse que el nivel de protección previsto por la LGDCU es inferior al de la Directiva 85/374. Ellos son: (i) la LGDCU no implementaba, con claridad, un régimen de la responsabilidad objetiva aplicable a todos los productos defectuosos; (ii) la LGDCU no distinguía entre la responsabilidad extracontractual por daños y la responsabilidad contractual por vicios de la cosa; (iii) la LGDCU no contemplaba la situación de daños sufridos por quien no fuera consumidor ni usuario, esto es, los *bystander*, los empresarios y los trabajadores; (iv) la LGDCU no protegía frente a los daños derivados de bienes muebles de producción; (v) la LGDCU no sancionaba plazos de prescripción, por lo que debían aplicarse los plazos generales del CC; en tanto la Directiva 85/374 regula un plazo extintivo de 3 años en su artículo 10.1, que dispone que los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en esta Directiva para reparar los daños causados por un producto defectuoso, prescribirá en el plazo de 3 años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debería haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor; (vi) la LGDCU fijaba un tope máximo de responsabilidad de \$500.000.000.- de pesetas para la responsabilidad por daños derivados de un producto defectuoso, mientras que la Directiva 85/374 dispone en su artículo 16 que el límite de responsabilidad global del productor por daños surgidos de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que porten el mismo

producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁶³² Siempre que el perjudicado califique como consumidor o usuario, según la definición que de ellos hacía la LGDCU.

⁶³³ Pues deja abierta la posibilidad a los Estados miembros de la UE, para que sus normas de adaptación los reconozcan.

defecto, que eventualmente pueden prever los Estados miembros de la UE, no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS.⁶³⁴

Como se ve, no resulta fácil realizar una valoración global entre un texto legal y el otro, pues en ciertos tópicos uno avanza y en otros retrocede. Por ello, al decir de MARIN, debe concluirse que la Directiva 85/374 y la LPD instauraron "...un nuevo equilibrio de intereses, distinto del que representaba la ley de 1984... [LGDCU]".⁶³⁵ Nos queda la fuerte impresión que del TR, en cuanto no va en contra de ninguno de los preceptos esenciales de la LPD, puede afirmarse exactamente lo mismo.

Por último, cabe comentar que el parecer unánime de la doctrina, fue que la LPD no suprimió el estatuto legal preexistente sobre responsabilidad por productos defectuosos, sino, más bien, lo complementó. De modo que podría sostenerse que terminaron coexistiendo las disposiciones del CC, de la LGDCU y las de la LPD⁶³⁶; situación que cambió con el TR, que derogó, compiló y sistematizó las normas de la LGDCU y las de la LPD, según hemos comentado con antelación.⁶³⁷

⁶³⁴ Por ECU se alude a la *European Currency Unit*, esto es, la Unidad Monetaria Europea, que es la unidad de cuenta usada en la UE con propósitos monetarios. El artículo 18.1 de la Directiva 85/374, dispone que el ECU será el que se define en el Reglamento (CEE) nº 3180/78, modificado por el Reglamento (CEE) nº 2626/84; precisando que el contravalor en la moneda nacional será inicialmente el que se aplique el día en que se adopte la presente Directiva.

⁶³⁵ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., "*Daños por productos: estado de la cuestión*", Tecnos, Madrid, 2001, pág. 55.

⁶³⁶ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "*Contratación y Consumo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 104.

⁶³⁷ Vid. *supra* apartado 1.- Tema de la tesis / INTRODUCCION.

CAPITULO VIII

EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374: UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO. SU RATIFICACION EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR.

SUMARIO: 1.- EL SISTEMA OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD MATIZADO QUE RECOGE LA DIRECTIVA 85/374. 2.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA MATIZADA ACOGIDO POR LA DEROGADA LPD. 3.- EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO MATIZADO IMPLEMENTADO POR EL TR.

1.- El sistema objetivo de responsabilidad matizado que recoge la Directiva 85/374.

La Directiva 85/374 optó por un sistema objetivo de responsabilidad, lo que queda de manifiesto al leer su artículo 1, que reza: *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos."* Disposición que repetía el artículo 1 de la LPD⁶³⁸ y que el TR reproduce en los siguientes términos en su artículo 135: *"Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."* Estos preceptos son suficiente argumento para justificar que se diga que la responsabilidad que implementa la Directiva 85/374 y el TR es objetiva, pues se responde por el daño que causa el producto defectuoso, sin que sea necesario probar la culpa del productor. También puede encontrarse otro argumento de texto positivo, de la exégesis de los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR⁶³⁹, disposiciones que instan al perjudicado a probar el daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño para obtener la indemnización de sus perjuicios. Ello significa, ni más ni menos, que el perjudicado no está obligado a acreditar la culpa del causante del daño, sino sólo la tría antes indicada. De manera que es concluyente que, el sistema de responsabilidad implementado por la Directiva 85/374 y su norma de adecuación, no es subjetivo, pues se consagra una responsabilidad sin culpa del productor. Cabe concluir, entonces, que el factor atributivo de responsabilidad es objetivo y el régimen de responsabilidad en comento, consistentemente, tiende a centrarse sobre el derecho del perjudicado a ser indemnizado, revelando una decisión absoluta del legislador Comunitario por hacer nacer un crédito de indemnización en cabeza del perjudicado por el daño causado por el uso, consumo, contacto o proximidad con un producto defectuoso⁶⁴⁰, sin necesidad de argüir la existencia de un contrato o de un título negociable, ni de probar negligencia o culpa del productor.

Como dice acertadamente RODRIGUEZ LLAMAS, estos cuerpos legales obligan *"...a reparar un daño que no es consecuencia de la culpa del causante, al no considerarse que debe existir culpa o negligencia para que nazca la responsabilidad del productor. Parece por tanto que, se pretende establecer una responsabilidad basada exclusivamente en la realidad del daño sufrido por el perjudicado, con independencia de la culpabilidad del causante del mismo, es decir, un sistema de responsabilidad*

⁶³⁸ Vid. LPD, artículo 1. *"Principio general. Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*

⁶³⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 4. *"El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño."* / TR, artículo 139. *"Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."*

⁶⁴⁰ Nótese que la tendencia hacia una responsabilidad objetiva en materia de productos defectuosos, así como invertir la carga de la prueba a fin de defender a los consumidores, está presente, en líneas generales, en las leyes de protección a los consumidores de México, Venezuela, Colombia, Brasil, Costa Rica e incipientemente en Chile.

objetiva plena."⁶⁴¹ La mayor parte de la doctrina comparte este juicio, diciendo, en voz de LAMBERT-FAIVRE, que la norma Comunitaria "...consagra el principio de una responsabilidad objetiva, sin culpa, inherente a los riesgos creados por la tecnología moderna y por la producción en masa. Es una responsabilidad uniforme, respecto de todo consumidor, abandonando la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual...".⁶⁴² En particular, ALCOVER declara que "...la norma comunitaria recoge por primera vez de forma clara y con carácter general en el Derecho europeo el principio de la responsabilidad objetiva del productor..."⁶⁴³, al considerar, tal como se lee en su EM, que: "...únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna."

Este sistema de responsabilidad objetiva, nos dice TALLONE, "...centra su atención en el propio producto. Deja de ser relevante la previsibilidad del defecto y adquiere una importancia especial la condición defectuosa del producto en sí mismo considerado."⁶⁴⁴ Como expresa ALPA, la Directiva 85/374 supone que "...el criterio de imputación ya no se dirige a censurar el comportamiento del productor, sino controlar el estado del producto."⁶⁴⁵ De modo que será responsable el productor, con independencia de si tales defectos eran o no perceptibles, si genuinamente adoptó todos los mecanismos de prevención, seguridad y control razonablemente exigibles, etcétera, pues ya no puede librarse de responsabilidad, aunque demuestre que actuó diligentemente. Incluso, el productor llega a responder de lo que TALLONE califica como *escapes* o *fugas*, esto es, "...defectos de fabricación cuya producción es inevitable en el actual estado de los conocimientos técnicos y científicos."⁶⁴⁶

Como afirma CILLERO DE CABO, en estos cuerpos legales (la Directiva 85/374 y la LPD), no se recoge "...ninguna causa particular de exoneración a favor del suministrador final, que, por esta circunstancia, es decir, haber actuado diligentemente, le permita liberarse de la obligación de indemnizar..."⁶⁴⁷, lo que reafirma el cariz de objetivo del sistema de responsabilidad que la norma Comunitaria consagra. Podemos decir que en el TR ocurre exactamente lo mismo y no sólo en relación al productor, sino que también respecto de los demás sujetos

⁶⁴¹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 99.

⁶⁴² Vid. LAMBERT-FAIVRE, I., "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 361.

⁶⁴³ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 17.

⁶⁴⁴ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 45.

⁶⁴⁵ Vid. ALPA, G., "La actuación de la directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor", en Revista Jurídica de Cataluña, 1991, pág. 324.

⁶⁴⁶ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 46.

⁶⁴⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 114.

responsables equiparados a él. Esto no debiera extrañarnos, pues como nos recuerda TORRALBA, en el seno de la UE se observaba "...una tendencia hacia un régimen de responsabilidad objetiva."⁶⁴⁸ En la misma línea, ROJO afirmaba que: "...el camino hacia la responsabilidad objetiva resulta irreversible."⁶⁴⁹ Confirmando las opiniones anteriores, GALGANO señala que "...la solución acogida por la directiva comunitaria, es decir la objetiva responsabilidad extracontractual del productor, parecía una solución connatural a la moderna sociedad industrial, que eleva al productor al papel de sujeto dominante dentro del sistema económico..."⁶⁵⁰

Es de destacar que la EM de la Directiva 85/374, pareciera hacerse una sinonimia entre responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo, más allá de que técnicamente ello sea objetable o discutible.⁶⁵¹ Sin embargo, para HERNANDEZ GIL ello no representa mayor dificultad, pues a su entender los conceptos de responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa, responden a una misma concepción, si bien con diferencias de matices⁶⁵², aunque debemos decir que ese autor no especifica de qué matices se trata. Por su parte, DE ANGEL YAGUEZ los trata como un mismo instituto, al explayarse sobre los contornos actuales de la responsabilidad objetiva.⁶⁵³ Sin embargo, como dijimos, estas opiniones no son compartidas por toda la doctrina y si acudimos a los orígenes de estas tesis del riesgo creado⁶⁵⁴, más bien nos queda la impresión que el riesgo creado es un factor de atribución de responsabilidad objetiva y no la responsabilidad objetiva en sí misma.

Ahora bien, ¿por qué decimos que el sistema de responsabilidad objetiva de la Directiva 85/374, de la LPD y del TR es matizado, es decir, no absoluto? Por la sencilla razón de que todos estos cuerpos legales consagran ciertas causales que permiten al productor exonerarse de responsabilidad, de lo cual nos permitimos concluir que, en realidad, en la Directiva 85/374 y en el TR se alberga un sistema de responsabilidad objetivo matizado o relativo, pues éstas compilaciones admiten la prueba liberatoria del productor en ciertos casos. Es decir, el productor no responde siempre que se ha verificado un daño, lo que sería reflejo de una responsabilidad objetiva absoluta, pues tiene a su haber causales de exoneración de responsabilidad. En efecto, el artículo 7 de la norma Comunitaria concede al

⁶⁴⁸ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 22.

⁶⁴⁹ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 120.

⁶⁵⁰ Vid. GALGANO, F., *"Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi"*, en CI, n° 1, 1992, pág. 7.

⁶⁵¹ Vid. *supra* apartados 3.3.- Sistema de responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa; 3.3.2.1.2.- Factores objetivos de atribución de responsabilidad en el ámbito extracontractual: (i) Los Tradicionales; y (ii) Los que aplican en el ámbito de los productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

⁶⁵² Vid. HERNANDEZ GIL, A., *"Derecho de obligaciones, Obras Completas, Tomo III. Obras Completas"*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pág. 545.

⁶⁵³ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"Tratado de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 55.

⁶⁵⁴ Vid. *supra* apartados 3.3.- Sistema de responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa; 3.3.2.1.2.1.1.- El Riesgo Creado / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

productor una serie de causales de exoneración de responsabilidad, según lee su texto expreso: *“En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.”* A su turno, el artículo 140.1 del TR consagra una serie de causales de exoneración de responsabilidad del productor, si prueba: *“...a) Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.”*

Es de destacar que ni la Directiva 85/374 ni el TR se refieren al caso fortuito y a la fuerza mayor como causales de exoneración de responsabilidad del productor por ruptura del nexo causal. Podría pensarse, dice BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, que tal omisión es reflejo de que tales hechos son indiferentes de cara a la responsabilidad objetiva del productor, aunque este autor concluye que no es así del todo, pues sí puede ser relevante la fuerza mayor, en la medida que tenga la entidad suficiente para romper o eliminar totalmente el nexo causal entre el defecto y el daño. Esto es, sólo si es la única causa del daño⁶⁵⁵, razón por la cual, no puede concluirse que la fuerza mayor no tenga importancia a efectos de eximir de responsabilidad al productor, lo que refuerza que este régimen objetivo que establece la Directiva 85/374 y el TR no es absoluto.

Entonces, fuerza es concluir que el perjudicado por un producto defectuoso que inste por la correspondiente indemnización de perjuicios, tendrá que probar: (i) el defecto; (ii) el daño; y, (iii) la relación de causalidad entre ambos. Por lo que entendemos que no es posible decir que el sistema de responsabilidad sea en este

⁶⁵⁵ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., ‘La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios’, en *“Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores”*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, págs. 125 y ss.

caso objetivo puro o total, en el sentido de que baste la mera producción del daño para hacer responsable al productor, ya que no sólo deben probarse por el perjudicado los 3 aspectos recién comentados (defecto, daño y relación de causalidad entre ellos), sino que además, el responsable goza de ciertas causales de exoneración de responsabilidad, relativizándose de esta manera el rigor de este sistema especial de responsabilidad.

La jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos, vigente la LPD, declarando que la responsabilidad acogida por este cuerpo legal era *"...objetiva, no absoluta permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran..."*, según se desprende de la STS, de 14 de julio de 2003⁶⁵⁶, lo que ratifica la Directiva 85/374 al decir en su EM que *"...únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la nuestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna."*

2.- El sistema de responsabilidad objetiva matizada acogido por la derogada LPD.

Como sabemos, la Directiva 85/374 fue traspuesta en España a través de la LPD, que incorporó a la legislación doméstica un sistema de responsabilidad objetivo en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos⁶⁵⁷, aunque, con mayor precisión, debiéramos concluir, conforme la opinión de RODRIGUEZ CARRION, que la LPD consagró un sistema cuasi objetivo de responsabilidad, *"...basado principalmente en las condiciones del producto defectuoso, con total indiferencia de las circunstancias subjetivas que pudieran derivarse de la conducta del fabricante, favoreciendo de este modo al perjudicado, que sólo habrá de probar el daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre ambos, con independencia total de la culpa del sujeto activo de los daños."*⁶⁵⁸ En abono de este aserto, la EM de la LPD se encargaba de clarificar que el sistema de responsabilidad que instauraba era objetivo, pero no absoluto, pues le permitía al productor exonerarse de toda responsabilidad en los supuestos enumerados en su artículo 6⁶⁵⁹, que podemos

⁶⁵⁶ Vid. STS, (1.ª), de 14 de julio de 2003, ponente sr. O'Callaghan Muñoz, en EC, nº 70, 2004, pág. 160.

⁶⁵⁷ Vid. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., *"La incidencia de la Directiva 374/1985 en materia de responsabilidad de productos en el Derecho interno español"*, en AC, nº 44, 1990; ACEDO PENCO, A., *"La aplicación de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su incidencia en los ordenamientos internos. Modificaciones normativas e interpretaciones jurisprudenciales. La oportunidad de una reforma en profundidad"*, en GJUE, núm. 232, 2004.

⁶⁵⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 27.

⁶⁵⁹ Vid. LPD, artículo 6. *"Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: a) Que no habían puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha*

sintetizar así: (i) no haber puesto en circulación el producto; (ii) que dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; (iii) que el producto no se haya fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica; ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; (iv) que el defecto se deba a que el producto se elaboró conforme a normas imperativas existentes; (v) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto, no permitían apreciar la existencia del defecto; y, (vi) se puede exonerar el productor o el importador Comunitario de una parte integrante de un producto terminado, si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el productor de ese producto.

Por ello es que parte de la doctrina criticaba los términos empleados en la EM de la derogada LPD, entendiéndolo que inducían a confusión⁶⁶⁰, pues si bien se dice que el sistema de responsabilidad que funda es objetivo, ocurre que paralelamente recoge un elenco de causales de exoneración de responsabilidad del productor, también posibles de invocar por los sujetos asimilados a él, lo que obviamente demerita o suaviza esa afirmación inicial. Por lo demás, *"...no resulta exacto afirmar que el elemento de la culpabilidad es eternamente ajeno al sistema de responsabilidad civil establecido en la Ley de 6 de julio ya que algunas de las causas de exoneración comprendidas en el artículo 6 descansan sobre la base de un comportamiento diligente o justificado."*⁶⁶¹

Ahora bien, que se trata de un régimen objetivo de responsabilidad matizado, lo respalda un sinnúmero de fallos, entre los que destaca por su contundencia, la STS, de 19 de abril de 2000⁶⁶², que expresa: *"...el criterio de la responsabilidad objetiva del productor es el que permite resolver el problema del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna, y es el que inspira el articulado de la Ley 22/1994."* Idéntica declaración cobija la SAP de Girona, de 9 febrero 1996⁶⁶³; de Valencia, de 16 de septiembre de 2002⁶⁶⁴; de Almería, de 10 de enero de 2003⁶⁶⁵; de Córdoba, de 14 de mayo de 2003⁶⁶⁶; de Granada, de 12 de febrero de 2000⁶⁶⁷;

sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo."

⁶⁶⁰ Crítica que claramente también procede contra la Directiva 85/374.

⁶⁶¹ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 106.

⁶⁶² Vid. RJA 2000/2979.

⁶⁶³ Vid. AC 1996/428.

⁶⁶⁴ Vid. AC 2002/1657.

⁶⁶⁵ Vid. JUR 2003/44564.

⁶⁶⁶ Vid. JUR 2003/151925.

⁶⁶⁷ Vid. AC 2000/851.

de Orense, de 10 noviembre de 1999⁶⁶⁸; de Castellón, de 23 de abril de 2002⁶⁶⁹; de Vizcaya, de 18 de septiembre de 2000⁶⁷⁰; de Madrid, de 21 de marzo de 2003⁶⁷¹; de Asturias, de 25 de marzo de 2003⁶⁷²; etcétera.

Por último, debe advertirse que una minoría de la doctrina sostuvo opiniones diferentes. Verbigracia, para RODRIGUEZ LLAMAS, la LPD más que un régimen de responsabilidad objetiva no absoluta, establecía un sistema de responsabilidad por riesgo.⁶⁷³ Para TOBAJAS, en cambio, la LPD consagraba un régimen de responsabilidad cuasi objetiva⁶⁷⁴, aunque sin explicar mayormente las razones de esta aseveración.

3.- El sistema de responsabilidad objetivo matizado implementado por el TR.

Pese a que el TR no lo dice explícitamente, como hacía la EM de la LPD, se debe concluir que el régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que consagra es objetivo, pues del estudio de sus disposiciones es evidente que la culpabilidad del productor, importador Comunitario o proveedor, es irrelevante para configurar su responsabilidad. Baste leer su artículo 135, que expresa que los productores *"...serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen..."*⁶⁷⁵, para dar por acreditada esta afirmación. A mayor abundamiento, ni el productor ni ningún otro de los sujetos responsables según este texto, puede exonerarse de responsabilidad demostrando que actuó con la diligencia debida. Así lo corroboran la SAP de Tarragona, de 28 febrero de 2008⁶⁷⁶, de Orense, de 5 de marzo de 2009⁶⁷⁷, de las Islas Baleares, de 9 junio de 2009⁶⁷⁸, etcétera.

Empero, este sistema es semi objetivo u objetivo matizado. Su atenuación o carácter relativo puede deducirse de una serie de normas, a saber: (i) del artículo 139, que exige que el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados por un producto defectuoso, deba probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos⁶⁷⁹; (ii) del artículo 140, que consagra una serie de causas de exoneración de responsabilidad en favor del productor, aprovechables

⁶⁶⁸ Vid. AC 1999/2092.

⁶⁶⁹ Vid. JUR 2002/184772.

⁶⁷⁰ Vid. AC 2000/1912.

⁶⁷¹ Vid. JUR 2004/160463.

⁶⁷² Vid. JUR 2003/181516.

⁶⁷³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 85 y 95 y ss.

⁶⁷⁴ Vid. TOBAJAS GALVEZ, O., *"La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 23, 2002, pág. 778.

⁶⁷⁵ Vid. TR, artículo 135. *"Principio general. Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*

⁶⁷⁶ Vid. JUR 2008144040.

⁶⁷⁷ Vid. JUR 2009186963.

⁶⁷⁸ Vid. JUR 2009311386.

⁶⁷⁹ Vid. TR, artículo 139. *"Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."*

por otros sujetos responsables⁶⁸⁰, lo que evidentemente permiten concluir que el sistema de responsabilidad objetivo no es absoluto. De hecho, el precepto del artículo 145 del TR, referido a la culpa del perjudicado, permite rebajar o suprimir la responsabilidad del productor, según las circunstancias del caso, si el daño causado obedeciera conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Vid. TR, artículo 140. "*Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).*"

⁶⁸¹ Vid. TR, artículo 145. "*Culpa del perjudicado. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente.*"

CAPITULO IX

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO.

SUMARIO: 1.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA: IDENTIFICACION DE LOS ELEMENTOS CENTRALES DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD IMPLEMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374. 2.- EL CONCEPTO DE PRODUCTO EN LA DIRECTIVA 85/374, EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR. 2.1.- PRIMERAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE PRODUCTO. 2.2.- DEFINICION NORMATIVA DE PRODUCTO EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 2.2.1.- NOCION DE PRODUCTO EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 2.2.2.- ESPECIFICACION DE LAS EXPRESIONES *BIENES MUEBLES* EMPLEADAS POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR PARA DEFINIR PRODUCTO, INCLUIDO EL CASO DE SU INCORPORACION A UN BIEN INMUEBLE. 2.2.2.1.- DEFINICION DE BIEN MUEBLE. 2.2.2.2.- EL CONCEPTO NORMATIVO DE BIEN MUEBLE EMPLEADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR INCLUYE EL CASO DE INCORPORACION DE UN BIEN MUEBLE A UN BIEN INMUEBLE. 2.2.3.- PRECISION ACERCA DE LA NECESARIA NATURALEZA INDUSTRIAL DEL PRODUCTO PARA SER TAL, SEGUN SU DEFINICION NORMATIVA. 2.2.4.- PRODUCTOS INCLUIDOS EN LA DEFINICION NORMATIVA DE PRODUCTO. 2.2.4.1.- LA ELECTRICIDAD Y EL GAS. 2.2.4.2.- LOS BIENES SUMINISTRADOS AL PERJUDICADO COMO PARTE DE UNA RELACION O PRESTACION DE SERVICIOS. 2.2.4.3.- LOS PRODUCTOS USADOS. 2.2.4.4.- LOS PRODUCTOS ARTESANALES. 2.2.4.5.- LOS BIENES DE PRODUCCION. 2.2.5.- PRODUCTOS NO INCLUIDOS EN LA DEFINICION NORMATIVA DE PRODUCTO DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 2.2.5.1.- LOS INMUEBLES. 2.2.5.2.- LOS SERVICIOS. 2.2.5.3.- SANGRE Y ORGANOS HUMANOS. 2.2.5.4.- SITUACION ESPECIAL DE LAS MATERIAS PRIMAS AGRICOLAS (DE LA TIERRA, DE LA GANADERIA Y DE LA PESCA) Y LOS PRODUCTOS DE LA CAZA, QUE ESTUVIERON INICIALMENTE EXCLUIDAS DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD IMPUESTO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y SUS LEYES TRIBUTARIAS. 2.2.5.4.1.- PRECISION TERMINOLOGICA DE LAS EXPRESIONES *MATERIA PRIMA AGRICOLA* Y *PRODUCTOS DE LA CAZA* UTILIZADOS POR LA DIRECTIVA 85/374; Y DE *MATERIA PRIMA AGRARIA* Y *PRODUCTOS DE LA CAZA* UTILIZADOS POR LA DEROGADA LPD, ANTES DE SU REFORMA Y SU REGULACION EN EL TR. 2.2.5.4.1.1.- EN EL CASO DEL ARTICULO 2 DE LA DIRECTIVA 85/374. 2.2.5.4.1.2.- EN EL CASO DEL ARTICULO 2 DE LA DEROGADA LPD. 2.2.5.4.1.3.- EN EL CASO DEL TR. 2.2.5.4.2.- DELIMITACION DE LA EXPRESION *TRANSFORMACION INICIAL* EMPLEADA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR LA DEROGADA LPD. 2.2.6.- LA AMPLIACION DEL CONCEPTO DE PRODUCTO, A FIN DE INCORPORAR LAS MATERIAS PRIMAS AGRICOLAS Y LOS PRODUCTOS DE LA CAZA. 2.3.- EXEGESIS DEL CONCEPTO NORMATIVO DE PRODUCTO CONFORME EL TEXTO ACTUAL DEL ARTICULO 2 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL ARTICULO 136 DEL TR. 3.- EL CONCEPTO DE PRODUCTO DEFECTUOSO. 3.1.- EL CONCEPTO DE DEFECTO. 3.2.- EL SENTIDO DE LAS FRASES "*...LA SEGURIDAD A LA QUE UNA PERSONA TIENE LEGITIMAMENTE DERECHO...*" EMPLEADA EN LA DEFINICION DE PRODUCTO DEFECTUOSO CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 85/374 Y "*...LA SEGURIDAD QUE CABRIA LEGITIMAMENTE ESPERAR...*" UTILIZADA EN LA DEFINICION DE DEFECTO QUE CONSAGRA EL TR. 3.3.- EL ALCANCE DE LA FRASE "*...TENIENDO EN CUENTA TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS...*" QUE EMPLEAN LAS DEFINICIONES DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 3.3.1.- LA PRESENTACION DEL PRODUCTO. 3.3.2.- SU USO RAZONABLEMENTE PREVISIBLE. 3.3.3.- EL MOMENTO DE SU PUESTA EN CIRCULACION. 3.4.- EL SENTIDO DE LA FRASE: "*EN TODO CASO, UN PRODUCTO ES DEFECTUOSO SI NO OFRECE LA SEGURIDAD NORMALMENTE OFRECIDA POR LOS DEMAS EJEMPLARES DE LA MISMA SERIE...*", EMPLEADA PRIMERO POR EL ARTICULO 3.2 DE LA DEROGADA LPD Y MAS TARDE POR EL ARTICULO 137.2 DEL TR. 3.5.- EL SENTIDO DE LA FRASE: "*UN PRODUCTO NO PODRA SER CONSIDERADO DEFECTUOSO POR EL SOLO HECHO DE QUE TAL PRODUCTO SE PONGA POSTERIORMENTE EN CIRCULACION DE FORMA MAS PERFECCIONADA...*", EMPLEADA PRIMERO POR EL DEROGADO ARTICULO 3.3 DE LA LPD Y MAS TARDE POR EL ARTICULO 137.3 DEL TR. 3.6.- EL SISTEMA DE EVALUACION DE SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS, AL TENOR DE LA DEFINICION DE DEFECTO DE LA DIRECTIVA 85/374. 3.7.- DIFERENCIA ENTRE PRODUCTO DEFECTUOSO Y VICIO PROPIO DEL PRODUCTO (VICIOS REDHIBITORIOS DEL PRODUCTO). 3.8.- LA SUPERPOSICION ENTRE INSEGURIDAD DE UN PRODUCTO Y DEFECTO DE UN PRODUCTO. NECESIDAD DE TENER PRESENTE LOS ALCANCES DE

CADA CONCEPTO Y DE CLARIFICAR SUS POSIBLES RELACIONES. 3.9.- TIPOS DE DEFECTOS QUE PUEDEN PRESENTAR LOS PRODUCTOS. 3.9.1.- EL CONCEPTO UNICO DE DEFECTO QUE CONSAGRA LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR, VERSUS LA TIPOLOGIA DE DEFECTOS QUE CONSTRUYO LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA. 3.9.2.- TIPOLOGIA DE DEFECTOS DE LOS PRODUCTOS. 3.9.2.1.- DEFECTO DE FABRICACION (O DEFECTOS DE FABRICACION EN SENTIDO ESTRICTO). 3.9.2.1.1.- DEFINICION. 3.9.2.1.2.- COMPROBACION DEL DEFECTO DE FABRICACION. 3.9.2.1.3.- LA VINCULACION ENTRE EL DEFECTO DE FABRICACION Y LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 3.9.2.1.4.- LAS ETAPAS DE FABRICACION DE UN PRODUCTO Y LA POSIBLE APARICION DE DEFECTOS EN CADA UNA DE ELLAS. 3.9.2.2.- DEFECTO DE CONCEPCION O DE DISEÑO. 3.9.2.2.1.- DEFINICION. 3.9.2.2.2.- ETAPAS POR LAS CUALES ATRAVIESA EL DISEÑO O PROYECTO DE UN PRODUCTO. 3.9.2.2.3.- VALORACION DE UN DEFECTO DE DISEÑO. 3.9.2.2.4.- RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL DISEÑADOR O PROYECTISTA. 3.9.2.3.- DEFECTO DE INFORMACION, DE INSTRUCCIONES SOBRE USO O CONSUMO, O DE ADVERTENCIAS SOBRE LOS RIESGOS DEL PRODUCTO. 3.9.2.3.1.- DEFINICION. 3.9.2.3.2.- CRITERIOS PARA VALORAR LA IDONEIDAD DE LAS INSTRUCCIONES, ADVERTENCIAS E INFORMACIONES. 3.9.2.3.3.- VINCULACION ENTRE INFORMACION, ADVERTENCIAS E INSTRUCCIONES Y EL DEBER DE COMERCIALIZAR UNICAMENTE PRODUCTOS SUFICIENTEMENTE SEGUROS QUE SANCIONA EL RD 1801/2003 Y OBLIGACIONES SEMEJANTES, SEGUN LA INDUSTRIA DE QUE SE TRATE. 3.9.2.3.4.- ¿SOBRE QUE RIESGOS SE DEBE INFORMAR, INSTRUIR O ADVERTIR? 3.9.2.3.5.- LAS INFORMACIONES, INSTRUCCIONES Y ADVERTENCIAS NO SOLUCIONAN NI SALVAN DEFECTOS DE FABRICACION O DE DISEÑO. 3.9.2.3.6.- ¿A QUIENES SE DEBE INFORMAR, INSTRUIR O ADVERTIR? ESPECIAL MENCION A LA *LEARNED INTERMEDIARY RULE* O REGLA DEL INTERMEDIO INSTRUIDO. 3.9.2.3.7.- DEBERES DE INFORMACION Y ADVERTENCIAS POSTERIORES A LA COMERCIALIZACION DEL PRODUCTO. 3.9.2.4.- DEFECTOS CAUSADOS POR LA MANIPULACION DEL PRODUCTO. 3.9.2.5.- DEFECTOS DERIVADOS DE UNA DEFECTUOSA CONSERVACION DEL PRODUCTO. 3.9.3.- METODOLOGIA DE EVALUACION DE LOS TIPOS DE DEFECTO DE UN PRODUCTO. 3.9.3.1.- SISTEMA ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR. 3.9.3.2.- SISTEMA ACOGIDO POR LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA, PARTICULARMENTE EN EL CASO DE DEFECTOS DE DISEÑO. 3.9.4.- EVENTUAL RELACION ENTRE LOS DEFECTOS DE DISEÑO Y LOS DEFECTOS DE INFORMACION. 3.10.- ¿QUE COMPRENDE LA PRUEBA DE LOS DEFECTOS DE UN PRODUCTO? 4.- EL PRODUCTOR. 4.1.- LA OPCION DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR POR UN CONCEPTO AMPLIO DE PRODUCTOR. 4.2.- DEFINICION DE FABRICANTE Y DE PRODUCTOR. 4.2.1.- EL FABRICANTE. 4.2.1.1.- DEFINICION. 4.2.1.2.- LA IMPORTANCIA DE RESCATAR ESTA DEFINICION. 4.2.2.- EL PRODUCTOR. 4.2.2.1.- DEFINICION. 4.3.- SUJETOS ASIMILADOS AL PRODUCTOR EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 4.3.1.- EL PRODUCTOR APARENTE. 4.3.1.1.- DEFINICION. 4.3.1.2.- LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN APAREJAR AL PRODUCTOR APARENTE AL PRODUCTOR. 4.3.1.3.- RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR APARENTE. 4.3.1.4.- CASOS EN QUE NO SE CONFIGURA UN PRODUCTOR APARENTE, DE CONFORMIDAD A LO PREVISTO EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR SOBRE ESTE SUJETO ASIMILADO AL PRODUCTOR. 4.3.1.5.- EL ALCANCE INTERPRETATIVO DE LA DEFINICION NORMATIVA DE PRODUCTOR APARENTE. 4.3.1.6.- EL CASO DEL FRANQUICIADO COMO PRODUCTOR APARENTE. 4.3.2.- EL PRODUCTOR DE PARTE COMPONENTE (PRODUCTOR PARCIAL) Y EL PRODUCTOR DE MATERIA PRIMA. 4.3.2.1.- DEFINICION. 4.3.2.2.- ALCANCE DE SU RESPONSABILIDAD. 4.3.3.- EL IMPORTADOR COMUNITARIO. 4.3.3.1.- DEFINICION. 4.3.3.2.- ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL IMPORTADOR COMUNITARIO DE UNA PARTE INTEGRANTE O DE UNA MATERIA PRIMA. 4.3.3.3.- REQUISITOS PARA QUE PROCEDA ESTA ASIMILACION ENTRE EL IMPORTADOR COMUNITARIO Y EL PRODUCTOR. 4.3.3.4.- RAZONES QUE JUSTIFICAN LA ASIMILACION DEL IMPORTADOR COMUNITARIO AL PRODUCTOR. 4.3.4.- EL PROVEEDOR (SUMINISTRADOR FINAL EN LA NOMENCLATURA EMPLEADA POR LA DEROGADA LPD). 4.4.- ANALISIS DE LA SITUACION DE OTROS AGENTES ECONOMICOS QUE INTERVIENEN EN LA CADENA DE PRODUCCION O COMERCIALIZACION DEL PRODUCTO, QUE PUDIEREN SER ASIMILADOS AL PRODUCTOR. 4.4.1.- EL ENVASADOR O EMBALADOR DEL PRODUCTO. 4.4.2.- EL INSTALADOR. 4.4.3.- EL *ASSEMBLER* O ENSAMBLADOR. 4.4.4.- LA SITUACION DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS QUE INTERVIENE EN EL PROCESO FABRIL DE UN PRODUCTO. 4.4.5.- EL PRODUCTOR BAJO PATENTE INDUSTRIAL O LICENCIA Y EL LICENCIANTE. 4.4.6.- EL PRODUCTOR QUE CEDE O APORTA A UNA ASOCIACION EMPRESARIAL UNA PATENTE INDUSTRIAL. 4.4.7.- LOS CASOS DE INTEGRACIONES VERTICALES Y HORIZONTALES DE EMPRESAS. 4.4.8.- EL DISTRIBUIDOR. 4.4.9.- EL ARTESANO. 4.4.10.- EL PRODUCTOR COMITENTE Y EL PRODUCTOR COMETIDO. 4.4.11.- EL CONSUMIDOR QUE MANDA ELABORAR BIENES CONFORME DETERMINADAS ESPECIFICACIONES. 4.5.- LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR (FINAL) FRENTE A UN DEFECTO DE UNA PARTE INTEGRANTE O DE UNA MATERIA PRIMA QUE SE INCORPORA O INTEGRA AL PRODUCTO TERMINADO. 4.6.-

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SUJETOS RESPONSABLES POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 5.- EL PERJUDICADO. 5.1.- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL SUJETO PROTEGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR. 5.2.- DEFINICION DE PERJUDICADO. 5.3.- EL CONCEPTO DE PERJUDICADO Y SU RELACION CON LA NOCION DE CONSUMIDOR. 5.4.- ¿PUEDEN SER PERJUDICADO PARA LOS EFECTOS DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR LAS PERSONAS JURIDICAS? 5.5.- SITUACIONES BORDE, DONDE NO QUEDA CLARO SI EL DAÑO POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO ES UN CONSUMIDOR -EN SENTIDO LATO-, O UN PRODUCTOR. 5.6.- ¿QUIEN NO CALIFICA COMO PERJUDICADO EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR? 5.7.- ¿QUE DAÑOS DEBE HABER SUFRIDO UNA PERSONA PARA SER CONSIDERADO PERJUDICADO? 6.- LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO Y SU IMPORTANCIA EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 6.1.- LA PUESTA EN CIRCULACION COMO CONDICION DE APLICABILIDAD DEL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS INSTAURADO POR LA DIRECTIVA 85/374. 6.2.- DEFINICION DE PUESTA EN CIRCULACION. 6.3.- LA IMPORTANCIA DE LA PUESTA EN CIRCULACION COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE LA DEFINICION NORMATIVA DE PRODUCTO DEFECTUOSO DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 6.4.- ¿CUANDO SE PONE EN CIRCULACION UN PRODUCTO? 6.5.- RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR CUANDO EL PRODUCTO HA CIRCULADO, PERO NO POR SU VOLUNTAD. 6.6.- ANALISIS DE LA SITUACION DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO QUE CAUSA UN DAÑO ANTES DE HABER SIDO PUESTO EN CIRCULACION POR EL PRODUCTOR. 6.7.- ¿EXISTE UNA SOLA PUESTA EN CIRCULACION O SON POSIBLES VARIAS PUESTAS EN CIRCULACION? Y DE SER POSIBLE ESTO ULTIMO, ¿CUAL DE ELLAS ES RELEVANTE PARA LOS EFECTOS DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR? 6.8.- EFECTOS DE LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO. 6.9.- PROFESIONALIDAD DE QUIEN REALIZA LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO Y CARACTER ECONOMICO DE ELLA, COMO REQUISITOS PARA LA APLICACION DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 6.10.- LA PUESTA EN CIRCULACION VOLUNTARIA DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO. 6.11.- LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO MEJORADO.

1.- Planteamiento del tema: identificación de los elementos centrales del régimen de responsabilidad implementado por la Directiva 85/374.

Si tuviésemos que definir cuál es el elemento medular del sistema de responsabilidad por productos defectuosos implementado por la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias, probablemente debiésemos quedarnos con el concepto de producto y más específicamente, con el de producto defectuoso.⁶⁸²

De hecho, el artículo 1 de la Directiva 85/374 nos permite aventurar tal conclusión, pues la responsabilidad del productor, según su texto expreso, nace en razón de los defectos que puedan tener los productos que elabora. Así se concluye de este precepto, que dice, en lo pertinente: *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos."* A la misma reflexión nos lleva el artículo 135 del TR, que reitera lo anterior, expresando que: *"Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."* Disposición que en lo medular repetía el artículo 1 de la LPD.⁶⁸³ La jurisprudencia del TS no se queda atrás, concluyendo la STS, de 15 de Marzo de 1989, que: *"...El fabricante debe ser responsabilizado del buen funcionamiento de todos los elementos y tanto más de aquellos cuyas anomalías pueden dar lugar a un grave accidente, aunque hayan sido fabricados por otras empresas, ya que el hecho de su incorporación por él, inicial o posterior, al conjunto del aparato precisa su comprobación minuciosa."*⁶⁸⁴ Agrega la STS, de 23 de Mayo de 1991, que: *"...El derecho comunitario, representado por la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985, entiende que tanto el productor, como los demás intervinientes en el proceso de elaboración y comercialización de productos defectuosos, son responsables de los daños que ocasionan, pues, según su precepto 25, el perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los perjuicios que el consumo de bienes o la utilización de servicios le causen, salvo que aquellos tengan su origen en su culpa; circunstancia, que, en forma alguna, se acreditó en el proceso. Asimismo, el artículo 26 contiene el principio de responsabilidad de los fabricantes por daños y perjuicios que a los consumidores finales ocasionen el gasto de los productos elaborados y, en su caso, mercantilizados, bastando para obtener el resarcimiento que los consumidores aporten probanzas de los daños, de la relación de causalidad entre éstos y el consumo del producto defectuoso y, asimismo, acreditan relación-responsable del producto con la persona física o jurídica contra la que se ejerciten las correspondientes acciones, produciéndose de esta manera inversión de la carga de probar en forma de*

⁶⁸² Vid. *infra* apartado 3.- El concepto de producto defectuoso / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁶⁸³ Vid. LPD, artículo 1. *"Principio general. Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*

⁶⁸⁴ Vid. VIGURI PEREA, A., *"La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano"*, Comares, Granada, 1995, pág. 353.

contraprueba a cargo del vendedor, concretada a ausencia de propio actuar culposo, doloso, negligente u omisivo. Incluso la Directiva amplía la responsabilidad civil (artículo 28), a los daños originados por el correcto uso y consumo de bienes y servicios, que por su propia naturaleza o reglamentariamente, incluyan necesariamente garantía, a niveles determinados, de pureza, eficacia o seguridad, enumerándose entre dichos bienes, los vehículos de motor. El ordenamiento jurídico español de la defensa de los consumidores que la Constitución refiere en sus artículos 51-1 y 2, no han efectuado su debido y necesario acoplamiento a la legislación comunitaria, no obstante la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevé el problema de la responsabilidad civil, que divide en dos áreas diferenciadas: a) La objetiva –como excepcional- (artículo 28), en cuanto dispone que en todo caso, se someten a este régimen de responsabilidad los vehículos a motor..., b) La subjetiva (artículos 25, 26 y 27), que tienen carácter general, basada en la culpa del sujeto responsable, que se presume, pero que puede exonerarse de su deber indemnizatorio probando, bien que el consumidor, o las personas que deban responder civilmente, han hecho un uso indebido, negligente o temerario del producto, o bien que se han cumplido todas las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos y se han adoptado aquellas diligencias y previsiones acordes con la naturaleza y especialidad de las mercaderías que han incorporado al tráfico comercial y ofertado a los posibles usuarios de la misma.”⁶⁸⁵

Entonces y si bien es posible concluir que el elemento objetivo del régimen de responsabilidad por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374 es el producto defectuoso, pareciera ser que ello no es suficiente para precisar los contornos de este sistema. Por lo pronto, nos quedaría precisar a quién se le debe atribuir esa responsabilidad, transformándolo en el sujeto pasivo de toda reclamación de daños por productos. Es decir, hablamos del elemento subjetivo que instituye la Directiva 85/374 como responsable, esto es, el productor y todos los sujetos -agentes económicos que participan en la cadena de valor del producto-, que son asimilados a él por la Directiva 85/374, incluido el proveedor reunidos ciertos requisitos. Sujeto pasivo que además, por extensión, define también al legitimado activo, quien como perjudicado por el defecto del producto puede reclamar las indemnizaciones a que hubiese lugar.

Aunque bien mirado el punto, parece que tampoco podríamos contentarnos con haber despejado el ámbito objetivo y subjetivo de este sistema de responsabilidad por productos defectuosos construido por la Directiva 85/374, pues podría ocurrir que el producto defectuoso nunca llegue al mercado y jamás fuese posible de consumir, caso en el cual, el recurso a este sistema especial de responsabilidad no tendría ningún sentido práctico. En base a esta consideración, nos atrevemos a sostener que otra pieza clave en el sistema de responsabilidad contemplado por la

⁶⁸⁵ Vid. VIGURI PEREA, A., “La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano”, Comares, Granada, 1995, págs. 354 y 355.

Directiva 85/374, es la puesta en circulación de un producto. Esto es, el hecho concreto de que el producto defectuoso sea introducido al mercado, poniéndolo en los canales de distribución. Solo así podrá llegar a ser consumido o usado e, hipotéticamente, causar un daño a quien lo use, consuma, emplee o simplemente tenga contacto o cercanía con él. Con todo, hay voces disidentes, que enfatizan la esencialidad de la puesta en circulación del producto defectuoso, como gatillante de este régimen especial de responsabilidad, según veremos más adelante.⁶⁸⁶

Y una vez en el mercado, este producto defectuoso, al ser consumido, usado o por la mera cercanía con él, causa un daño que, verificado, permite obtener una indemnización. Nos parece que estos 3 conceptos –producto defectuoso, productor y puesta en circulación-, son los ejes cardinales del sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos implementado por la Directiva 85/374 y por su ley española de actuación, el TR.

Al aceptarse la imbricación de estos 3 ejes, podría pensarse que cada uno de ellos ha recibido una exquisita y pormenorizada regulación, acotándose su definición, elementos, características, etcétera. Sin embargo, ello no es así. Un simple examen preliminar de estos institutos, nos demuestra que sus definiciones han sido amplias y, lo que es peor, los términos y expresiones empleados por el legislador para conceptualizarlos, a su vez, admiten diversas interpretaciones y dan pábulo a más de una discusión sobre sus reales significados y alcances. La solución, como es usual en estos casos, ha venido del trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia, que han procurado contornear estos institutos, a fin de servir a sus primigenios propósitos: proteger al perjudicado por un producto defectuoso, lo que se traduce, normalmente, en tutelar su legítima aspiración a ser resarcido integralmente, de todo daño sufrido.

Veamos pues, que se entiende por cada uno de estos 3 conceptos fundamentales, lo que nos permitirá, a su vez, correlacionarlos con otros elementos importantes en el sistema de responsabilidad creado por la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias.

2.- El concepto de producto en la Directiva 85/374, en la derogada LPD y en el TR.

2.1.- Primeras aproximaciones al concepto de producto.

La aplicación del régimen de responsabilidad instituido por la Directiva 85/374, la LPD y el TR, se debe estudiar, substancialmente, en base a los bienes que originan los daños, es decir, los productos. Ellos constituyen su ámbito objetivo de aplicación, por lo que la definición y alcances de esta expresión, determinará la

⁶⁸⁶ Vid. *infra* apartado 6.- La puesta en circulación de un producto y su importancia en la Directiva 85/374 y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

aplicación o inaplicación de estos cuerpos normativos. Por ende, su depuración conceptual se torna esencial, pues es de los conceptos más importantes en torno a los cuales gira la regulación impuesta por la Directiva 85/374, en su tiempo por la LPD y por el TR.⁶⁸⁷

Sin embargo, esta labor no es nada fácil, pues la definición de producto consagrada en la Directiva 85/374 no es precisa, dando pábulo a diferentes interpretaciones. Atestiguan lo anterior, HIDALGO y OLAYA, para quienes “...la inconcreción de la Directiva, en cuanto a la extensión o conceptualización de los elementos que conforman la definición de producto, dificultan la limitación del concepto producto...”⁶⁸⁸; precisión que, en definitiva, deberá consumir cada Estado miembro de la UE por medio de sus normas de trasposición y la activa intervención de sus tribunales de justicia.

En una suerte de aproximación a la noción de producto, podemos considerar una serie de términos relacionados, a fin de ilustrar este concepto.

Etimológicamente, la expresión bien proviene del latín *bonum*, que significa bienestar, por lo que MENANTEAU, siguiendo las disposiciones contenidas en los artículos 565 y siguientes del CCch, expresa que: “...bienes son todas las cosas que pudiendo procurar el hombre una utilidad, son susceptibles de apropiación privada...”⁶⁸⁹ Desde un ángulo hermenéutico, conforme lo dispone el artículo 3.1 del CC, “...las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras.” Conforme esta regla de interpretación legal, producir, según el Diccionario de la Lengua Española, significa “fabricar, elaborar cosas útiles”⁶⁹⁰, de lo que se colige que la voz *producto* lleva implícita la necesidad de elaborar o fabricar cosas por parte del fabricante o productor que, en cuanto tienen valor o apreciación económica, conforme la cual se impone un distingo entre las acepciones producto y mercadería, que, partiendo de un concepto económico de bien, sostiene que los bienes son las cosas que el hombre reputa aptas para satisfacer sus necesidades y que se encuentran disponibles para ello. Productos, a su turno, son los bienes que implican un trabajo humano. Y mercaderías, finalmente, son los bienes que se destinan al intercambio en el mercado. Así, la existencia de un bien supone la concurrencia de tres requisitos: (i) que el sujeto experimenta una necesidad; (ii) que el sujeto reputa que la cosa satisface tal necesidad; y, (iii) que tal cosa esté disponible al efecto.

⁶⁸⁷ Vid. CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., “Derecho de Daños”, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 428.

⁶⁸⁸ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., “Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante”, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 216.

⁶⁸⁹ Vid. MENANTEAU HORTA, H., “Manual de Derecho de Protección al Consumidor”, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2000, pág. 18.

⁶⁹⁰ Vid. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Edición, 1984.

Entonces, tratando de contextualizar la palabra producto, *prima facie*, debe entenderse que es el resultado de un proceso fabril, realizado, normalmente, bajo la forma de empresa. Son los artículos que salen de las fábricas, ya para servir de insumos para la fabricación de otros bienes, ya para ser usados o consumidos en forma directa por el público. Por lo que, desde el ángulo de los productos elaborados, la noción de producto comprende, según MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, “...*todos los bienes y servicios que la industria y la tecnología han lanzado en forma masiva al mercado del consumo –ya sea alimentos, medicamentos, cosméticos, productos químicos, aparatos electrónicos, automotores, para citar algunos- y que son adquiridos por el sujeto a quien están destinados: el consumidor o usuario inicialmente no identificado.*”⁶⁹¹ CASAS DE CHAMORRO, a su turno, los conceptualiza como “...*aquellos que son el resultado de un proceso de industrialización, más o menos completo, pero que significa introducir en la materia prima originaria, transformaciones de alguna índole.*”⁶⁹² Para FARINA, un producto elaborado es “...*toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso haya intervenido la actividad humana, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo su desarrollo (por ejemplo la aplicación de fertilizantes, etcétera), como su conservación, fraccionamiento o envase.*”⁶⁹³

Entonces, considerando las nociones y conceptos antes dichos, se puede definir producto, según HELLER, “...*como el bien obtenido como resultado de combinar en un proceso de producción varios medios o factores de ésta*”⁶⁹⁴; o bien, siguiendo a NAPOLEONI, como “...*el resultado de una actividad productiva, es decir, el bien en el que otros bienes se han transformado, pudiendo ser un bien de consumo o un factor de producción.*”⁶⁹⁵ Vale decir, se alude a una cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso, ha intervenido la actividad humana. Destacamos que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo, como a su conservación, fraccionamiento y envase.

⁶⁹¹ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., “*La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, Tendencias y Prospectiva*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 82.

⁶⁹² Vid. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, L. M., “*Lineamientos fundamentales para la protección de las víctimas de daños por productos elaborados*”, en ED, 121-924.

⁶⁹³ Vid. FARINA, J. M., “*Defensa del Consumidor y del Usuario*”, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 326.

⁶⁹⁴ Vid. HELLER, W., “*Diccionario de economía política*”, Editorial Labor, 1965, pág. 376.

⁶⁹⁵ Vid. NAPOLEONI, C., “*Curso de Economía Política*”, Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1981, pág. 31.

En términos mucho más específicos, LARROUMET concluye que producto es un bien destinado a ser puesto en circulación.⁶⁹⁶

2.2.- Definición normativa de producto en la Directiva 85/374 y en el TR.

2.2.1.- Noción de producto en la Directiva 85/374 y en el TR.

Contribuye a la precisión hermenéutica del concepto legal de producto, el Considerando 3º de la Directiva 85/374, que al decir de HIDALGO y de OLAYA, *"...delimita, en forma generalizada, el objeto de la responsabilidad que ampara la legislación especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos..."*⁶⁹⁷, explicitando que son objeto de protección los bienes muebles producidos industrialmente, como también los bienes muebles utilizados en la construcción de inmuebles o los que se incorporen a los mismos, excluyéndose -originalmente- los productos agrícolas y de caza, a menos que ellos mismos hayan resultado transformados o hayan sido objeto de un proceso industrial. En ese sentido, el artículo 2 de la Directiva 85/374, antes de su reforma⁶⁹⁸, definía el concepto de producto y los de materias primas agrícolas, a los efectos de su inclusión o exclusión respectivamente, dentro del compendio del concepto de producto, disponiendo que: *"A los efectos de la presente Directiva, se entiende por producto cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aún cuando está incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por materias primas agrícolas los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por producto se entiende también la electricidad."*⁶⁹⁹ Este precepto, como se ve, se refería a producto genéricamente, entendiendo por tal, los bienes muebles, con excepción de las exclusiones antes dichas. Sin embargo, para parte de la doctrina, el concepto es todavía más puro, pues se emplearía por la

⁶⁹⁶ LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 85.

⁶⁹⁷ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 216. / Vid. Directiva 85/374, Considerando 3º. *"Considerando que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente; que, en consecuencia, procede excluir los productos agrícolas y de la caza de esta responsabilidad, excepto en el caso en que hayan pasado por una transformación de tipo industrial que pudiera causar un defecto en tales productos; que la responsabilidad que establece la presente Directiva debería aplicarse también a los bienes muebles que se utilicen en la construcción de inmuebles o se incorporen a bienes inmuebles;..."*.

⁶⁹⁸ Cuyo texto primitivo excluía ciertas materias primas, como las agropecuarias, las de la acuicultura, los productos de la tierra, de la caza y de la pesca, mismo que fue modificado a partir del 4 de Diciembre del 2000, con la reforma de la Directiva 85/374, acordada en Bruselas el 10 de Mayo de 1999 por el Parlamento Europeo, a través de la Directiva 34/1999, con objeto de hacer cesar los primitivos privilegios conferidos a los agricultores, según veremos más adelante. Vid. *infra* 2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁶⁹⁹ La LPD, en su artículo 2, repetía prácticamente con el mismo tenor el concepto legal de producto, disponiendo: *"1. A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial. 2. Se consideran productos el gas y la electricidad."*

Directiva 85/374, en opinión de LUCEA, "...como sinónimo de cosa mueble"⁷⁰⁰, afirmación que se sustenta -mayormente- en el tenor literal del precepto en comento: "...se entiende por producto cualquier bien mueble...". Por su parte, el artículo 136 del TR, consagra la siguiente definición de producto: "A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad", que, como se ve, sigue la misma línea conceptual de la Directiva 85/374 en esta materia.

Dice FERNANDEZ ROMO, a propósito del concepto legal de producto, que, en definitiva "...se trata de un amplio elenco no tasado, ya que todo es o puede ser producto, incluso la persona, el ser humano, puede ser considerado producto. Es una materia interdisciplinar la que se halla implicada, puesto que la inclusión dentro del producto no se refiere únicamente al bien en sí, sino a la propia literatura técnica que acompaña al producto, y las prescripciones, recomendaciones o instrucciones, a las propias garantías de calidad;..."⁷⁰¹ Por ende, se puede concluir que la voz producto, desde el punto de vista de su definición normativa en la Directiva 85/374 y en el TR, comprende el contenido y también el continente y todo lo que lo acompaña. Por lo mismo, la publicidad del producto integra las características del mismo, así como su presentación, su literatura y documentación técnica, de haberla, según veremos enseguida.⁷⁰²

2.2.2.- Especificación de las expresiones *bienes muebles* empleadas por la Directiva 85/374 y por el TR para definir producto, incluido el caso de su incorporación a un bien inmueble.

2.2.2.1.- Definición de bien mueble.

Ocurre que ni la Directiva 85/374 ni el TR definen lo que debe entenderse por bien mueble, pese a que ambos textos hacen referencia a los *bienes muebles* al definir producto, extremo de la mayor importancia, pues está sirviendo al propósito de delimitar la noción de producto para los fines de este régimen especial, y, por ende, decidir sobre la inclusión o exclusión de un determinado bien o artículo de su ámbito objetivo de aplicación.

Entonces, nos encontramos ante un concepto crucial, que esta legislación especial no define. En ausencia de una definición normativa especial, ella debe buscarse, naturalmente, en el Derecho Civil de cada Estado miembro de la UE. En el caso

⁷⁰⁰ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 23.

⁷⁰¹ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "La responsabilidad civil del producto", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 38.

⁷⁰² Vid. *infra* apartado 3.3.1.- La presentación del producto; apartado 3.9.2.3.- Defecto de información, de instrucciones sobre uso o consumo, o de advertencias sobre los riesgos del producto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

Español, concretamente aludimos a los artículos 333 al 337 del CC⁷⁰³, pues en opinión de RIBO y PUIG BRUTAU, la definición de bien mueble que determina el CC, es el punto de partida para precisar el concepto de producto, a los efectos de la normativa especial en cita.⁷⁰⁴ El artículo 335 del CC dispone: “*Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieran unidos.*” Por ende, explican HIDALGO y OLAYA, tanto al tenor del artículo 2 de la Directiva 85/374, como del artículo 136 del TR, debe entenderse por bien mueble “*...aquellas cosas susceptibles de apropiación, que pueden ser trasladadas de un punto a otro de espacio por obra del hombre o por ellas mismas, incluyéndose aquellos bienes muebles incorporados o unidos a un bien inmueble, siempre que el bien mueble incorporado al bien inmueble sea o devenga en accesorio o independiente con respecto al mismo...*”.⁷⁰⁵ Esta definición no coincide, exactamente, con la extraída del CC, ya que pareciera ser que el concepto de bien mueble al que se acude en esta nomenclatura especial, está extendido o forzado en comparación a su homónimo del CC, pues incluye cosas que, de cara a la legislación común, serían bienes inmuebles. De este modo, quedan comprendidos en el concepto de bien mueble, a efectos de considerarlos como productos, aquellos inmuebles denominados inmuebles por destinación y los inmuebles por incorporación.

2.2.2.2.- El concepto normativo de bien mueble empleado por la Directiva 85/374 y por el TR incluye el caso de incorporación de un bien mueble a un bien inmueble.

Siguiendo lo expuesto en el apartado precedente, es evidente que para esta legislación especial, el hecho que un bien mueble se incorpore a un bien inmueble no lo hace perder la condición de bien mueble - “*...sobre todo cuando ése es su fin y utilidad normal...*”⁷⁰⁶ sentencian los BERCOVITZ- y, por ende, de producto, en circunstancias que para el Derecho común esta confusión normalmente lo debiera transformar en un bien inmueble, sea por incorporación, sea por destinación.

Esta suerte de galimatía conceptual, que evidentemente busca ampliar el concepto de producto para extender el ámbito objetivo de aplicación de esta compilación especial, desde un punto de vista tutelar puede merecer elogio, pero desde un ángulo estrictamente dogmático, nos permitimos aventurar un reproche, pues de

⁷⁰³ En Chile los define el artículo 567 del CCch, expresando que: “*Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.*” Su inciso II agrega que: “*Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570.*”

⁷⁰⁴ Vid. RIBO DURAN, L., “*Diccionario de Derecho*”, Bosch, Barcelona, 1995; PUIG BRUTAU, J., “*Compendio de Derecho Civil*”, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 306 y ss.

⁷⁰⁵ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., “*Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*”, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 220.

⁷⁰⁶ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., “*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*”, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 270.

seguirse tal exégesis interpretativa, se debe concluir que es perfectamente impugnable el concepto normativo de producto como asimilable a cosa mueble, pues una cosa mueble adherida, unida o incorporada a otra inmueble, es cosa inmueble y no mueble como se da a entender de las precitadas disposiciones legales. En fin, es evidente que nos encontramos ante un concepto artificialmente amplio de producto, ya que incluye todos los bienes muebles, aunque se incorporen a otros bienes muebles e inmuebles. Al respecto, dicen HIDALGO y OLAYA, que *"...deben apuntarse como elementos de la conceptualización de bien mueble, por un lado, el hecho que un bien mueble no pierde la condición de tal por el hecho de incorporarse otro bien mueble o inmueble,..."*⁷⁰⁷, no es otro el sentido de las expresiones *"incorporado"* del artículo 2 de la Directiva 85/374 y *"unido o incorporado"* del artículo 136 del TR, que reflejan el intento de evitar cualquier confusión acerca del carácter o naturaleza de cosa mueble de un producto, en los casos en que se incorpora o une a otro bien, pues seguirá siendo bien mueble -y por ende producto- aun cuando pase a ser parte integrante de otro bien mueble e incluso, de un bien inmueble, cualquiera que sea la forma o naturaleza de dicha incorporación o unión, a efectos de que siga siendo aplicable este régimen especial de responsabilidad.

Es por ello que siguen siendo producto los materiales de construcción que se unen o incorporan a un inmueble. Empero, no lo son los trabajos de construcción, puesto que ellos constituyen la prestación de un servicio, que está excluido del ámbito de aplicación de esta Ley.⁷⁰⁸ Es el caso del conocido ejemplo de los ladrillos defectuosos con los que se construye un edificio, pues la responsabilidad engarzada en la Directiva 85/374 y en el TR, se materializa por el defecto de los ladrillos que, en cuanto se han incorporado a la edificación, debieran ser considerados como cosa inmueble, pero que para efectos de dar curso a esta responsabilidad especial, se tratan como bienes muebles, léase, nos dice ROYCE-LEWIS, producto y, además, defectuoso.⁷⁰⁹ Por ello es que ALCOVER entiende que *"...los empresarios que se dedican a la construcción pueden ser responsables como distribuidores. Por ejemplo, en el caso del aislante responde como fabricante el productor del mismo y como su distribuidor el constructor del edificio. E incluso si fuese un importador respondería como tal."*⁷¹⁰

2.2.3.- Precisión acerca de la necesaria naturaleza industrial del producto para ser tal, según su definición normativa.

⁷⁰⁷ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 218.

⁷⁰⁸ Nótese que hay un supuesto en que si cabría aplicar esta legislación especial, cual es el caso en que el constructor sea quien proporcione los materiales de construcción defectuosos, ya que en tal caso estaría actuando como proveedor.

⁷⁰⁹ Vid. ROYCE-LEWIS, C. A., *"Product Liability & Consumer Safety"*, ICSA Publishing, Cambridge, 1988, pág. 27.

⁷¹⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 65.

Cabe destacar que la definición positiva de producto que entregan la Directiva 85/374 y el TR, inexplicablemente silencian, como requisito de la noción de producto que entregan, la necesaria naturaleza industrial de un bien para ser considerado producto, al tamiz de estos mismos cuerpos normativos, requisito que, sin embargo, está presente en el antes citado Considerando 3º de la Directiva 85/374, que señala que: *"...el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente..."*⁷¹¹, omisión que estimamos relevante, pues queda de manifiesto que producto es un bien elaborado industrialmente. En igual sentido, RODRIGUEZ CARRION apunta que la noción de producto comprende un amplio repertorio, ya que teóricamente todo puede ser producto, *"...aunque al referirse a bienes muebles producidos industrialmente parece que la idea es la de recoger solamente aquellos bienes elaborados o producidos en serie."*⁷¹²

La duda surgirá, entonces, para todos los casos en que un bien porte un defecto, pero haya sido elaborado artesanalmente, pues no queda claro si puede ser catalogado como producto para efectos de aplicar las disposiciones del TR, situación que analizaremos más adelante.⁷¹³

2.2.4.- Productos incluidos en la definición normativa de producto.

La configuración normativa del concepto producto no es meramente circunstancial, ya que la pretensión de la Directiva 85/374 y del TR es, indudablemente, *"...dotar de protección específica a los usuarios de productos defectuosos industriales fabricados en serie y en masa."*⁷¹⁴ Es por ello que caen dentro de la noción de producto de la Directiva 85/374 y del TR, como destaca ALCOVER, una serie de productos cuya incorporación ha sido discutida, dentro de los cuales están: (i) la electricidad; (ii) el gas; (iii) los productos mineros; (iv) los bienes suministrados al perjudicado como parte de una relación o prestación de servicios; (v) los productos usados; (vi) los productos artesanales; y (vii) los bienes de producción.⁷¹⁵ Por lo que se puede concluir que, más bien por razones de conveniencia y protección, se ha concluido por la doctrina y la jurisprudencia que

⁷¹¹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 3º. *"Considerando que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente; que, en consecuencia, procede excluir los productos agrícolas y de la caza de esta responsabilidad, excepto en el caso en que hayan pasado por una transformación de tipo industrial que pudiera causar un defecto en tales productos; que la responsabilidad que establece la presente Directiva debería aplicarse también a los bienes muebles que se utilicen en la construcción de inmuebles o se incorporen a bienes inmuebles;..."*

⁷¹² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 67.

⁷¹³ Vid. *infra* apartado 2.2.4.4.- Los productos artesanales; apartado 4.4.9.- El artesano / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁷¹⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 115.

⁷¹⁵ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 67.

son producto para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR, los recién nombrados.

Veamos en particular, la situación de algunos de ellos.

2.2.4.1.- La Electricidad y el Gas.

Sobre estos particulares, el TR es más agresivo que la Directiva 85/374, pues ha optado por incorporarlos como productos a ambos, en circunstancias que la Directiva 85/374 sólo se refiere a la electricidad. Entonces, conviene anotar que la definición legal de producto del TR incorpora un nuevo elemento dentro del concepto de producto, no especificado en la Directiva 85/374, como es el gas.

Pese a la inclusión del gas y la electricidad dentro del concepto de producto, la doctrina está conteste en que el alcance de esta incorporación es limitado, pues sólo se cubren los daños surgidos del suministro de estos 2 productos, marginando los perjuicios derivados de instalaciones deficientes o de servicios defectuosos.

2.2.4.2.- Los bienes suministrados al perjudicado como parte de una relación o prestación de servicios.

Es importante dejar asentado que sólo puede acudir a la Directiva 85/374 y al TR, si se demuestra que el perjuicio alegado deriva del defecto de un producto y no de los servicios en que tal producto se empleó, pues los servicios están al margen de estas compilaciones especiales.⁷¹⁶ De hecho, el TJCE, en la sentencia *Veedfald*, de 10 de mayo de 2001⁷¹⁷, aportó una importante precisión sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, al declarar que ella también se aplica a los productos utilizados en el marco de una prestación de servicios.

⁷¹⁶ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *“Contratación y Consumo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 119.

⁷¹⁷ Los hechos en esta causa son los siguientes: En Dinamarca, el 21 de noviembre de 1990, el señor Veefald debía sufrir un trasplante de riñón en el hospital de Skejby. Tras haber extraído el riñón del donante, que era hermano del señor Veefald, se le preparó para el trasplante por medio de una irrigación con un líquido destinado a ese fin. Sin embargo, por ser defectuoso el líquido en cuestión, durante la irrigación se obstruyó una arteria del riñón, por lo que éste resultó inutilizable para cualquier trasplante. El líquido de irrigación había sido fabricado en los laboratorios de la farmacia de otro hospital, el Århus Kommunehospital (Hospital Municipal de Århus), y preparado para su utilización en el hospital de Skejby. La Amtskommune era propietaria y gestora de ambos hospitales. Basándose en la Ley 371, el señor Veefald solicitó una indemnización a la Amtskommune, sin embargo, ésta declinó su responsabilidad, alegando que no había puesto el producto en circulación y que no lo había fabricado con fines económicos, puesto que ambos hospitales están exclusivamente financiados con fondos públicos. El señor Veefald interpuso un recurso contra esta resolución denegatoria de la indemnización reclamada ante el Vestre Landsret (Dinamarca), recurso que fue desestimado mediante sentencia de 29 de septiembre de 1997. Por lo tanto, interpuso un recurso de apelación ante el Højesteret. Por suscitarle dudas la interpretación del Derecho nacional a la luz de las disposiciones de la Directiva 85/374, dicho tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE una serie de cuestiones prejudiciales. En lo que nos interesa, el pronunciamiento del TJCE expresa que el hecho de que el producto utilizado en el marco de un tratamiento médico haya sido fabricado en el establecimiento o haya sido adquirido a un tercero, como podría haber ocurrido en este caso, no es determinante. En efecto, el hecho de que un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios haya sido fabricado por un tercero, por el prestador del propio servicio o por una entidad con él relacionada no puede, por sí mismo, tener incidencia en el hecho de que ha sido puesto en circulación y, por ende, resulte aplicable la Directiva 85/374. Vid. sentencia TJCE *Veefald*, de 10 de mayo de 2001, Asunto C-203/99, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 2001, pág. 13.

2.2.4.3.- Los productos usados.

Como el concepto producto queda definido en términos tan amplios, es indiferente que se trate de un producto nuevo o usado, para efectos de estar comprendido en esta nomenclatura especial, salvo, claro está, que se trate de un artículo de segunda mano vendido ocasionalmente por un particular, pues en este caso no se trataría de una relación empresarial, comercial o profesional por parte del vendedor, lo que lo dejaría al margen de esta disciplina especial.

2.2.4.4.- Los productos artesanales.

Al decir de RODRIGUEZ CARRION, debieran considerarse producto los productos artesanales, por cuanto se trata de un bien mueble, único requisito exigido por esta legislación especial, sin que se hayan excluido a texto expreso.⁷¹⁸

Sin embargo, pensamos que esta aseveración es discutible, pues si bien se trata de bienes muebles, es evidente que su producción no es masiva ni industrializada, lo que los priva de esa naturaleza industrial que caracteriza el concepto normativo de producto. Por lo demás, nos queda la fuerte impresión que no resulta aplicable la tesis del riesgo de empresa en ese caso, basamento esencial del sistema de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, según hemos tenido oportunidad de analizar precedentemente⁷¹⁹, en el bien entendido que se trata de un artesano que labora manualmente y está mínimamente organizado. Pues en caso contrario, si en realidad el artesano es un empresario, aunque opere a una pequeña escala, debiera considerarse que sus artículos elaborados artesanalmente son productos, tal y como se definen por la Directiva 85/374 y el TR.

2.2.4.5.- Los bienes de producción.

Se discute si el concepto de producto queda referido únicamente a los bienes de consumo, o bien puede ser ampliado a los bienes de producción. Según RODRIGUEZ CARRION, los bienes de producción "*...deben quedar incluidos cualquiera que sea su destino, ya que, en definitiva, los perjudicados por tales bienes deben ser considerados destinatarios finales de su uso y utilización*"⁷²⁰, en apoyo de lo cual, acude a la exégesis del derogado artículo 2.1 de la LPD, que al definir legalmente producto, especificaba que se trata de un bien mueble, sin excluir a los bienes de producción.⁷²¹ Lo mismo puede concluirse, incluso con mayor fuerza, de

⁷¹⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 68.

⁷¹⁹ Vid. *supra* apartado 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

⁷²⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 72.

⁷²¹ Vid. LPD, artículo 2.1. *"Artículo 2. Concepto legal de producto. 1. A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto*

la definición legal de producto que cobija el artículo 136 del TR, que considera producto a cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, incluidos el gas y la electricidad.⁷²²

2.2.5.- Productos no incluidos en la definición normativa de producto de la Directiva 85/374 y del TR.

2.2.5.1.- Los Inmuebles.

La exclusión de los inmuebles se justifica, al decir de CONCEPCION RODRIGUEZ, por la *"...suficiente protección de que éstos gozan en las leyes civiles, especialmente, en los preceptos del Código civil relativos a la responsabilidad civil del constructor y del arquitecto, en la interpretación jurisprudencial consolidada y en la Ley 26/1984, de 19 de julio."*⁷²³

Como consecuencia de esta exclusión, fuerza es concluir que ni la Directiva 85/374 ni el TR, protegen los daños y perjuicios ocasionados por bienes inmuebles que estén excluidos del concepto de producto y tampoco los daños ocasionados a consecuencia de la falta de reparación de un bien inmueble, la ruina del mismo, los vicios y defectos de construcción, etcétera; mismos que deberán ser resarcidos en conformidad al Derecho común.⁷²⁴

Por último, es de comentar que el Dictamen de 1 de marzo de 2000, del Comité Económico y Social de la UE, estimó innecesaria la inclusión de los inmuebles dentro del concepto de producto, opinión que a esta fecha no ha cambiado.

2.2.5.2.- Los Servicios.

En ocasiones, puede suceder que la utilización de un producto provoque daños, originados no por una defectuosidad del producto, sino de los servicios empleados para su instalación o uso, caso en el cual, habrán de invocarse las normas sobre protección al consumidor que anidan en el mismo TR o las normas del CC que resulten aplicables⁷²⁵, pero no las normas sobre daños provocados por productos defectuosos contenidas en el TR.⁷²⁶

las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial."

⁷²² Vid. TR, artículo 136. *"Concepto legal de producto. A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad."*

⁷²³ Vid. CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *"Derecho de Daños"*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 428.

⁷²⁴ Se comenta que los bienes inmuebles se excluyeron de los productos amparados por la Directiva 85/374, básicamente porque los Estados miembros de la UE quisieron mantener sus regímenes particulares de responsabilidad en todo lo relativo a la construcción de bienes raíces.

⁷²⁵ En general, sobre el tema de los servicios y sus diversas aristas jurídicas, Vid. DI ROSA, G., *"Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi"*, en Europa e Dir. Priv. 1999-3, págs. 689 y ss.; MULLERAT BALMAÑA, R., *"La responsabilidad del prestador de Servicios. Propuesta de Directiva del Consejo CEE"*, en Comunidades Europeas La Ley, núm. 75, 1992.

⁷²⁶ Vid. ZURITA MARTIN, I., *"Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos"*, en RdP, núm. 12, 2004; SANTOS BRIZ, J., *"La responsabilidad civil en supuesto de prestación de servicios. La propuesta de directiva de la Comunidad Económica Europea de 18 de enero de 1991 y su proyección en el Derecho español"*, en RDP, 1992; PARRA LUCAN, M. A., *"La responsabilidad por los servicios"*

Entonces, los servicios se excluyen de la noción de producto, pues en su caso surge un tipo de responsabilidad distinto, propio de los profesionales que prestan servicios, como un ingeniero, un arquitecto, un médicos, etcétera, opinan GHESTIN y MARKOVITZ, entre otros.⁷²⁷ Con la misma visión, ALCOVER reafirma que en tales casos concurre la responsabilidad típica de los profesionales⁷²⁸ y ello es sin perjuicio de que resulten aplicables las disposiciones del Capítulo II el TR, titulado "*Daños causados por otros bienes y servicios.*"⁷²⁹

Sin duda, hay todo un terreno escabroso cuando el daño puede ser atribuido a un servicio defectuoso, pero también al uso o consumo de un producto defectuoso. Esta situación de borde, judicialmente hablando, presenta el desafío de tener que determinar cuál es la nomenclatura aplicable. Hasta ahora, la doctrina y la jurisprudencia se decantan por la opinión de que el eje de la discusión es el estado defectuoso de un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios y no el carácter defectuoso de la prestación del servicio como tal, afirma GUTIERREZ SANTIAGO.⁷³⁰ La SAP de Albacete, de 9 de marzo de 2000⁷³¹, ayuda a entender este distingo, pues efectúa un preciso análisis entre el gas como producto y el servicio de suministro de gas, entendiendo que "*...el concepto de gas como producto sometido a la Ley 22/1994 ha de ser objeto de interpretación restrictiva, desde el momento en que su inclusión en dicha norma no venía impuesto por la Directiva traspuesta, que sólo hacía referencia a la electricidad...; ...el gas propiamente dicho y las botellas de butano (como cosa mueble) con sus accesorios, están comprendidos en el art. 2...;*" pero, "*...el suministro de butano, en lo que tiene de servicio de comprobación y vigilancia de la seguridad de las instalaciones..., ...no cabe considerarlo comprendido dentro del concepto de producto de la ley 22/1994, sino*

defectuosos: Hacia una armonización de los países miembros de la CEE", en EC, nº 17, 1990; 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en "*Tratado de responsabilidad civil*", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006; MULLERAT BALMAÑA, R., "*La responsabilidad del prestador de Servicios. Propuesta de Directiva del Consejo CEE*", en Comunidades Europeas La Ley, núm. 75, 1992; ORTI VALLEJO, A., "*La Responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*", Thomson Aranzadi, Navarra, 2006; GOMEZ LIGÜERRE, C., "*Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos*", en RDP, julio-agosto, 2009.

⁷²⁷ Vid. GHESTIN, J., MARKOVITZ, Y., "*L'adaptation a la responsabilité des prestataires de services de la directive de la Communauté économique européenne de 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*", en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, nº 3, 1989, págs. 147 y ss.

⁷²⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 65.

⁷²⁹ El artículo 147 consagra un régimen general de responsabilidad por servicios, declarando que: "*Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio.*" A su turno, el artículo 148.1 instaura un régimen especial de responsabilidad, del siguiente tenor: "*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.*"

⁷³⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 74.

⁷³¹ Vid. AC 2000/1145.

del servicio al que alude el art. 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios."

2.2.5.3.- Sangre y órganos humanos.

Si no hay responsabilidad en el caso de un producto que no se ha fabricado para la venta ni en el marco de una actividad empresarial, según veremos más adelante⁷³², para algunos autores la sangre y los órganos humanos no quedan regidos por la Directiva 85/374 ni por el TR. Sin embargo, es menester mencionar que otros autores lo discuten, por entender que debe dárseles el carácter de productos.⁷³³

En nuestra opinión, al menos respecto de la sangre y productos que se sintetizan o elaboran a partir de la sangre, o con componentes de la sangre, esta disciplina especial es plenamente aplicable.

2.2.5.4.- Situación especial de las materias primas agrícolas (de la tierra, de la ganadería y de la pesca) y los productos de la caza, que estuvieron inicialmente excluidas del régimen de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias.

En un principio, estos bienes quedaron excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, por razones eminentemente políticas asevera MILLER⁷³⁴ y de amparo económico y comercial de éstos rubros, pues se intentaba liberar al sector agrícola, típicamente fuerte y contestatario al interior de la UE, de las cargas financieras derivadas de la aplicación de la norma Comunitaria sobre productos defectuosos⁷³⁵, más que por motivos de técnica legislativa o de protección de las eventuales víctimas.⁷³⁶

Empero, esta exclusión, conforme al artículo 15.1.a) de la Directiva 85/374⁷³⁷, era facultativa y no obligatoria para los Estados miembros de la UE, quienes, por ende,

⁷³² Vid. *infra* apartado 4.2.- Definición de Fabricante y de Productor; apartado 6.9.- Profesionalidad de quien realiza la puesta en circulación de un producto y carácter económico de ella, como requisitos para la aplicación de la Directiva 85/374 y del TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁷³³ A favor de su inclusión, Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 68; FAGNART, J. L., *"La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits"*, en Cahiers de Droit Européen, n° 1-2, 1987, págs. 19 y ss.; SEUBA TORREBLANCA, J. C., *"La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial"*, en DPyC, núm. 13, 1999. En contra de su inclusión, Vid. HEWITT, S. W., *"Manufactures Liability for Defective Goods"*, Blackwell Scientific Publ., Oxford, 1987.

⁷³⁴ Vid. MILLER, C. J., *"Product Liability & Safety Encyclopedia"*, Butterworths & Company, London, 1979, pág. 53.

⁷³⁵ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 70.

⁷³⁶ Vid., por todos, MILLER, C. J., *"Product Liability & Safety Encyclopedia"*, Butterworths & Company, London, 1979, pág. 53.

⁷³⁷ Directiva 85/374, artículo 15.1.a). *"Cada Estado miembro podrá: a) no obstante lo previsto en el artículo 2, disponer en su legislación que, a efectos del artículo 1 de esta Directiva, por producto se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza;..."*

perfectamente podían considerarlos incluidos dentro del concepto legal de producto en sus legislaciones internas.

En el caso español, la derogada LPD optó por excluirlos, aunque, como veremos enseguida, la situación cambió y hoy se les considera incluidos dentro del concepto normativo de producto⁷³⁸, pues el legislador Comunitario resolvió considerarlos productos para efectos de la aplicación de la Directiva 85/374.

2.2.5.4.1.- Precisión terminológica de las expresiones *materia prima agrícola* y *productos de la caza* utilizados por la Directiva 85/374; y de *materia prima agraria* y *productos de la caza* utilizados por la derogada LPD, antes de su reforma y su regulación en el TR.

A fin de ahondar en la definición de producto, no se puede obviar la tarea de delimitar los términos *materia prima agrícola* y *productos de la caza* utilizados por la Directiva 85/374 y los de *materia prima agraria* y *productos de la caza* utilizados por la LPD antes de su reforma, pues el Estado español, haciendo uso de la facultad preceptuada en el artículo 15.1.a) de la Directiva 85/374⁷³⁹, inicialmente no incorporó dentro de la definición de producto contenida en la derogada LPD, a las materias primas agrícolas ni a los productos de la caza.

2.2.5.4.1.1.- En el caso del artículo 2 de la Directiva 85/374.

El artículo 2 de la Directiva 85/374, excluía del concepto de producto a las materias primas agrícolas, entendiendo por ellas los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, así como los productos de la caza, siempre que los mismos no hubieran sufrido una transformación inicial.

2.2.5.4.1.2.- En el caso del artículo 2 de la derogada LPD.

Por su parte, el artículo 2 de la derogada LPD, exceptuaba del concepto de producto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de la caza y la pesca que no hubiesen sufrido transformación inicial.

Recuérdese que el artículo 15.1.a) de la Directiva 85/374, faculta a los Estados miembros a incluir dentro del concepto legal de producto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, según la determinación realizada en su artículo 2, sin necesidad de transformaciones iniciales. Pues bien, el legislador español, a los efectos de excluir del concepto legal de producto a estos bienes

⁷³⁸ Vid. *infra* apartado 2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁷³⁹ Con todo, dado que la exclusión de las materias primas agrícolas y de los productos de la caza del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, podía considerarse como una restricción injustificada a la protección de los consumidores, el legislador Comunitario concedió a los Estados miembros de la UE, la facultad de extender la responsabilidad por productos defectuosos a dichas materias primas y productos naturales.

muebles, empleó una mayor precisión terminológica que el Comunitario al elaborar su definición. Así, mientras la Directiva 85/374 utilizó el concepto de materia prima agrícola, para aludir a los productos de la tierra, a las materias primas derivadas de la ganadería y la pesca, la LPD excluyó las materias primas agrarias y ganaderas, así como los productos de la caza y de la pesca. La diferencia semántica no es mucha, aunque existía.

Sin embargo y como quiera que sea, ambos cuerpos legales terminaban prescindiendo de los mismos bienes.

2.2.5.4.1.3.- En el caso del TR.

Por su parte, el TR los considera incluidos dentro del concepto de producto, pues, como veremos enseguida, tributa en este punto de la modificación a la Directiva 85/374 implementada por la Directiva 34/1999, cuya norma de adecuación fue la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que consecuentemente los incluyó como productos para los efectos de esta legislación especial.⁷⁴⁰

2.2.5.4.2.- Delimitación de la expresión *transformación inicial* empleada por la Directiva 85/374 y por la derogada LPD.

Lo difícil, en realidad, era precisar que debía entenderse por *transformación inicial*, expresión utilizada por la Directiva 85/374 y por la derogada LPD, que no fue definida por ninguno de estos textos, cuestión trascendente, pues sólo su delimitación permitiría, realmente, arribar a un concepto omnicomprendivo de producto.

El Considerando 3º de la Directiva 85/374, si bien no formulaba tal definición, denuncia que no quedan excluidos de este régimen especial los productos agrícolas y de la caza que hayan pasado por una transformación de tipo industrial, que pudiera causar un defecto en tales productos. Ello se explica, en el intento del texto Comunitario por salvaguardar los efectos adversos que el proceso industrial pudiera ocasionar a las materias primas agrícolas y a los productos de la caza y, más concretamente, por cubrir los daños causados por defectos que surgieran, precisamente, de los mencionados procesos industriales. Esto quiere decir, en buena lógica, que el defecto debe tener su origen en el proceso industrial aplicado al bien que se transforma, si de transformación inicial hablamos.

Para RODRIGUEZ CARRION, por transformación inicial debemos entender "*...el tratamiento aplicado a un producto, mediante el cual quedan modificadas las*

⁷⁴⁰ Vid. *infra* apartado 2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

características orgánicas inherentes al mismo, o mediante un tratamiento que le añada sustancias o aditivos al producto, o cuando sea sometido a un proceso de esterilización y conservación y posterior embotellado y embalaje. También el congelado de los alimentos."⁷⁴¹ Por su parte, JIMENEZ dice que hay transformación "*...cuando el producto haya sufrido una alteración artificial en su esencia o composición a causa de una mezcla, incorporación o añadido de otras sustancias o la sustracción de sus elementos...*"⁷⁴², incluyéndose, por ende, cualquier clase de cambios físicos en el producto y cualquier intervención artesanal o industrial.

Ahora bien, los límites precisos para entender excluido o no un bien que ha sido sometido a transformación inicial, en ausencia de definiciones legales, quedó entregado a la labor de los tribunales de justicia de los diferentes Estados miembros de la UE. La doctrina influyó en la precisión de este concepto, apoyando la tarea jurisprudencial, como una Fuente Material del Derecho⁷⁴³ y una Fuente del Conocimiento Jurídico, procurando clarificar la extensión del concepto legal de producto, a través del análisis de este elemento de su definición, la transformación inicial.⁷⁴⁴

Es destacable en este aspecto, por su concreción positiva, la decisión adoptada por el legislador italiano por medio del Decreto Supremo del Presidente de la República n° 224, de 24 de Mayo 1988, de actuación de la Directiva 85/374, que recogiendo el concepto de transformación inicial en su artículo 2.3, además lo define, al disponer: "*...Están excluidos los productos agrícolas del suelo y los de la ganadería, de la pesca y de la caza, que no hayan sufrido transformación. Se considera transformación el sometimiento del producto a un tratamiento que le modifique las características, o bien le añada sustancias. Se asimilan a transformación, cuando tenga carácter industrial, el embalaje o cualquier otro tratamiento, si hacen difícil el control del producto por parte del consumidor o crean confianza sobre su seguridad.*" El sentido de esta disposición se explica, porque en tales casos se hace difícil el control del producto por parte del consumidor, quien lo adquiere y consume sólo en base a una expectativa de confianza en la seguridad y calidad del producto, lo que justifica suficientemente su inclusión dentro del régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. En

⁷⁴¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 81.

⁷⁴² Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad Civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 206.

⁷⁴³ SQUELLA define Fuentes Materiales del Derecho como "*...los factores de muy diversa índole -políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos, etc.- que, presentes en una sociedad dada en un determinado momento, y en dinámica y recíproca interacción de unos con otros, influyen de manera decisiva, o a lo menos importante, en el hecho de la producción de las normas jurídicas del respectivo ordenamiento y en el contenido de que estas normas resultan provistas.*" Vid. SQUELLA NARDUCCI, A., *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 208.

⁷⁴⁴ Vid. LOIS CABALLE, A. I., *"La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos"*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 84; GOMEZ CALERO, J., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Dykinson, Madrid, 1996; ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 70.

suma y como dicen HIDALGO y OLAYA, “...el atrevimiento del legislador italiano, en definir tan controvertido término, es de agradecer, por cuanto ayuda a encontrar la solución adecuada en cuanto a la extensión del concepto legal de producto, si bien, no determina ni obliga en su aplicación. La doctrina y la jurisprudencia devendrán en los clarificadores del término en aquellos países que no han procedido a la conceptualización de término transformación.”⁷⁴⁵

Nos parece de suyo evidente que la definición italiana se acerca a una concepción total de transformación inicial, arrojando luz sobre el punto. De hecho, LOIS CABALLE, a partir de la conceptualización italiana, formula una serie de apreciaciones que ayudan a comprender esta noción: “...No toda manipulación implica la transformación del producto. Para que se considere transformación debe modificar o añadir algo al producto, debiéndose atender a cada caso para determinar si la manipulación conlleva la transformación del producto...”⁷⁴⁶ En cuanto a la transformación como tratamiento que añade sustancias al producto, esta misma autora concluye que “...los aditivos alimentarios son estas sustancias que añadidas a las materias primas agrícolas y a los productos de la caza hacen que éstos pasen a ser productos por haber sido transformados...”⁷⁴⁷ Agrega ella, que el concepto de transformación comprende tanto el de embalaje como cualquier otro tratamiento, siempre que cumpla con los siguientes requisitos: “...que sea de carácter industrial, que haga difícil el control del producto por parte del consumidor, que cree confianza del consumidor sobre la seguridad del producto...”⁷⁴⁸

En síntesis, según la doctrina, son de destacar los siguientes requisitos para que pueda considerarse que un producto ha sido objeto de una transformación inicial: (i) modificación de las características organolépticas e higiénicas o sanitarias del producto; (ii) adición de sustancias al producto; (iii) embalaje de carácter industrial del producto, que supone dificultades para controlarlo parte del consumidor o que cree confianza en él, sobre la seguridad del producto; y, (iv) tratamiento que suponga una dificultad en el control del producto para el consumidor o que cree confianza sobre la seguridad del producto.

Cabe recordar que la actividad denominada transformación es considerada como una fase posterior a la producción primaria y, además, diferenciada de las restantes fases posteriores. Debe concluirse, por tanto, que no puede considerarse transformación el envasado, el almacenamiento, la manipulación y la preparación

⁷⁴⁵ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., “Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante”, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 225.

⁷⁴⁶ Vid. LOIS CABALLE, A. I., “La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos”, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 84 y ss.

⁷⁴⁷ Vid. LOIS CABALLE, A. I., “La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos”, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 84 y ss.

⁷⁴⁸ Vid. LOIS CABALLE, A. I., “La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos”, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 84 y ss.

del producto, siempre que no se modifique ni se añada nada al producto, aunque todas estas tareas se realicen en forma industrial.

Sin duda, hasta antes de la reforma de la Directiva 85/34 en este aspecto, el criterio interpretativo del concepto de transformación inicial determinaba la calificación de un bien agrícola o de un producto de la caza como producto o no, a los efectos de hacerle aplicable o inaplicable la legislación especial en comento. Después de su modificación, estas disquisiciones se han vuelto ociosas, pues todos ellos son producto sin duda. La única importancia de rescatar esta discusión, valga la pena recordarlo, apunta a los casos de daños sufridos por una persona por un producto agrícola o de la caza defectuoso, antes de la entrada en vigencia de la reforma legal en cuestión y dentro de los respectivos plazos de prescripción, donde recobra toda su importancia esta discusión sobre el real alcance y significado de las expresiones transformación inicial, pues ella es un paso obligado al caracterizar una materia prima o un producto agrícola o de la caza como producto, de conformidad a esta legislación especial.

2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza.

La conocida crisis de las vacas locas, iniciada en el Reino Unido, el año 1996, al descubrirse la relación entre la Encefalopatía Espongiforme Bovina y la enfermedad humana de *Creutzfeldt-Jakob*, que asoló a la UE⁷⁴⁹, impulsó la modificación de la Directiva 85/374, a fin de incluir en el concepto de producto a los productos agrícolas y ganaderos, en aras de lograr una real protección en materia de alimentos, lo que se materializó con la dictación de la Directiva 34/1999, traspuesta en España por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como mencionamos con antelación.

En virtud de estos nuevos cuerpos legales, se modificaron las definiciones normativas de producto del artículo 2 de la Directiva 85/374 y del artículo 2 de la derogada LPD, eliminando el inciso que excluía del concepto legal de producto a las materias primas agrarias y ganaderas y a los productos de la caza y de la pesca que no hubiesen sufrido transformación inicial, "*...con la consiguiente inclusión forzosa de los mismos en el régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos.*"⁷⁵⁰ De suerte que pasaron a considerarse como producto, puntualiza GUTIERREZ SANTIAGO, los referidos productos que, con independencia de su

⁷⁴⁹ Vid. AAVV, Directoras ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., "Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso", REUS, Madrid, 2009, págs. 14 y ss.; PARDO LEAL, M., "Ampliación de la responsabilidad por productos defectuosos al sector agroalimentario de modificación de la Directiva 85/374/CEE", en CEA n° 4, 1998, págs. 33 y ss.; RUBIO TORRANO, E., "A la sombra de las vacas locas", en Tribuna, AC, núm. 19, febrero, 2001.

⁷⁵⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 11.

estado natural y de haber sido o no sometidos a un proceso de manipulación industrial o transformación inicial, se hubiesen puesto en circulación a partir del día 1 de enero de 2001.⁷⁵¹ De modo que a partir de esta modificación, pasan a ser considerados productos, para efectos de la aplicación de este régimen especial, sin excepción, todos los productos agrícolas y de la caza, sea que hayan sufrido transformación industrial o no, sea que se comercialicen en estado natural o transformado, sea que se consuman en su estado natural o transformado, quedando amparados por la preceptiva de este texto Comunitario, según se desprende del nuevo tenor del artículo 2, que prevé: *"A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por producto cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por producto la electricidad."* Misma conclusión se obtiene de la lectura del artículo 136 del TR, que considera producto a cualquier bien mueble, sin distinguir ni excluir.⁷⁵²

A mayor abundamiento, esta modificación de la Directiva 85/374 armoniza perfectamente con la definición de producto contenida en el artículo 2.a) de la Directiva 92/591, relativa a la seguridad general de los productos, que lee: *"Cualquier producto destinado al consumidor o que pueda ser utilizado por el consumidor, que se suministre, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado..."*, concepto que no distingue entre productos agrícolas y ganaderos, de la caza y pesca, que sufriesen o no transformación alguna, por lo que quedan dentro de su ámbito de aplicación, todos los productos que pudiesen ser destinados al consumidor.

2.3.- Exégesis del concepto normativo de producto conforme el texto actual del artículo 2 de la Directiva 85/374 y del artículo 136 del TR.

Después de las modificaciones introducidas al artículo 2 de la Directiva 85/374 por la Directiva 34/1999, éste lee: *"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "producto" cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por "producto" la electricidad."* Por su parte, como sabemos, el artículo 136 del TR conceptualiza producto como *"...cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad."*

Conforme lo dispuesto por estos preceptos legales, se puede concluir que normativamente hablando, es producto todo bien mueble producido

⁷⁵¹ La Directiva 34/1999 también elimina la excepción prevista en el artículo 15.1.a) de la Directiva 85/374, de modo que la regla unificada para toda la UE, es que cualquier producto agrícola y de la caza, con independencia de que se consuma en su estado natural o transformado, es producto y, por ende, objeto de esta legislación especial.

⁷⁵² Vid. Directiva 85/374, artículo 2. *"A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «producto» cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por «producto» la electricidad."* / TR, artículo 136. *"Concepto legal de producto. A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad."*

industrialmente, así como los productos agrícolas y ganaderos, como materia prima, y los de caza y pesca, incluyéndose bienes muebles tales como el gas y la electricidad, así como los bienes muebles que se incorporen a otros bienes muebles e inmuebles. Al respecto, comenta RODRIGUEZ CARRION, que este concepto integra *"...a las materias primas, componentes, productos acabados y también a los semi-acabados compuestos de distintos elementos, los fabricados en serie o de forma individual, los objetos nuevos o usados reacondicionados, los de ocasión, los bienes de consumo y los de producción, embalajes recipientes, etc. Es decir, todos aquellos bienes muebles producidos, transformados o distribuidos, como resultado de una actividad humana. Incluso, los medicamentos de origen humano, tales como plasma, sangre, etc."*⁷⁵³ Para GUTIERREZ SANTIAGO, el actual tenor del artículo 2 en cita, *"...permite la presencia práctica de todo tipo de bienes muebles -cualquiera que sea su naturaleza, su finalidad o su utilización- susceptibles de subsumirse en la definición legal de <<producto>>. Se trata de una noción muy amplia donde pueden incluirse, tanto los productos acabados como los semiacabados (<<elementos>>) y las materias primas, los productos en serie y los fabricados por encargo, los objetos nuevos y los de ocasión, los bienes de consumo privado y los de producción, así como los embalajes, recipientes contenedores, etc.."*⁷⁵⁴

En síntesis y con un sentido teleológico de la nomenclatura en estudio, nos parece que lo correcto es concluir que para la Directiva 85/374 y para el TR, se debe entender por producto no sólo los bienes muebles producidos industrialmente, sino que todos aquellos bienes muebles que no estén expresamente excluidos del concepto dado por estos cuerpos legales y que esté destinado a ser puesto en circulación en el mercado.

3.- El concepto de producto defectuoso.

3.1.- El concepto de defecto.

Cabe recordar que el concepto de defecto era ajeno a la normativa continental de responsabilidad civil. Sin embargo, la Directiva 85/374, siguiendo el ejemplo norteamericano, adopta la categoría de defecto como noción esencial del sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. De este modo, conforme a la citada Directiva, el productor no es responsable de cualquier daño ocasionado por el uso o consumo de un producto, sino, únicamente, de aquellos que, específicamente, tengan su origen en el defecto del producto. Es por ello que se ha dicho, nos recuerda ANDORNO, que *"...el defecto del producto constituye la*

⁷⁵³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 71.

⁷⁵⁴ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 75 y 76.

clave de bóveda de la acción de responsabilidad civil derivada del hecho de los productos elaborados."⁷⁵⁵

La doctrina y jurisprudencia norteamericana, en el mismo sentido, han puesto de relieve la necesidad de que un producto sea defectuoso, para que su productor sea responsable de los daños ocasionados por su uso o consumo. O sea, el deber de resarcir responde a la idea de que, suprimida la exigencia de culpa como presupuesto de la responsabilidad, es preciso adoptar un límite o parámetro, a fin de que no se responda por la simple puesta en circulación de un producto. Tal límite o requisito, como queda dicho, se hace consistir en un defecto que se ha definido, al decir de LOMBARDA, como *"...todo defecto de diseño, fabricación, funcionamiento o de conservación que torna inidóneo el producto para el fin requerido o menos seguro de lo que razonablemente cabe esperar de él según su naturaleza..."*.⁷⁵⁶ La idea fuerza detrás de este concepto de defecto, es el de un defecto relevante, o sea, aquél que puede producir un daño, pues se trata de un defecto que disminuye la seguridad que cabe esperar en el uso o consumo del producto. Ello queda de manifiesto en la EM de la Directiva 85/374, que en lo pertinente expresa: *"...para proteger al consumidor en su integridad física y en sus bienes es necesario que el carácter defectuoso de un producto sea determinado no ya en base a las carencias del producto en relación con su uso, sino en base a la falta de seguridad que el gran público puede esperar legítimamente."*⁷⁵⁷ En efecto, el axioma esencial en este ámbito, es que la seguridad perfecta de un producto es técnicamente imposible y si lo fuera, lo sería a un coste impracticable. En síntesis, el problema básico de la responsabilidad por productos defectuosos, como bien resume CALVO, *"...se reduce a preguntarse cuándo un producto es suficientemente seguro."*⁷⁵⁸ Por ello, RODRIGUEZ CARRION piensa que se *"...erige así la seguridad del producto en la esencia del concepto defecto y en presupuesto fundamental de la responsabilidad del fabricante del producto."*⁷⁵⁹

Y es que la clave de la noción de defecto es la seguridad del producto y no su impropiedad, falta de utilidad o ineptitud para el uso o consumo al que está destinado.⁷⁶⁰ Lo que queremos destacar, es que el eje de la noción de defecto se

⁷⁵⁵ Vid. ANDORNO, L., 'La responsabilidad por los daños causados por los productos elaborados en el ámbito del Mercosur', en *"Derecho de daños, segunda parte. Homenaje a Félix Alberto Trigo Represas"*, La Roca, Buenos Aires, 1993, pág. 710.

⁷⁵⁶ Vid. LOMBARDA, C. A., 'El Deber de Seguridad en la Ley del Consumidor', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 399.

⁷⁵⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 285.

⁷⁵⁸ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 37.

⁷⁵⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 89.

⁷⁶⁰ Vid. ALVARIÑO VEGA, C., *"Responsabilidad civil por daños causados por producto defectuoso. Concepto y definición de producto defectuoso"*, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 17, junio 2004; JIMENEZ LIEBANA,

sitúa en la falta de seguridad del producto, lo que permite considerarlo como una potencial fuente de daños, de modo que naturalmente *"...quedan sustraídos a la responsabilidad objetiva del fabricante y a su deber de reparación los defectos atinentes a la calidad o a la utilidad que se espera de él..."*, nos dice MARCO.⁷⁶¹ Con algún matiz, ALCOVER precisa que la delimitación del concepto de defecto *"...es consecuencia directa de la finalidad de las normas tuitivas que regulan la responsabilidad civil de productos, que es la de eliminar riesgos al consumidor y no la de conseguirle ningún tipo de utilidad..."*⁷⁶², en un evidente afán de subrayar que esta legislación especial persigue resarcir los daños causados en la persona y en los bienes del consumidor o usuario concretamente por el defecto de un producto. Vale decir, por un problema de falta de seguridad y no por un problema de ausencia de utilidad ni de peligrosidad, como bien nos recuerda RODRIGUEZ CARRION, para quien el concepto de defecto *"...no tiene relación con el de peligrosidad, como ya indicamos que tampoco lo tiene con el de utilidad o aptitud..."*⁷⁶³

Pese a su innegable trascendencia, curiosamente no existe un concepto único de producto defectuoso. TALLONE nos recuerda que esta dificultad al tiempo de definir defecto, surge *"...de la diversidad de situaciones y circunstancias a las que se aplica la definición..."*⁷⁶⁴ Ahora bien, desde luego, se trata de un concepto definido por la Directiva 85/374 y por el TR, por lo que enfrentamos una definición normativa especial, que debe primar siempre. La Directiva 85/374 señala, en su artículo 6, que: *"1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación. 2. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado."* Por su parte, el artículo 3 de la derogada LPD, definía producto defectuoso en los siguientes términos: *"1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en*

D., "Los "defectos" de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños por productos defectuosos", en La Ley, 1996-4.

⁷⁶¹ Vid. MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 113.

⁷⁶² Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 72.

⁷⁶³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 92.

⁷⁶⁴ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 38.

circulación de forma más perfeccionada." Por último, el artículo 137 del TR dispone que: "1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."

Como se ve, lo medular de estas 3 definiciones normativas, es que hacen descansar la noción de defecto en un concepto jurídico indeterminado -un verdadero estándar jurídico- como es la legítima expectativa de seguridad. De modo que puede entenderse, al decir de QUINTANA, que esta noción normativa de producto defectuoso "*...establece implícitamente un estándar de seguridad para los productos...*", aunque "*...no se trata de una obligación de seguridad que se imponga a los productores, pues éstos son libres de fabricar sus productos por debajo de lo exigido en ese estándar, pero en tal caso habrán de responder objetivamente de los daños causados.*"⁷⁶⁵ Esta técnica legislativa obliga al juez, a darle contenido a este cartabón al tiempo de valorar el defecto del producto, lo que, lógicamente, entrega al órgano jurisdiccional un grado importante de discrecionalidad a la hora de ponderar la existencia del defecto, ya que además de tener que considerar las legítimas expectativas de seguridad del consumidor, deberá: (i) discriminar si se trata de un consumidor promedio o de uno especializado; (ii) ponderar las expectativas generales del gran público e "*...incluso las de aquellas personas que no son consumidores del producto, pero que pueden llegar a ser víctimas de los daños que cause...*"⁷⁶⁶; (iii) la información brindada sobre el producto; (iv) toda otra circunstancia que pudiere estimarse relevante en el caso concreto, en cuanto haya podido contribuir a generar esa legítima expectativa de seguridad al usar o consumir el producto de que se trate, al tiempo en que es introducido al mercado, esto es, puesto en circulación; (v) etcétera. Sin duda, la apreciación de todos estos elementos, permite al juzgador una valoración profunda y realista de las expectativas del consumidor medio y, más ampliamente, de toda la sociedad. La STS, de 21 de febrero de 2003, confirma estas aseveraciones, al destacar que el concepto de defecto instaurado por la Directiva 85/374, que repite el TR, "*...resulta flexible y amplio, y al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto.*"⁷⁶⁷ TALLONE remacha estas ideas, planteando que al no existir un estándar de seguridad único y general, aplicable siempre a todos los productos, es que "*...se elabora una definición de defecto basada en una cláusula*

⁷⁶⁵ Vid. QUINTANA CARLO, I., "La obligación general de seguridad de los productos: examen del Derecho español a la luz de la propuesta de directiva comunitaria sobre la materia", en EC, n° 17, 1990, pág. 16.

⁷⁶⁶ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, págs. 792 y ss.

⁷⁶⁷ Vid. RJA 2003/2133.

general que deberá concretarse en cada caso, en función de las particulares circunstancias que en él concurran."⁷⁶⁸ De modo que el defecto de un producto puede estar referido, en términos amplios, a características, lacras o vicios del propio producto, o bien, a la información, instrucciones y folletos suministrados acerca del mismo e, incluso, a su presentación, a su publicidad, etcétera, lo que deberá evaluarse y precisarse caso a caso. En ese sentido, la SAP de Córdoba, de 30 de octubre de 2000, reitera que el producto es defectuoso si no ofrece, en relación al uso al que se halla destinado, la seguridad que se podría legítimamente esperar, habida cuenta de todas las circunstancias, comprendiendo su presentación y el momento de su puesta en circulación.⁷⁶⁹ Tal aserto encuentra su justificación, al decir de LUCEA, en el hecho de que el régimen indemnizatorio de la Directiva 85/374 "*...puede ponerse en marcha sólo cuando el producto puesto en circulación contiene un defecto que puede originar un daño...*"⁷⁷⁰, afirmación que si bien compartimos, debe matizarse en parte, pues a nuestro modo de ver, tan esencial como el defecto, es que el producto haya circulado.

Por último, para concluir con este apartado, es importante vincular la definición de defecto del artículo 6 de la Directiva 85/374 con su artículo 1, que dispone que el productor es responsable de los daños causados por los defectos de sus productos. Una primera lectura de este precepto, podría conducirnos a concluir que la Directiva 85/374 consagra un régimen de responsabilidad objetiva absoluta del productor, ya que su tenor literal indica que él responde por el hecho de que el producto sea defectuoso, sin más. Sin embargo, la responsabilidad del productor no se fundamenta sobre su culpa, así como el defecto no supone la culpa del productor, pues la carencia de seguridad está singularizada en esta legislación especial, ya que para concluir que no concurre la seguridad legítimamente esperable, se deben apreciar por el juzgador "*...todas las circunstancias...*", tal y como exigen las definiciones normativas de defecto en comento. En abono de esta opinión, LARROUMET⁷⁷¹ nos recuerda que el artículo 4 de la Directiva 85/374 exige al perjudicado probar algo más que el sólo hecho de que el producto haya estado implicado en la producción del daño, obligando a probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ambos.⁷⁷² Esto significa que no se pueda concluir, *prima facie*, que un producto no ofrece la seguridad a la cual una persona tiene legítimo derecho, solamente porque el producto cause un daño. Es decir, no es posible colegir automáticamente que, por el hecho que un producto haya originado un daño, sea defectuoso. En verdad, la Directiva 85/374 no permite tal deducción,

⁷⁶⁸ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 35.

⁷⁶⁹ Vid. AC 2000/2097.

⁷⁷⁰ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 23.

⁷⁷¹ Vid. LARROUMET, C., "*Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 89.

⁷⁷² Vid. Directiva 85/374, artículo 4. "*El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño.*"

pues, para calificar a un producto como defectuoso, se requiere, al decir de LOPEZ SANTAMARIA, "...que la carencia de seguridad del producto esté caracterizada, y el simple hecho de que tal o cual producto estuvo implicado no basta. La Directiva, menciona que es preciso apreciar las circunstancias, y da ejemplos: las condiciones en las cuales el producto fue utilizado; la presentación del producto, etcétera....".⁷⁷³

3.2.- El sentido de las frases "...la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho..." empleada en la definición de producto defectuoso contenida en la Directiva 85/374 y "...la seguridad que cabría legítimamente esperar..." utilizada en la definición de defecto que consagra el TR.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, con el ánimo de profundizar en la exégesis de la noción de defecto, afirma que son defectuosos "...los productos que no garantizan suficientemente la seguridad exigible..."⁷⁷⁴, refiriéndose, desde luego, a la seguridad "...a la que una persona tiene legítimamente derecho...", conteste con las definiciones normativas implementadas por la Directiva 85/374, la derogada LPD y el TR. Entonces, el rasgo innegable que configura la noción de seguridad, para efectos de configurar la noción de defecto, es la ausencia de situaciones de peligro o de situaciones que las puedan generar.

Por su parte, la voz legitimidad, no es más que una consideración de tipo subjetivo, sostenible por un consumidor normal. Es por ello que TORRALBA afirma, que el término "*legítimamente*" empleado por estos textos "...pretende alejarse de toda expectativa injustificada o subjetiva..."⁷⁷⁵, destacando la idea de que la seguridad a que aluden los preceptos mencionados, debe apreciarse con base en criterios objetivos y no desde la posición de la persona que sufre el daño, que es subjetiva por definición. ALPA agrega que, en tanto esta expectativa de seguridad debe ser legítima, el público no puede exigir "...sino la seguridad compatible con el estado de la técnica y la situación económica."⁷⁷⁶ Esta legítima expectativa de la cual estamos hablando, debe quedar referida al público en general y no a las personales estimaciones o creencias del perjudicado o del productor, pues tal podría ser excesivamente gravoso e injusto para uno u otro. Y es bastante evidente que la valoración acerca de la seguridad que debe ofrecer el producto, no puede quedar restringida a las legítimas expectativas de los consumidores del producto de que se trate, ya que deben ponerse en juego las expectativas que pueda razonablemente alentar el gran público en materia de seguridad y las previsiones objetivas y razonables -incluidas las informaciones y advertencias- que haya debido considerar el productor en cuanto a los usos y consumos previsibles de su

⁷⁷³ Vid. LOPEZ SANTAMARIA, J., 'La Responsabilidad Civil por Productos', en AAVV, "*Derecho de Daños*", Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 160.

⁷⁷⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento*", en EC, n° 34, 1995, págs. 125 y 126.

⁷⁷⁵ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., "*La Responsabilidad del Fabricante*", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 54.

⁷⁷⁶ Vid. ALPA, G., "*La actuación de la directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor*", en Revista Jurídica de Cataluña, 1991, pág. 330.

producto, en aras de reducir a niveles aceptables la cota de riesgo, puesto que estos dos elementos son interdependientes y, pensamos, constitutivos del concepto de defecto en comento. Asimismo, debe concluirse que esta expectativa legítima de seguridad es, en un sentido crucial, objetiva, pues tampoco se trata de la que pueda corresponder a un consumidor dañado puntualmente, sino la que el público puede legítimamente esperar, de acuerdo a las circunstancias concomitantes.

Entonces, esta alusión a una expectativa legítima de seguridad que construye el concepto de defecto, impide, en opinión de ALCOVER, considerar como defectuoso a un producto que posea aspectos peligrosos, "*...si éstos son intrínsecos a la clase a la que el producto pertenece y son conocidos (así, nadie puede esperar que el uso de la nitroglicerina no sea peligroso, o que se elimine un conocido efecto secundario de un medicamento...)*".⁷⁷⁷ Esta conclusión lleva a que la doctrina declare, consistentemente, que esta legislación especial no protege a la víctima contra un riesgo evidente o de sobra conocido, como enfatiza TRIMARCHI⁷⁷⁸, entre otros, pues en cuanto tal, nadie ha podido forjarse, razonablemente, una legítima expectativa de seguridad en su uso o consumo. Es palmario también, que es impensable que todas las expectativas de seguridad estén protegidas. Sólo lo están aquellas que legítimamente se puedan alentar. Es por ello que, al decir de RODRIGUEZ CARRION, quedan excluidas las expectativas ilegítimas, "*...que habrán de ser determinadas por el juzgador en cada caso concreto...*".⁷⁷⁹

Empero esta idea de legitimidad sostenida o creada por un consumidor normal, pudiera plantear la dificultad de que el concepto de seguridad que construye el de defecto no pueda ser general, uno sola o invariable, debido a que la propia norma acude a circunstancias que pueden ser normativas, fácticas e incluso valorativas de cada persona. Sin embargo, esta crítica o duda ha sido descartada por la doctrina, la que opina consistentemente en sentido contrario, argumentando que el legislador Comunitario eligió este criterio de legitimidad por sobre el de legalidad, ya que quedarse con un concepto de seguridad legal, vale decir normativo o definido por normas, podía significar una desprotección de los consumidores y usuarios, ya que al productor le bastaría argüir que ha cumplido con las normas jurídicas sobre seguridad para quedar exonerado de toda responsabilidad, bajo el pseudo entendido que un productor elabora "*...un producto seguro cuando se sujeta a la regulación prevista por la Administración en todas las fases de la cadena productiva...*"⁷⁸⁰, conclusión que obviamente no se condice con los umbrales de

⁷⁷⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 73.

⁷⁷⁸ Vid. TRIMARCHI, P., 'La responsabilità del fabbricante', en COMPORZI, M., SCALFI, G., (edi.), *"Responsabilità à civile e assicurazione obbligatoria"*, Giuffrè, Milano, 1988, pág. 54.

⁷⁷⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 92.

⁷⁸⁰ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 125.

protección que en materia de daños causados por productos defectuosos se perseguía lograr por el legislador Comunitario.

Es crucial dejar asentado que es en relación a esa seguridad y no al uso, a lo que deben referirse las expectativas determinantes del defecto, como bien indica SOLE I FELIU.⁷⁸¹ Y esta falta de seguridad se relaciona con la confianza que legítimamente se pueda tener en que un producto es seguro, conforme el parámetro de un consumidor medio. Vale decir, es defectuoso todo producto que carezca del grado de seguridad que: (i) sea razonable esperar; o, (ii) genere un grado de peligro excesivo e injustificado, que en ese sentido -ubérrimo riesgo- no resulte razonable esperar al usarlo o consumirlo.

Precisemos, por último, que el estándar exigido no es el de la seguridad que razonablemente se puede esperar, sino que la que legítimamente cabe esperar, pues, en palabras de PARRA LUCAN, atender a la razonabilidad o a lo razonable, podría dar lugar a que se tomasen en cuenta elementos económicos y se hicieran juicios de oportunidad sobre los costes que un determinado nivel de seguridad puede comportar.⁷⁸²

3.3.- El alcance de la frase "...teniendo en cuenta todas las circunstancias..." que emplean las definiciones de la Directiva 85/374 y del TR.

Según la Directiva 85/374, la valoración de la seguridad que cabe legítimamente esperar, se realizará en atención a *todas las circunstancias*. Esta expresión implica, al decir de SOLE I FELIU, que el juez, para determinar si existe o no un defecto, debe valorar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en una visión global y comprensiva, que desecha la posibilidad de valoraciones particulares o individualistas.⁷⁸³ También importa considerar que la seguridad exigida al producto no es absoluta, según RODRIGUEZ CARRION, "*...puesto que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el producto en cuestión...*"⁷⁸⁴, lo que es consistente con la aseveración de SOLE I FELIU, en orden a que "*...no existe un estándar de seguridad único y general para todos los productos...*", por lo que el legislador no tuvo más remedio que elaborar una definición de defecto "*...basada en una cláusula general que deberá concretarse en cada caso, en función de las particulares circunstancias que en él concurran.*"⁷⁸⁵ En el entendido que debe apreciarse cualquier otra circunstancia concurrente, nos dice

⁷⁸¹ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 97.

⁷⁸² Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 510.

⁷⁸³ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 173.

⁷⁸⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 91.

⁷⁸⁵ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág.99.

GUTIERREZ SANTIAGO, siempre y cuando "...sea relevante en la formación de las expectativas de seguridad del producto..."⁷⁸⁶ que un consumidor medio legítimamente pueda alentar. Lo que quiere decir, como bien apunta RODRIGUEZ CARRION, que las circunstancias concurrentes que construyen el defecto del producto "...han de ser objetivamente adecuadas para incidir sobre las legítimas expectativas de seguridad..."⁷⁸⁷, mismas que se deberán ponderar en cada oportunidad, teniendo el juez la libertad de apreciar todo factor concurrente distinto a los expresamente enunciados en las normas precitadas (artículos 6.1 de la Directiva 85/374 y 137.1 del TR), pues las menciones que hacen tales disposiciones no son taxativas. Lógicamente, ese grado de seguridad que cabe legítimamente esperar por cualquier ciudadano medio en relación con el uso o consumo de un producto, dependerá de las circunstancias del caso, que los artículos 6.1 de la Directiva 85/374⁷⁸⁸ y 137.1 del TR⁷⁸⁹, como decíamos, enumeran a vía meramente ejemplar, bajo el entendido que son las más significativas, aunque, insistimos, no son las únicas que pueden ser consideradas al tiempo de evaluar el defecto de un producto. Ellas son: (i) la presentación del producto; (ii) su uso razonablemente previsible; y, (iii) el momento de su puesta en circulación.

En síntesis, la Directiva 85/374 utiliza, para calificar el defecto de un producto, un parámetro concreto: que el producto no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, considerando un uso normal u ordinario del producto, su presentación y el momento de su puesta en circulación, entre otras circunstancias posibles de ser apreciadas. Sin embargo, anida en esta definición de defecto una cierta vaguedad, que no puede obviarse, pues dado que la ausencia de seguridad se debe valorar teniendo en cuenta toda una serie de circunstancias, que en cuanto son imposibles de enumerar o pronosticar, en realidad impregnan "...al concepto de defecto de una cierta imprecisión..." como señala ALCOVER⁷⁹⁰, pues no puede descartarse que concurren otros factores distintos a los comentados, que eventualmente pueden y deben incluirse en la valoración que debe realizar el juez acerca del defecto del producto, situación que habrá de ser despejada en cada caso, considerando la naturaleza del producto, sus características propias, su semejanza con otros productos que cumplan funciones diversas, la posibilidad de ser

⁷⁸⁶ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 125.

⁷⁸⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 93.

⁷⁸⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.1. *"Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación."*

⁷⁸⁹ Vid. TR, artículo 137.1. *"Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación."*

⁷⁹⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 74.

confundido con otros productos o mal comprendido por consumidores que no sean sus destinatarios naturales y las circunstancias de éstos, la forma de comercialización del producto, su publicidad, el tiempo de maduración del producto en el canal de venta, las posibilidades técnicas, el cumplimiento de las normas imperativas que correspondan (legales y/o reglamentarias), las reglas técnicas y demás estándares del sector industrial de que se trate, etcétera.⁷⁹¹ Incluso el precio del producto puede ser, en sí mismo, una circunstancia a considerar al tiempo de valorar el defecto del producto, pues es de perogrullo considerar que si se paga un precio ridículamente bajo por un artículo, la seguridad que cabe legítimamente esperar de ese producto no es la misma que la del producto por el que se paga un precio relativamente alto. También el lugar donde se adquiere un producto puede influir en esa consideración, pues no es lo mismo adquirirlo en una gran casa comercial, que en un mercadillo o en la calle de manos de un vendedor ambulante.

3.3.1.- La presentación del producto.

Para MORALES y SANCHEZ, configura la noción de defecto, además de la imprevista o desconocida inseguridad en el uso normal u ordinario del producto, *"...la deficiencia en la presentación del producto..."*.⁷⁹² Según estos autores, la referencia a la presentación del producto obliga a conjugar el carácter de inseguro de cara al uso razonable del producto, no sólo con las circunstancias del uso, sino que con una serie de normas reglamentarias que versan sobre tales materias.⁷⁹³ Por ende, será relevante atender a las informaciones e instrucciones provistas por el productor y a la presentación del producto, como advierte SOLE I FELIU.⁷⁹⁴

La presentación del producto, según TALLONE, alude en términos amplios *"...al modo en el que el producto es comercializado..."*, lo que *"...influye en las expectativas legítimas de seguridad del usuario o consumidor del mismo..."*⁷⁹⁵, pues es la forma en que el público toma conocimiento del producto y sus características. Es por ello que la doctrina coincide en que la presentación del producto es una circunstancia esencial a la hora de valorar el defecto.⁷⁹⁶ De hecho, RODRIGUEZ CARRION afirma que la información es *"...un elemento fundamental de la presentación del producto,*

⁷⁹¹ Por ejemplo, normas DIN, CEN, CENELEC, ISO, AENOR, etcétera.

⁷⁹² Vid. MORALES & SANCHO ABOGADOS, *"Manual Práctico de Responsabilidad Civil"*, segunda edición, Comares, Granada, 1995, pág. 884.

⁷⁹³ Entre otras, (i) RD 2052/1982, Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios Envasados; (ii) RD 3360/1983, Reglamentación Técnica Sanitaria de Lejías; (iii) RD 2186/1983, Reglamentación Técnica Sanitaria sobre Detergentes Sintéticos y Jabones de Lavar; (iv) RD 2216/1985, Reglamento sobre Declaración de Sustancias Nuevas y Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas; (v) etcétera.

⁷⁹⁴ Vid. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 210.

⁷⁹⁵ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 36.

⁷⁹⁶ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en *"Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano"*, Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792, pág. 802.

al sugerir que el mismo es susceptible de ser usado al ofrecer garantías de seguridad."⁷⁹⁷

Ahora bien, integran la presentación del producto su empaquetado, marcado y etiquetado, así como la publicidad que se realice, instrucciones de uso, montaje o de transporte, sus prospectos, envoltorio o envase⁷⁹⁸, cualquier otro aspecto externo del producto y las informaciones que sobre su uso se ofrezcan, que deben ser claras y precisas en palabras de ALCOVER.⁷⁹⁹ Sin que se pueda perder de vista que esta remembranza a la presentación del producto, es el vehículo que conduce hacia el defecto de información.⁸⁰⁰ Y aunque la imbricación es obvia, pues la información es parte de la presentación del producto, vale la pena destacarlo.

Para CALVO es evidente que influyen en esta legítima expectativa de seguridad que puede formarse un consumidor, las advertencias sobre el uso o consumo del producto⁸⁰¹, pues si no se proporcionan "*...adecuadas advertencias sobre la forma de empleo o sobre los eventuales peligros del producto, o sobre las edades propias de utilización de objetos destinados al uso de niños...*"; o se incurre en "*...la utilización de fórmulas de información con lenguaje científico poco accesible a profanos, o en la lengua del fabricante cuando son productos destinados a uso en otros países, o información sobre riesgos particularmente relevantes que figure no en el envase del producto, sino en una hoja añadida que puede extraviarse o en la que es más difícil reparar...*"; o en "*...la divulgación por el fabricante en los medios publicitarios de declaraciones no exactas sobre la seguridad del producto o de manera que cree en el posible usuario una falsa sensación de fiabilidad del bien; y otras muchas circunstancias parecidas, normalmente relacionadas con la presentación del producto...*"⁸⁰², se le torna en defectuoso.

Nótese, con todo, que la información, advertencias e indicaciones del producto, en opinión de TALLONE, no requieren estar unidas al producto, pues también pueden ser proporcionadas en forma separada, a través de folletos, prospectos, catálogos, publicidad en medios, web, etcétera.

⁷⁹⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 96.

⁷⁹⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 93; JIMENENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad Civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 240.

⁷⁹⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 73.

⁸⁰⁰ Vid. *infra* apartado 3.9.2.3.- Defecto de información, de instrucciones sobre uso o consumo, o de advertencias sobre los riesgos del producto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁸⁰¹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., *"Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto"*, en InDret, n° 4, 2006.

⁸⁰² Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 39.

También son elementos de valoración de la seguridad del producto, pues la formulación de defecto es comprensiva, "*...el aspecto general de los productos, su semejanza con otros, el material usado para éste así como el entorno en que están expuestos, etcétera. Es decir, todos aquellos elementos y características exteriores que sugieren que el producto es susceptible de un uso y no de otro, y que garantizan implícita o explícitamente un cierto nivel de seguridad.*"⁸⁰³ En estas exigencias subyace la idea de que para el consumidor medio, no experto ni profesional, tiene gran importancia el aspecto exterior, las advertencias e información para el uso de los productos. Es decir, lo que se procura por el legislador es que la presentación del producto sea la adecuada, a fin de evitar riesgos innecesarios para los consumidores o usuarios del producto. De hecho, esta obligación debiera entenderse cumplida, en un contexto precautorio, siempre que fueren consideradas las características y circunstancias de los posibles destinatarios del producto, tales como sus conocimientos, formación, cultura, idioma, edad, raza, su lugar de residencia, otras particularidades demográficas, etcétera. Aunque, para no sobredimensionar estas exigencias, recordemos las palabras de SOLE I FELIU: "*...al adquirente de un producto se le exige un cierto conocimiento sobre su elemental funcionamiento y sobre una utilización mínimamente segura.*"⁸⁰⁴, deber que queda exacerbado cuando el destinatario del producto es calificable como usuario o consumidor experto. Probablemente, en este último caso, incluso pudieran quedar atenuadas algunas exigencias de información y advertencias.

Es por ello que se dice que un producto peligroso puede perfectamente ofrecer la seguridad legítimamente esperada, si se advierten los peligros que acarrea su uso o consumo y contiene la información y advertencias adecuadas y suficientes sobre su empleo⁸⁰⁵, no pudiendo ser calificado como defectuoso por el solo argumento de ser peligroso. Así lo confirma la SAP de Barcelona, de 17 diciembre 2001⁸⁰⁶, al expresar que "*...tratándose de productos potencialmente peligrosos, el papel de la información se verá incrementado, pues no será producto defectuoso, a los efectos de la Ley (22/1994), si está acompañado de las debidas instrucciones e informaciones.*" Igual predicamento se encuentra en la sentencia de la Corte de Casación (Civil) francesa, de 5 de abril 2005⁸⁰⁷, que explica que "*...no es suficiente constatar que ciertos principios activos de un medicamento son peligrosos para concluir que se trata de un producto defectuoso.*" TORRALBA, entre otros, aclara sobre este punto, que el producto peligroso también pueden ser defectuoso, pero no "*...por el hecho*

⁸⁰³ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 36.

⁸⁰⁴ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 190.

⁸⁰⁵ Nótese, con todo, que la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que no hay ninguna necesidad de advertir o informar acerca de riesgos totalmente evidentes, conocidos y/o aceptados, lo que es importante tener presente al caracterizar a un producto como defectuoso, por una hipotética falta de información, instrucciones o advertencias.

⁸⁰⁶ Vid. JUR 2002/84388.

⁸⁰⁷ Vid. Recueil Dalloz, núm. 33, Paris, 2005, Jur. pág. 2256.

de su peligrosidad..."⁸⁰⁸, pues no se protege a la víctima contra un riesgo evidente, sino contra un defecto del producto. TALLONE, reafirmando lo anterior, nos recuerda que "*...un producto seguro, en principio, puede ser defectuoso en relación con el uso, bien por una inadecuada información...*".⁸⁰⁹

En resumen, es dable concluir que, tanto la información que contiene el producto en su etiquetado, envase, advertencias, instrucciones de uso e incluso su publicidad, son elementos de valoración del eventual defecto del producto, que el juzgador deberá ponderar al tiempo de definir si un producto es defectuoso o no.

3.3.2.- Su uso razonablemente previsible.

La idea de una utilización o uso normal o razonablemente previsible del producto, que se emplea para construir la noción de defecto, se dirige, en opinión de IZQUIERDO CARRASCO, tanto al productor como al consumidor e, incluso, a la colectividad.⁸¹⁰ RODRIGUEZ CARRION, por su parte, explica que el uso "*...constituye la delimitación objetiva del defecto del producto. Se convierte así en un elemento de gran relevancia en relación con la definición de producto defectuoso, por lo que a su seguridad se refiere.*"⁸¹¹ Se hace evidente, entonces, que para esta legislación especial es inaceptable todo uso anormal, abusivo o irrazonable del producto. Y esto es obvio, pues si el uso o consumo del producto causa un daño, pero en realidad se trata de un uso anormal o imprevisible, que ni el más acucioso productor estaba en condiciones de imaginar o advertir, entonces es absolutamente improbable -y debe descartarse-, que nadie haya podido engendrar una legítima expectativa de seguridad en el uso o consumo del producto en esa forma, desmoronándose, a nuestro entender, el eje central de la noción de defecto.

El uso razonable del producto, es aquél que se compadece con las recomendaciones que él contiene. Vale decir, el que se exhorte en sus etiquetas, instrucciones, catálogos, folletos, publicidad, etcétera y que han de ser cumplidas o respetadas por un consumidor o usuario normal o promedio. Entonces, para calificar un uso de un producto como razonable, habrá que estarse a la utilidad expresada por el productor y a lo que la experiencia o conocimiento común puedan sugerir, sumado a la utilización o empleo que realice el consumidor o usuario en atención a las circunstancias y destino del bien, todo ello en relación al momento en que el producto comienza a circular en el mercado. En un sentido más bien

⁸⁰⁸ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., "*La Responsabilidad del Fabricante*", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 55; FAGNART, J. L., "*La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits*", en Cahiers de Droit Européen, n° 1-2, 1987, pág. 30; ALPA, G., "*La actuación de la directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor*", en Revista Jurídica de Cataluña, 1991, págs. 328 y 329; PARRA LUCAN, M. A., "*Daños por productos y protección del consumidor*", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 502.

⁸⁰⁹ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 34.

⁸¹⁰ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., "*La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*", Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 59.

⁸¹¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 98.

estricto, IÑIGO postula que el productor *"...sólo responderá por el uso para el que está pensando y comercializado ese producto, no para cualquier uso que pueda dársele..."*⁸¹², razonamiento que, de buena fe, debemos entender como un límite frente a demandas abusivas o sobredimensionadas. Aunque nos parece necesario advertir que esta tesitura también entraña un riesgo, pues podría cobijar una línea argumental que facilitara la indefensión de quien resulte dañado por un producto defectuoso, en los casos en que la utilización del producto pueda ser calificada de borde, simplemente porque se empleó en una forma no indicada por su productor, pero posible y absolutamente previsible.

Se puede agregar que el uso normal o previsible de un producto, también está determinado por: (i) las normas administrativas que regulan con carácter general una rama o sector específico; (ii) las instrucciones de uso y consumo de un producto, así como las advertencias que se hagan sobre el riesgo que puede entrañar un uso incorrecto del mismo⁸¹³; y (iii) al decir de ALCOVER, el uso razonable del producto siempre *"...se relaciona con el tipo de consumidor al que el producto se dirige."*⁸¹⁴

Cabe advertir que por uso normal o razonable no se debe entender únicamente el uso para el que el producto está principalmente destinado, sino cualquier otro uso normal o previsible, habida cuenta del consumidor objetivo al que se dirige el producto⁸¹⁵, en cuanto ellos puedan erigirse en causa de daños para sus usuarios o consumidores. Como dice RODRIGUEZ CARRION, el uso razonable del producto abarca cualquier uso que el productor *"...hubiera debido prever, en función de las características del producto y de la amplitud de sus previsible consumidores, pero no de valoraciones subjetivas de la seguridad de un producto, tanto por parte del fabricante como del propio perjudicado."*⁸¹⁶ Por eso es que ALCOVER entiende que un juguete es defectuoso, *"...si contiene elementos tóxicos porque aunque su uso específico sea para jugar, es normal que los niños se lo lleven a la boca."*⁸¹⁷

Como es obvio, este concepto de un uso normal del producto no está exento de dificultades, pues es evidente que pueden surgir innumerables dudas al intentar delimitar, objetivamente, las funciones, propósitos o fines a que puede destinarse

⁸¹² Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 69.

⁸¹³ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 129.

⁸¹⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 73.

⁸¹⁵ Esto es de toda evidencia, pues no es lo mismo que el producto se dirija a los niños, que a los adultos; o a gente culta, que a personas de escasa educación; a personas que no están familiarizadas con el idioma en que se escriben las advertencias y condiciones de uso del producto; etcétera.

⁸¹⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 97.

⁸¹⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 74.

un producto normal o naturalmente. Es por ello que estas expresiones deberán ser precisadas caso a caso por los jueces, aunque pueden señalarse ciertas pautas generales, en que la doctrina concuerda. Ahora bien, es innegable que lo normal o previsible, a su turno, deberá ser valorado en función del tipo de consumidor a que el producto se dirige, entiende ALCOVER.⁸¹⁸

En todo caso, dentro del concepto de un uso normal del producto, parte de la doctrina entiende que también debieran comprenderse aquellos usos que a pesar de no ser del todo apropiados, se consideran socialmente adecuados y son aceptados por la colectividad. Por ejemplo, la utilización de un taburete como escalera para alcanzar objetos que se encuentran a escasa altura.⁸¹⁹ Para IZQUIERDO CARRASCO en cambio, debe preferirse la acepción estricta de uso normal del producto.⁸²⁰

En fin, nos queda referirnos a los extremos opuestos a un uso razonable de un producto. Esto es, un uso impropio, abusivo o imprudente, casos en los cuales, de acaecer un daño que causalmente se relaciona a un uso no razonable o imprevisible del producto, claramente no resultará pertinente acudir a esta legislación especial, pues no será el defecto del producto el causante del daño, sino su uso irracional o imprudente. O bien, se estará frente a un supuesto de exclusión de responsabilidad del productor, pues, siguiendo en esto a VELA, "*...la falta de precauciones normales por parte del perjudicado y su conducta han de ser valorados para fijar en qué medida se le ha de imputar la causación del daño...*"⁸²¹, no para entrar en un análisis de responsabilidad subjetiva que busque determinar el grado de mayor o menor culpa que pueda tener el perjudicado en la producción del daño, sino que con el afán de establecer que si el daño en verdad obedece a la culpa exclusiva del perjudicado y no al defecto del producto, más allá de cualquier objetivación de la responsabilidad, el productor no puede ser considerado responsable y se habrá configurado un supuesto de exclusión de responsabilidad en favor del productor, por ruptura del nexo causal.⁸²²

En general, un uso impropio o abusivo del producto, se da en los casos de usos contrarios a la razón. Por ejemplo, la inobservancia de los plazos de caducidad o vencimiento a los que el productor somete la eficacia o vigor de sus productos. A su

⁸¹⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La responsabilidad civil del fabricante. Derecho Comunitario y adaptación al Derecho español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 73.

⁸¹⁹ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 210 y 211.

⁸²⁰ Vid. IZQUIERDO CARRASCO, M., "*La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*", Marcial Pons, Madrid, 2000, nota 95, pág. 59.

⁸²¹ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "*Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Comares, Granada, 2004, pág. 149.

⁸²² Vid. *infra* apartado 2.8.1.1.- Regulación de la culpa del perjudicado como causal de exoneración o de atenuación de responsabilidad / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

turno, el uso imprudente de un producto se refiere a una indebida utilización de éste, provocada por la transgresión explícita de ciertas normas, como sucede cuando se infringen las normas comunes de atención y cautela, o las de uso apropiado, que suelen consignarse en las advertencias y folletos informativos proporcionados por el productor. Por ende, como dice RODRIGUEZ CARRION, no se puede decir que existe un uso razonable del producto, si el consumidor o usuario lo emplea "*...de forma ajena a la esfera de funciones que le son propias y que normalmente no resultan previsibles.*"⁸²³ Por lo mismo, el azúcar, cuando consumida, no será defectuosa porque sea dañina para los diabéticos. En realidad, el perjudicado sólo tiene derecho a ser indemnizado si habiendo utilizado el producto de forma normal y correcta, sufre un daño. Y por el contrario, de haber realizado un uso abusivo o irracional del producto, no tiene derecho a ser indemnizado, pues no puede invocar un derecho a un uso seguro del producto.⁸²⁴ Por lo mismo, si un producto afecta a una sola persona, no podrá por eso considerarse defectuoso, pues su falta de seguridad no es general, sino particular, provocada por una especial consideración de esa persona, que ni el productor más acucioso podía razonablemente haber previsto.

3.3.3.- El momento de su puesta en circulación.

En lo tocante a la puesta en circulación del producto y sin perjuicio de volver más tarde sobre este concepto y su importancia dentro de esta nomenclatura especial⁸²⁵, conviene decir que ella, más que nada, tiene que ver con que la valoración acerca de la seguridad que cabe legítimamente esperar del producto, debe hacerse según todas las circunstancias existentes en el momento de su puesta en circulación. Es decir, es menester ponderar una serie de antecedentes que están presentes al introducir el producto en el mercado, tales como: (i) el estado del arte en ese momento; (ii) los avances científicos y técnicos acaecidos con posterioridad a la puesta en circulación del producto; (iii) si se trata de un bien nuevo -recién salido de fábrica-, o usado; (iv) quien lo pone en el mercado; (v) quienes son sus destinatarios naturales; (vi) etcétera; hitos todos que coadyuvan a determinar si un producto era o no defectuoso, conforme a los parámetros en comento, al momento de ser introducido en el mercado y quedar en condiciones de ser usado o consumido.

3.4.- El sentido de la frase: "*En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la*

⁸²³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 98.

⁸²⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 98.

⁸²⁵ Vid. *infra* apartado 6.- La puesta en circulación de un producto y su importancia en la Directiva 85/374 y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

***misma serie..."*, empleada primero por el artículo 3.2 de la derogada LPD y más tarde por el artículo 137.2 del TR.**

Esta frase aparece por primera vez en el derogado artículo 3.2 de la LPD⁸²⁶, pese a que no está recogida en la Directiva 85/374. Más tarde, el TR la repite textualmente en su artículo 137.2.⁸²⁷ Ello no deja de llamar la atención, pues es evidente que el legislador español, al adaptar la Directiva 85/374 a la legislación nacional, intentó ir más allá o hacer una precisión del todo ausente en la norma Comunitaria.

Al respecto, la opinión de la doctrina es que debe entenderse que se trata de una precisión del legislador español, que discurre sobre la situación de productos fabricados en serie y los defectos de fabricación propiamente tales, procurando dejar en claro, aunque probablemente no era necesario, que probado el menor grado de seguridad de un ejemplar de la serie versus el resto de los ejemplares de esa serie, que ha causado un daño, debe concluirse que es defectuoso. Ahora bien, si lo que se procuraba era establecer una facilidad probatoria para el perjudicado, se justifica su inclusión. De otro modo, pareciera ser una repetición sosa acerca del concepto de defecto de fabricación o defecto propiamente tal⁸²⁸, propio de la producción masiva.

3.5.- El sentido de la frase: *"Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada..."*, empleada primero por el derogado artículo 3.3 de la LPD y más tarde por el artículo 137.3 del TR.

El derogado artículo 3.3 de la LPD⁸²⁹ y el artículo 137.3 del TR⁸³⁰, repiten la idea de que el hecho de que con posterioridad a la puesta en circulación de un producto, se fabrique y comercialice otro más perfecto⁸³¹, por el mismo o distinto productor, no convierte al producto en defectuoso *per-se*.⁸³² Ambas disposiciones rinden homenaje al precepto contenido en el artículo 6.2 de la Directiva 85/374.⁸³³

⁸²⁶ Vid. LPD, artículo 3.2. *"En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."*

⁸²⁷ Vid. TR, artículo 137.2. *"En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."*

⁸²⁸ Vid. *infra* apartado 3.9.2.1.- Defecto de fabricación (o defectos de fabricación en sentido estricto) / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁸²⁹ Vid. LPD, artículo 3.3. *"Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."*

⁸³⁰ Vid. TR, artículo 137.3. *"Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."*

⁸³¹ Lo que pueda ocurrir por mejoras en el diseño, o en las informaciones y advertencias del producto, en su presentación general, etcétera.

⁸³² Vid. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 458; JIMENENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad Civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 249.

⁸³³ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.2. *"Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado."*

El sentido de esta regulación es evitar que la introducción por parte del productor, de dispositivos o condiciones de mayor seguridad en un producto que ya lanzó al mercado, pueda ser entendido como un reconocimiento implícito de la falta de seguridad de los anteriores diseños del producto de que se trate, que ya están en circulación. Como dice RODRIGUEZ CARRION, se intenta evitar "...la aplicación de los estándares de seguridad de hoy a los productos de ayer."⁸³⁴

Sin embargo, es menester advertir que esta regulación no se aplica y no tiene nada que ver con la situación que se da cuando el productor, después de haber puesto en el mercado un producto, constata que éste es defectuoso o potencialmente dañino para sus consumidores o usuarios, pues en tal evento, el productor debería retirar ese producto del mercado, so riesgo de que de causar daños, deba indemnizarlos en sede extracontractual, al amparo de los artículos 1902 y siguientes del CC u otras reglas de Derecho común que resulten aplicables y sin perjuicio de las notificaciones que deba formular a las autoridades, según el tipo de producto de que se trate, de acuerdo a las regulaciones que al efecto contempla el RD 1801/2003.⁸³⁵

3.6.- El sistema de evaluación de seguridad de los productos, al tenor de la definición de defecto de la Directiva 85/374.

Como corolario del análisis del concepto de defecto contenido en la Directiva 85/374 y sus normas tributarias, es de toda evidencia concluir que el legislador europeo optó por evaluar la seguridad de los productos en base al tradicional test de las expectativas del consumidor (*Consumer expectation test*)⁸³⁶, según se desprende del artículo 6 de la Directiva 85/374, que es el que otrora adoptase el *Restatement Second of Torts* (402 A), desdeñando el criterio del diseño alternativo razonable, criterio que en realidad era el respaldado por la doctrina europea, que ve en el primero síntomas de una postura proclive al productor, en detrimento del

⁸³⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 108.

⁸³⁵ Vid. *infra* apartado 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TITULO II, DISPOSICIONES ESPECIFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPITULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

⁸³⁶ Vid. *supra* apartados 3.9.2.2.3.- Valoración de un defecto de diseño; 3.9.2.3.2.- Criterios para valorar la idoneidad de las instrucciones, advertencias e informaciones; 3.9.3.- Metodología de evaluación de los tipos de defecto de un producto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II; apartados 4.4.2.- La implementación del artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, de 1965; 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

objetivo general de la seguridad de los productos y de la redistribución del coste social de los accidentes de consumo.⁸³⁷ Desde luego, el criterio de las expectativas del consumidor se construye sobre lo que IÑIGO explica como *"...un análisis riesgo/utilidad donde entra a jugar un importante papel el precio del producto..."*⁸³⁸, aunque ello jamás pueda significar que un producto barato no deba respetar una seguridad básica o mínima.

Con ánimo crítico, SOLE I FELIU pone de manifiesto que el parámetro de seguridad basado en las expectativas del consumidor *"...no permite resolver satisfactoriamente una serie de problemas, a saber: (a) el caso del consumidor medio que por la complejidad técnica o por la novedad del producto carece de elementos para conocer la seguridad que puede esperar de él; y (b) el caso en que, pudiendo el fabricante prevenir o evitar el riesgo a un coste razonable, no lo hace, sin que por ello pueda el producto considerarse defectuoso, bien porque el consumidor conocía el peligro, o bien porque éste era evidente."*⁸³⁹ De hecho, para RAMOS, *"...el estándar comunitario y español, basado en las expectativas razonables del consumidor, no debería ser inmune al criterio de la alternativa razonable y la amplitud con la que está formulado en el art. 3.1 de la Ley 22/1994 hace factible que los jueces puedan tener en consideración la relación riesgo-beneficio del producto, así como las alternativas disponibles en el momento de la comercialización, a la hora de valorar la seguridad del diseño del medicamento..."*⁸⁴⁰, mismo razonamiento que cabe en relación al artículo 137.1 del TR, que no hace sino repetir la disposición del derogado artículo 3.1 de la LPD⁸⁴¹, en lo que nos parece una delicada interpretación, que merece ser atendida, pues sin duda permitiría mejorar los niveles de protección de los consumidores, ya que por esta vía podrían introducirse en la valoración de seguridad de un producto, criterios tales como la existencia de diseños alternativos más seguros.

3.7.- Diferencia entre producto defectuoso y vicio propio del producto (vicios rehibitorios del producto).

⁸³⁷ Vid. TACHNER, H., FRIETSCH, E., *"Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie"*, Kommentar, Munich, 1990, citado por MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, nota 438, pág. 147.

⁸³⁸ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 68.

⁸³⁹ Vid. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 160.

⁸⁴⁰ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., *"Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU."*, en *Indret*, nº 2, 2005, pág. 15.

⁸⁴¹ Vid. LPD, artículo 3.1. *"Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación." / TR, artículo 137.1. "Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación."*

Es conveniente precisar que defecto no es sinónimo de ineptitud o falta de idoneidad. La STS, de 19 de febrero 2007⁸⁴², al reflexionar sobre la definición de producto defectuoso, intenta puntualizar estas diferencias. Expresa que no se trata de apreciar de manera general si el producto es apto para el uso para el cual había sido puesto en circulación, sino que, de manera bastante más precisa, de pronunciarse sobre la seguridad que presenta. Es decir, el concepto de defecto se centra en la seguridad y no en la impropiedad para el uso o consumo, que es el eje basculante de otro concepto diferente: el de vicio oculto, que en verdad es parte del complejo obligacional que nace de un contrato de compraventa. Vale decir, el defecto no apunta a un problema de calidad o de vicios internos, sino de un problema que genera un defecto de seguridad, criterio que ratifica, entre otras, la STS, de 21 de febrero de 2003.⁸⁴³

En la doctrina, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO es enfático en este punto, pues entiende que la Directiva 85/374 *"...no pretende proteger a los consumidores frente a la falta de calidad de los productos o frente a sus carencias en relación con el fin al que se destinan, en definitiva, frente a un menor grado de utilidad al debido..."*⁸⁴⁴, pues esa clase de responsabilidad usualmente se mira como impropia del área de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que gira en torno a la seguridad del producto y no en el ámbito de la falta de calidad o vicios que afecten la idoneidad o utilidad del producto. Razón lleva este autor, si reparamos en el Considerando 6º de la Directiva 85/374, que lee: *"...el carácter defectuoso del producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público..."*.⁸⁴⁵ Y es que el concepto de vicio y de defecto no son en nada equiparables, en tanto *"...el vicio o defecto oculto atiende a insuficiencias que quedarían subsumidas en el ámbito estrictamente contractual respecto a las calidades y condiciones pactadas que presuponen una ineptitud o mala calidad del producto"*⁸⁴⁶, el concepto de defecto de la Directiva 85/374 y del TR se cifra en la carencia de seguridad.

PASQUAU LIAÑO, en la misma línea, resalta la conveniencia de distinguir entre vicios y defectos de los productos, a fin de poder caracterizar, correctamente, el régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos

⁸⁴² Vid. RJ 2007/1895.

⁸⁴³ Vid. RJ 2003, 2133.

⁸⁴⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 285.

⁸⁴⁵ Vid. Directiva 85/374, Considerando 6º. *"Considerando que, para proteger la integridad física y los bienes del consumidor, el carácter defectuoso del producto debe determinarse no por su falta de aptitud para el uso sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público; que la seguridad se valora excluyendo cualquier uso abusivo del producto que no sea razonable en las circunstancias;..."*.

⁸⁴⁶ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 121.

defectuosos.⁸⁴⁷ Es por ello que ALPA enseña, que la noción de producto defectuoso instaurada por la Directiva 85/374 *"...no se corresponde exactamente con la noción de "vicio" propio de la disciplina de la venta, porque está centrada sobre una de las cualidades del producto, la seguridad.*"⁸⁴⁸ Dice GUTIERREZ, en igual tenor, que *"...ni la falta de calidad, utilidad o eficacia, ni los vicios que hagan la cosa impropia para el uso a que se destina, implican necesariamente que sea defectuosa en el sentido de la Ley..."*⁸⁴⁹, comentario que entronca perfectamente con el principio asentado por el citado Considerando 6º de la Directiva 85/374. Por lo mismo, CERVETTI, tajantemente, señala que el concepto de producto defectuo *"...siendo propio de la disciplina especial introducida por esta Ley [22/1994], no coincide con el concepto de vicio propio de la disciplina del contrato de compraventa previsto en los arts. 1484 y ss. del Código Civil."*⁸⁵⁰ Así, al decir de CORRAL, producto inidóneo es aquél *"...que no reúne las cualidades sobre las que recayó el consentimiento contractual o que adolece de un vicio oculto (por deterioro, imperfección, adulteración, etc.)..."*⁸⁵¹, mientras que producto defectuoso es aquél que no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar de él, según se desprende de las definiciones normativas de producto defectuoso consagradas en la Directiva 85/375 y en el TR.

Siguiendo con estas ideas, MARCO precisa que falta de calidad y falta de seguridad son conceptos distintos, aunque es de ver que *"...difieren, pero en una relación de especie a género: mientras que la falta de calidad no necesariamente consiste en una falta de seguridad, la falta de seguridad puede, en cambio, ser valorada simultáneamente como falta de calidad, por cuanto el producto inseguro, por el hecho de causar daños, ha defraudado las expectativas del consumidor (y en ello radica la falta de conformidad..."*⁸⁵²

CILLERO DE CABO, con otra aproximación, plantea que un producto defectuoso no siempre es un producto impropio para el uso. Afirma que el producto defectuoso *"...puede ser idóneo para el uso al que venga destinado. Es la destrucción derivada de su falta de seguridad la hace que no pueda en adelante utilizarse o, si se trata de un deterioro, que sus utilidades hayan quedado considerablemente mermadas."*⁸⁵³ Como

⁸⁴⁷ Vid. PASQUAU LIAÑO, M., *"La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 88 y ss.

⁸⁴⁸ Vid. ALPA, G., *"L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del fabbricante. Problemi di terminologia e scelte legislative"*, en RJC, mayo-agosto, 1987, pág. 872.

⁸⁴⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 104 y 106.

⁸⁵⁰ Vid. CERVETTI, F., *"La nuova legge spagnola sulla responsabilità del produttore"*, en Riv. Dir. Comm., 1996-I, pág. 321.

⁸⁵¹ Vid. CORRAL TALCIANI, H., 'Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos', en AAVV, CORRAL TALCIANI, H. Editor, *"Derecho del consumo y protección al consumidor"*, Cuadernos de Extensión n° 3, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1999, pág. 166.

⁸⁵² Vid. MARCO MOLINA, J., *"La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo"*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 674, 2002, pág. 2298.

⁸⁵³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 295.

quiera que sea, el resultado es que el producto no puede utilizarse o bien su uso es inservible o sin utilidad o bien ha de destruirse. Todos estos casos importan un perjuicio para quien adquiere o usa el producto, pero la forma de reclamarlo puede ser distinta, lo que hace interesante esta distinción. De hecho, la aplicación de este régimen especial es complementario y compatible con la responsabilidad que puede nacer del quebranto de vínculos contractuales o de ilícitos extracontractuales, sin ningún problema y siempre que se esté persiguiendo la reparación de perjuicios distintos en cada sede de responsabilidad.

Con todo, parte de la doctrina estimó -considerando la derogada LPD y entendemos que puede reiterarse esta impresión a propósito del TR-, con un tono muy tutelar, que si el producto inidóneo o vicioso genera daños, era posible acudir a esta legislación especial en vez que al artículo 1486.2 del CC.⁸⁵⁴ En esa línea se inscribieron PARRA LUCAN y SOLE I FELIU, entre otros.⁸⁵⁵

No se puede dejar de mencionar que, el análisis precedente cambia dramáticamente, en el caso que la falta de idoneidad o los vicios ocultos, por sí mismos, constituyan un defecto del producto, pues en ese caso, no cabe duda, prima el concepto de defecto y se hace aplicable toda esta legislación especial. En efecto, como resalta MARCO, existen ciertos casos en que la distinción entre vicios o defectos de calidad y defectos de seguridad no es nítida: *"Se trata específicamente de aquéllos en que la utilidad que debiera aportar el producto consiste en proporcionar a su usuario cierta seguridad o protección frente al eventual padecimiento de perjuicios, de manera que la falta de utilidad o funcionamiento del producto lo convierte en fuente de daños y redundo, por ende, en su falta de seguridad. Respecto a ese grupo de casos, la tendencia judicial observada es que el defecto de calidad queda entonces desplazado por el de seguridad y el régimen contractual del saneamiento por el extracontractual de la responsabilidad objetiva del fabricante."*⁸⁵⁶

Ahora bien, como puede ocurrir que coexistan las nociones de vicio y defecto, debe entenderse que el afectado puede siempre acudir a la nomenclatura del CC, prevista para perseguir el resarcimiento de vicios ocultos, lo que importa alocar esa acción sólo en cabeza del vendedor, sin posibilidad alguna de impetrar tales perjuicios contra el elenco de responsables que dispone el TR en caso de daños causados por un producto defectuoso. Nótese, de hecho, que de acuerdo al artículo

⁸⁵⁴ Vid. CC, artículo 1486.2. *"Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios si optare por la rescisión."*

⁸⁵⁵ Vid PARRA LUCAN, M. A., *"Daños por productos y protección del consumidor"*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 501; SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante (Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos)"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 952 y 953.

⁸⁵⁶ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 115 y 116.

1485 del CC⁸⁵⁷, la existencia de un vicio en el producto habilita para solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato, más no se contempla la posibilidad de pedir una indemnización de perjuicios derivados de la existencia del vicio en cuestión, salvo que se acredite que el vendedor conocía la existencia del defecto, según dispone el artículo 1486.2 del mismo CC. Como tal prueba es difícil, el plazo disponible es breve⁸⁵⁸ y dado que el TR tampoco admite tal tipo de resarcimiento, en opinión de CILLERO DE CABO es muy probable que tal clase de daños no resulten indemnizados nunca, máxime si esta obligación es posible de ser renunciada o excluida, vía cláusulas limitativas o de exoneración de responsabilidad.⁸⁵⁹

3.8.- La superposición entre inseguridad de un producto y defecto de un producto. Necesidad de tener presente los alcances de cada concepto y de clarificar sus posibles relaciones.

Como vimos con antelación⁸⁶⁰, los conceptos de inseguridad y de defecto, a propósito de un producto, se prestan para un sinnúmero de dificultades conceptuales y de inteligencia. Y ello no es poco, si consideramos que estas voces se ligan íntimamente a la hora de precisar si un producto es defectuoso o no. Es por ello que MARIN⁸⁶¹ advierte, que si bien los regímenes de seguridad de los productos y de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se mueven en planos distintos, tampoco pueden desconocerse algunas zonas de contacto o interferencias, que habrá que analizar caso a caso.⁸⁶²

El TS ha ligado las nociones de producto defectuoso y producto inseguro, señalando que todo producto inseguro es un producto defectuoso, salvo que concurren factores subjetivos. *"...La exigencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer y, si esto no sucede, impone considerar al producto defectuoso, invirtiéndose la carga de la prueba por corresponder al fabricante acreditar la idoneidad del mismo o la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, siendo principio general que declara el*

⁸⁵⁷ Vid. CC, artículo 1485. *"El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. / Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido."*

⁸⁵⁸ De acuerdo al artículo 1490 del CC, el plazo es de 6 meses, que corren desde el día de la entrega de la cosa objeto de la compraventa.

⁸⁵⁹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 300 y ss.

⁸⁶⁰ Vid. *supra* apartado 3.5.- Distinción entre Productos Peligrosos, Productos Seguros, Productos Riesgosos y Productos Defectuosos / Capítulo III EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD / PARTE I.

⁸⁶¹ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 28.

⁸⁶² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, Madrid, 1993, pág. 259; PASQUAU LIAÑO, M., *"La noción de 'defecto' a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 90 y ss.; GONZALEZ VAQUE, L., *"La reforma del régimen relativo a la seguridad de los productos: la propuesta de la Comisión"*, en Gaceta Jurídica de la UE, núm. 209, 2000, págs. 18 y ss.

artículo primero de la Ley...". Sobre este fallo, indica MATESANZ que: "...no se explica suficientemente en la sentencia que se quiere decir con esta salvedad..."⁸⁶³ referida a la concurrencia de factores subjetivos, aunque se aventura a señalar esta autora que probablemente se alude a que el daño sea causado por una incorrecta manipulación del producto por parte de la víctima del daño y/o a la eventual concurrencia de alguna de las causales de exoneración de responsabilidad del productor que contemplaba el derogado artículo 6 de la LPD, referencia que hoy debemos entender hecha al artículo 140 del TR.

En todo caso, conviene precisar que la conexión entre producto inseguro como causante del daño y defecto no es siempre asible. En el caso de defectos de fabricación, es relativamente sencillo conjugarla, ya que el producto siempre puede compararse con otros de su serie. Más, ello no ocurre en el caso de otras tipologías de defecto, como los de diseño o de información, donde no hay con qué otro producto comparar y se debe investigar o evaluar toda la gama de productos, sus circunstancias, la concepción del producto, el contenido, la calidad de las instrucciones, etcétera.⁸⁶⁴

3.9.- Tipos de defectos que pueden presentar los productos.

3.9.1.- El concepto único de defecto que consagra la Directiva 85/374 y el TR, versus la tipología de defectos que construyó la jurisprudencia norteamericana.

Es menester advertir, nos dice PIZARRO, que la doctrina y la jurisprudencia en materia de daños causados por productos defectuosos, suelen distinguir entre "...vicios de fabricación, los de concepción y los defectos en las instrucciones..."⁸⁶⁵ LASARTE, con el mismo tenor, explica que "...la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, especialmente, han desarrollado la siguiente tipología de defectos: defectos de fabricación, de diseño y de información, como categorías básicas en la materia que han sido generalmente aceptadas también en Europa."⁸⁶⁶ Sin embargo, la Directiva 85/374 no recoge esta distinción. Por el contrario, opta por un concepto único de defecto, construido sobre la base de que el producto de que se trate no ofrezca la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, siendo irrelevante -afirma ALCOVER-, si ello es a causa "...de la fabricación, del diseño o de la información..."⁸⁶⁷, advertencias o instrucciones que lo acompañen.

⁸⁶³ Vid. MATESANZ MARTINEZ, C., "Responsabilidad por productos defectuosos: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 2003", en EC, nº 65, 2003, pág. 104.

⁸⁶⁴ Vid. *supra* apartado 3.5.- Distinción entre Productos Peligrosos, Productos Seguros, Productos Riesgosos y Productos Defectuosos / Capítulo III EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD / PARTE I.

⁸⁶⁵ Vid. PIZARRO, D., 'Causalidad adecuada y factores extraños', en "Derecho de daños", La Roca, Buenos Aires, 1989, pág. 377.

⁸⁶⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Manual sobre protección de consumidores y usuarios", Instituto Nacional del Consumo, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 286.

⁸⁶⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, págs. 74 y 75; TASCHNER, H. C., 'Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe', en WOODROFFE, G. (ed.), "Consumer Law in the EEC", Sweet &

Es decir, el legislador Comunitario evitó expresamente la taxonomía de los defectos, en aras de plantear un concepto único de defecto. Otro tanto hizo en su día la LPD, lo que el TR mantuvo inalterado. Es por ello que la SAP de Almería, de 12 de mayo de 2004⁸⁶⁸, a propósito de la definición legal de producto defectuoso, destaca que ella "...no recoge la distinción entre defectos de fabricación, defectos de diseño y defectos de información... ...El concepto de defecto es único: un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, siendo irrelevante si ello debido a causa de la fabricación, del diseño o de la información." Reafirmado este concepto unitario de defecto, la SAP de Cáceres, de 18 de abril de 2002, expresa que "...en definitiva, el rasgo fundamental de este concepto es que no recoge la distinción entre defectos de fabricación, defectos de diseño y defectos de información a fin de establecer distintos conceptos de defecto según su clase. El concepto de defecto es único: un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho siendo irrelevante si ello es debido a causa de la fabricación del diseño o de la información."⁸⁶⁹

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia vienen distinguiendo la existencia de varias clases de defectos⁸⁷⁰, mismos que pueden tener su origen en un fallo o deficiencia ocurrida en cualquiera de las fases del proceso fabril, incluida la planificación o diseño, la de fabricación y en las etapas posteriores de comercialización. PONZANELLI, por su parte, expresa que los defectos de los productos pueden clasificarse en: (i) defectos de fabricación; (ii) defectos de diseño o concepción; (iii) defectos de información; y (iv) defectos de desarrollo.⁸⁷¹ RUIZ GARCIA y MARIN, por su parte, los catalogan en: (i) defectos de fabricación; (ii) defectos de diseño; y (iii) defectos en las instrucciones o advertencias del producto.⁸⁷² Por su parte, IÑIGO expresa que el defecto de un producto puede

Maxwell, Londres, 1984, pág. 123; MILLER, C. J., "Product Liability & Safety Encyclopedia", Butterworths & Company, London, 1979, págs. 60 y ss.

⁸⁶⁸ Vid. AC 2004/1269.

⁸⁶⁹ Vid. AC 2002/1330.

⁸⁷⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 75; CAVANILLAS MUGICA, S., "Responsabilidad civil y protección del consumidor", Facultad de Derecho de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985, págs. 182 y ss.; HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., "Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante", Bosch, Barcelona, 1997, págs. 338 y 339; SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 125 y ss.; JIMENEZ LIEBANA, D., "Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos", McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 78 y ss.; IÑIGO CORROZA, M. E., "La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos", Bosch, Barcelona, 2001, págs. 72 y 73; FERRARA, R., "Contributo allo studio della tutela del consumatore", Milano, Giuffrè, 1983; VETRI, D., 'Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti', en "Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa", a cura di ALPA, G., BESSONE, M., Giuffrè, Milano, 1980.

⁸⁷¹ Vid. PONZANELLI, G., "La responsabilità civile. Profili di diritto comparato", en il Mulino, Bologna, 1992, págs. 112 y ss.

⁸⁷² Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 10.

tener su origen en cualquiera de las fases del proceso de elaboración del producto, tanto en la planificación o diseño, como en las de fabricación y comercialización⁸⁷³, cayendo en la misma tipología en comento. Las STS, de 20 de octubre de 1983⁸⁷⁴, de 14 de noviembre de 1984⁸⁷⁵ y de 3 de octubre de 1991⁸⁷⁶, entre otras, tratan de los distintos defectos de los productos, dando cuenta también de estas tipificaciones que venimos nombrando, aunque no son las únicas.

3.9.2.- Tipología de defectos de los productos.

3.9.2.1.- Defecto de fabricación (o defectos de fabricación en sentido estricto).

3.9.2.1.1.- Definición.

TALLONE explica que esta clase de defecto se produce durante el proceso de fabricación de un producto, al verificarse *"...alguna anomalía que lo convierte en peligroso más allá de lo esperado legítimamente, y los riesgos que origina no resultan cognoscibles con los sistemas de control existentes..."*⁸⁷⁷, existiendo consenso en que, a la larga, se trata de lo que CAVANILLAS denomina anomalías inevitables y propias de las modernas técnicas de producción en masa, atribuibles a un error humano o a una falla mecánica, imposibles de prevenir o evitar en el cien por ciento de los casos.⁸⁷⁸ Para FERNANDEZ ROMO se trata de un producto que estando bien concebido, diseñado y planificado, se deteriora en el proceso de fabricación⁸⁷⁹, por yerros que suelen ser de carácter accidental y, por ende, esporádicos o aislados y en tal carácter, suelen afectar sólo a algún o algunos ejemplares específicos de la serie o lote de producción, siendo el resto de la producción correcta, expone RODRIGUEZ LLAMAS.⁸⁸⁰ Ya que, como decíamos, la falla tiene lugar sólo respecto de uno o más ejemplares concretos de esa serie o lote. Es decir, se trata de defectos que se originan en la fase fabril o de elaboración del producto, como *"...consecuencia de una anomalía en el proceso de fabricación del producto que provoca que alguna o algunas unidades se desvíen del diseño originario y ofrezcan una seguridad inferior que la originariamente concebida por el diseño."*⁸⁸¹

Además, estos defectos técnicamente no pueden ser detectados por los sistemas de control de calidad que implementan los productores, por lo que algún sector de la

⁸⁷³ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 72 y ss.

⁸⁷⁴ Vid. R. 5334.

⁸⁷⁵ Vid. R. 5554.

⁸⁷⁶ Vid. R. 6902.

⁸⁷⁷ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 42.

⁸⁷⁸ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., *"Responsabilidad civil y protección del consumidor"*, Facultad de Derecho de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985, pág. 182.

⁸⁷⁹ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., *"La responsabilidad civil del producto"*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 26.

⁸⁸⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 145.

⁸⁸¹ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en *"Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano"*, Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792, págs. 798 y 799.

doctrina los ha calificado también como *escapes* o *fugas*. Entonces, por definición, el defecto de fabricación no puede ser genérico, sino específico o singular, pues, como señala MARCO acertadamente, naturalmente "...sólo podrá afectar aquellos ejemplares de la serie o modelo que, escapando al control de calidad del fabricante, se aparten del diseño proyectado..."⁸⁸², dando pie a lo que comúnmente se denominan escapes, fugas o deslices inevitables de cualquier proceso productivo. Se trata, por ende, de vicios estrictamente previsibles, pero en gran medida inevitables, ya que todo proceso productivo presenta un nivel de riesgo no susceptible de ser suprimido en forma absoluta. Piénsese, por ejemplo, "...en un lote de productos alimenticios que han resultado contaminados por salmonella."⁸⁸³

RUIZ GARCIA y MARIN entienden que un producto se considera defectuosamente fabricado cuando, con independencia del grado de precaución adoptado por su productor, una o más de sus características difieren del estándar, proyecto o diseño pretendidos.⁸⁸⁴ En similares términos se expresa el artículo 2(a) del *Restatement Third*, al consignar que un producto se considera defectuosamente fabricado, cuando difiere de su diseño pretendido, incluso en el caso en que se haya aplicado a su producción y fabricación un grado máximo de precauciones.⁸⁸⁵

Es de ver que el defecto de fabricación, como se conceptualiza, es el que se presenta en productos aislados, debidos al fallo de una máquina o de un trabajador. Por ende, pueden afectar de forma ocasional a uno o varios productos aislados de una misma serie o lote, mientras el resto de la producción resulta correcta, lo que ocurre normalmente, en opinión de RODRIGUEZ CARRION, por un fallo de la propia maquinaria con la que se fabrica el producto, o bien por un error o negligencia del operario que trabaja con la máquina que lo produce, entre otras posibilidades⁸⁸⁶, fallos o yerros que, como decíamos, nunca podrán eliminarse del todo, pues son estructurales a los sistemas modernos de producción.

3.9.2.1.2.- Comprobación del defecto de fabricación.

En este tipo de defecto, existe la facilidad de poder comparar el producto espurio con otro ejemplar de la misma serie o lote, lo que facilita la prueba y detección del defecto. En efecto, tal y como resalta SOLE I FELIU, a diferencia de lo que ocurre con otras categorías de defectos, en los de fabricación existe un modelo de referencia para conocer la seguridad que legítimamente puede esperarse del

⁸⁸² Vid. MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 173.

⁸⁸³ Vid. AAVV, Directoras ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., "Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso", REUS, Madrid, 2009, pág. 22.

⁸⁸⁴ Vid. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en *InDret*, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 10.

⁸⁸⁵ Vid. *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*, artículo 2 (a).

⁸⁸⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 88.

producto: la ofrecida por el diseño originario y por las demás unidades del producto que lo siguen fielmente.⁸⁸⁷

Por lo que probar la existencia de un defecto de este tipo, debiera resultar muy sencillo, ya que bastará comparar la seguridad que ofrece el producto causante del daño, con la seguridad que brindan los demás ejemplares de la misma serie. En este sentido, la seguridad propia de los demás ejemplares de la serie se erige, por contraste, en parámetro específico del carácter defectuoso del producto anómalo.

3.9.2.1.3.- La vinculación entre el defecto de fabricación y la tesis de la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos.

Para SALVADOR *et al*, el defecto de fabricación "*...es el que, de forma más clara, está en el origen y desarrollo de la cultura legal de la responsabilidad del fabricante...*",⁸⁸⁸ pues la tesis de la responsabilidad objetiva del fabricante encuentra en ellos su razón de ser: uno o más productos de una serie tienen un fallo, que causa un daño masivo al ser usado o consumido.

Y es precisamente a esta clase de defecto que parece referirse el artículo 137.2 del TR, al decir que: "*En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.*" Igual comentario cabía respecto del derogado artículo 3.2 de la LPD⁸⁸⁹, que fue tomada por el legislador español del artículo 5.3 del Decreto italiano 224/1988, de 24 de mayo, de transposición de la Directiva 85/374, conforme aseveran PARRA LUCAN, CASALS y SOLE I FELIU.⁸⁹⁰ Refiere MARCO, que este precepto no quiebra el concepto unitario de defecto que instaura la Directiva 85/374, pues más que un derecho sustantivo, "*...la regla enunciada tiene un valor exclusivamente procesal, estando destinada a facilitar al perjudicado la prueba de la falta de seguridad del producto en el caso de los defectos de fabricación de un producto fabricado en serie, es <<legítimo>> esperar (art. 3.1. Ley 22/1994) que reúna, como mínimo, el nivel de seguridad propio de los demás ejemplares de la serie.*"⁸⁹¹ Y de no ser así, habría una señal bastante evidente de la presencia de un defecto, facilitándosele la prueba al perjudicado sobre la existencia de un defecto de fabricación, pues la ley lo presume

⁸⁸⁷ Vid. SOLE I FELIU, J., "*El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 572.

⁸⁸⁸ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "*Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*", en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 14.

⁸⁸⁹ Vid. LPD, artículo 3.2. "*En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.*"

⁸⁹⁰ Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en "*Tratado de responsabilidad civil*", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1221; MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., "*Veinte problemas en la aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución*", en *Práctica. Derecho de daños*, núm. 10, diciembre, 2003, pág. 27.

⁸⁹¹ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 175.

en tales circunstancias. De modo que el artículo 137.2 del TR, contendría una presunción simplemente legal o *iuris tantum* en contra del productor, que éste podrá desvirtuar a través de cualquier otro medio de prueba.

Podemos decir que efectúa una correcta aplicación de esta regla, la SAP de Pontevedra, de 12 de mayo de 2006⁸⁹², que presume la existencia del defecto del producto, consistente en la corrosión del asiento de un vehículo, al contrastarlo con otros ejemplares del mismo producto. Destaca MARCO el FD 4º de este fallo⁸⁹³, que expresa: *"Ha de considerarse acreditada la existencia en sí de un producto defectuoso pues, como bien dice la sentencia de instancia, el estado del asiento que nos ocupa es muy distante del que se documenta en los otros analizados en el informe de la demandada, ante la acreditada excesiva corrosión de aquél en relación al tiempo de su adquisición y uso, pues no se explica su deterioro por la instalación de una capota de protección en la grúa, ni por las presiones que se dice le produciría tal modificación, ni por la cubierta exterior del sillón, ya que se ha de tener en cuenta que los otros analizados se sometieron a mayor presión y tenían más antigüedad, resultando mejor conservados y especialmente resistentes...lo que implica la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto del art. 3.2 Ley 22/94⁸⁹⁴..."*, *ratio decidendi* que nos parece perfectamente aplicable hoy, a la luz de los términos empleados por el artículo 137.2 del TR, que son idénticos a los de su antecesor.⁸⁹⁵

3.9.2.1.4.- Las etapas de fabricación de un producto y la posible aparición de defectos en cada una de ellas.

Nótese que el proceso de fabricación de un producto puede dividirse en distintas etapas o estadios:

(i) Estadio t0: Se llama así al período que comprende toda la fase anterior a la producción del bien, esto es, la investigación y estudios destinados a elaborar un producto. En esta etapa, en que se trabaja en el proyecto o diseño del producto, podrían suscitarse errores o fallas que afecten la seguridad del producto y, en realidad, de toda la serie o lote. Aquí hablamos de defectos de concepción o de diseño.

(ii) Estadio t1: Esta es la fase de fabricación propiamente tal. Aquí puede haber una falla en la producción, que haga que surja una divergencia entre el producto inicialmente diseñado y el producto efectivamente fabricado, generando un defecto en uno o más ejemplares concretos de la misma serie

⁸⁹² Vid. AC 2006\874.

⁸⁹³ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, nota 534, pág. 176.

⁸⁹⁴ Vid. LPD, artículo 3.2. *"En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."*

⁸⁹⁵ Vid. TR, artículo 137.2. *"En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."*

o lote. Esta falla puede obedecer errores humanos o técnicos. Estos eventos, denominados *fugas* o *escapes*, dan cuenta de un pequeño número de productos que escapó al control fabril y que, muchas veces, son inevitables dentro del moderno proceso de producción. En este caso, nos referimos a defectos de fabricación.

(iii) Estadio t2: En esta etapa adquieren relevancia las informaciones e instrucciones de uso del producto. Aquí pueden haber fallas o defectos extrínsecos al producto, pues si bien hay productos que portan riesgos inherentes, las instrucciones, advertencias e información adecuada sobre su uso o consumo permiten satisfacer las expectativas de seguridad del gran público. Del mismo modo, la omisión o insuficiencia de estas instrucciones, informaciones y advertencias, puede transformar al producto en defectuoso. Caso en el cual, estaremos frente a un defecto de información o de advertencias.

(iv) Estadio t3: Esta etapa corresponde a la de distribución del producto. En verdad, el defecto nace de alguna circunstancia que acaece después de que el producto ha salido de la fábrica, sea durante su transporte hacia un distribuidor, o en su almacenamiento en un centro de transferencia o en bodegas del proveedor o suministrador final. Evidentemente, en este caso el defecto, si bien tal, no es propio del proceso fabril sino de la etapa de distribución o comercialización del producto, por lo que muy probablemente obedece a una actuación del proveedor y no del productor, que no interviene en este segmento de la cadena de valor de un producto, según tendremos oportunidad de analizar en la Parte III de este trabajo.⁸⁹⁶

3.9.2.2.- Defecto de concepción o de diseño.

3.9.2.2.1.- Definición.

Según FERNANDEZ ROMO, defecto de concepción o de diseño es aquél que obedece a un error o falla en la proyección, concepción, planificación o configuración del producto, que normalmente concurre en toda la serie comercializada, que se ha fabricado conforme a unos cánones insuficientemente seguros, lo que vulnera el principio esencial afincado por esta legislación especial, en orden a que todo producto debe estar concebido para que el usuario o consumidor al que va dirigido, lo utilice sin riesgo para su seguridad, bajo los parámetros de un consumidor medio.⁸⁹⁷

⁸⁹⁶ Vid. *infra* apartado 2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

⁸⁹⁷ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., *“La responsabilidad civil del producto”*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 25.

En el fondo, se trata de un producto mal diseñado o proyectado afirma RODRIGUEZ LLAMAS.⁸⁹⁸ Por ello, el defecto de diseño se presenta pese a que el producto ha sido fabricado de conformidad con las líneas, criterios y especificaciones establecidos por el productor, pero su vicio de concepción o diseño provoca que no ofrezca la seguridad legítimamente esperada, contaminando todos los ejemplares de la serie o lote, enseña DI MAJO.⁸⁹⁹ Como destaca RODRIGUEZ CARRION, ellos son especialmente nocivos, pues afectan a toda la serie o lote, fabricada conforme a unos planos, maquetas, normas o cánones erróneos.⁹⁰⁰ Es decir, aparece en la totalidad de la producción y por ello son los defectos que pueden perjudicar a un mayor número de víctimas. Es el caso, por ejemplo, de errores de cálculo en los planos, o en la composición de fórmulas químicas sobre cuya base se elabora el producto.

3.9.2.2.2- Etapas por las cuales atraviesa el diseño o proyecto de un producto.

La tarea de diseñar un producto es un proceso integrado por diversas fases, a saber: (i) fase de concepción; (ii) fase de elaboración del prototipo; y, (iii) fase de revisión del diseño. Y en cualquiera de ellas puede originarse la deficiencia o error causante del defecto de concepción o diseño.

3.9.2.2.3.- Valoración de un defecto de diseño.

De cara a un defecto de diseño, lo que se cuestiona, al decir de TALLONE, es "*...el modelo de comparación en sí mismo o la elección del fabricante al escoger el diseño en cuestión...*"⁹⁰¹, lo que vuelve sumamente complejo su valoración, pues no existen parámetros seguros para realizar este análisis. Por lo pronto, no existe la posibilidad de comparar con otro individuo de la serie o del lote, como ocurre con los defectos de fabricación. Suele reconducirse este problema de ponderación, a la discusión acerca de cuál ha podido ser el modelo de diseño objetivamente exigible al fabricante. Si ya existiese un modelo de referencia, el problema está resuelto, pero si no lo hay, se manifiestan todas las dificultades propias de la caracterización de un defecto de diseño. Según RODRIGUEZ LLAMAS, la falta de seguridad de un producto que porta un defecto de diseño o concepción "*...debe ser deducida de la comparación con un producto abstracto...*"⁹⁰² En tal sentido, la comparación de seguridad se formula en consideración a lo que debiera haber sido una diligente técnica productiva, motivo por el cual, parte de la doctrina entiende que la culpa del productor concurriría a integrar los extremos del defecto de diseño,

⁸⁹⁸ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 145.

⁸⁹⁹ Vid. DI MAJO, A., "La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria", en Riv. Dir. Civ. I, 1989, pág. 36.

⁹⁰⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 88.

⁹⁰¹ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 41.

⁹⁰² Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 149.

convirtiéndose en un elemento constitutivo de él⁹⁰³, pese a que nos enfrentamos a un régimen cuasi objetivo de responsabilidad, donde el eje de este sistema de responsabilidad es el defecto del producto y no la culpa del productor, comentario que debe ser resaltado, pues podría concebirse esta situación como una anomalía de este régimen especial.

Sobre este tema volveremos en el apartado 3.9.3.2.- siguiente.⁹⁰⁴

3.9.2.2.4.- Responsabilidad profesional del diseñador o proyectista.

En todos los casos en que nos enfrentamos a un defecto de este tipo, evidentemente hay una responsabilidad civil independiente y adicional del profesional que fue autor del plano, del proyecto, del diseño o de la fórmula química, según corresponda, nos dice FARIÑA.⁹⁰⁵

En efecto, contra él se podría accionar por el perjudicado por el daño sufrido a través del Derecho común e, incluso, quien haya respondido de ese perjuicio tendría acción de reembolso o repetición en conformidad al Derecho común o alguna legislación especial, más no a través del TR, por la sencilla razón de que en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos el proyectista o diseñador no está asimilado al productor como posible sujeto pasivo de esta compilación especial.

3.9.2.3.- Defecto de información, de instrucciones sobre uso o consumo, o de advertencias sobre los riesgos del producto.

3.9.2.3.1.- Definición.

El defecto de información, según RODRIGUEZ LLAMAS, se produce cuando, por deficiente o insuficiente información sobre los riesgos y forma de uso de un producto, el consumidor resulta dañado.⁹⁰⁶ LASARTE, por su parte, explica que los defectos de información “...estriban en carencias o informaciones inexactas sobre el consumo, uso o manipulación del producto.”⁹⁰⁷ Y DIAZ-AMBRONA los define como aquellos que se producen “...cuando el fabricante o importador no da instrucciones

⁹⁰³ Vid. PONZANELLI, G., “L’attuazione italiana della direttiva Cee sulla responsabilità del produttore”, en Corr. giur., 1988, págs. 800 y ss.; CARNEVALI, U., “La responsabilità del produttore”, Guiffré, Milano, 1979, pág. 269.

⁹⁰⁴ Vid. *infra* apartado 3.9.3.2.- Sistema acogido por la jurisprudencia norteamericana, particularmente en el caso de defectos de diseño / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁹⁰⁵ Vid. FARINA, J. M., “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 327.

⁹⁰⁶ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., “Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos”, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 145.

⁹⁰⁷ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”, Instituto Nacional del Consumo, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 286.

claras y precisas del modo como debe utilizarse el producto, y de los peligros que puedan derivarse de su incorrecta manipulación."⁹⁰⁸

Es decir, se trata de productos que correctamente diseñados y fabricados, igualmente conllevan riesgos inherentes o característicos de muy difícil eliminación, pero que contando con instrucciones o advertencias adecuadas, resultan ser peligrosos pero no defectuosos⁹⁰⁹, esto es, permiten un uso desprovisto de riesgos, concluye FERNANDEZ ROMO.⁹¹⁰ El problema surge cuando esas informaciones o advertencias se omiten o son incompletas o erradas, pues, en tales casos, el producto se vuelve defectuoso sentencia CALVAO DA SILVA⁹¹¹ y el productor puede ver comprometida su responsabilidad por los daños provocados por el defecto del producto, así entendido. Igualmente se configura un defecto de este tipo, manifiesta SHERMAN, si la información proporcionada es insuficiente para indicar correctamente la entidad del peligro, o para advertir adecuadamente a sus destinatarios naturales del riesgo que conlleva su uso o empleo o, en el extremo, si ella es inútil o inadecuada para la prevención o evitación del daño de que se trate.⁹¹² ALCOVER, por su parte, plantea que ellos aparecen cuando el productor no comunica al público, de forma adecuada, las características y peligrosidad de sus productos⁹¹³, imponiendo la premisa de que, de algún modo, se compensa la posible inseguridad de un producto con más informaciones, advertencias o instrucciones sobre su uso o consumo. Para RODRIGUEZ CARRION, este defecto se origina cuando el daño se produce como consecuencia de la insuficiente, deficiente o errónea información ofrecida por el fabricante en relación con el uso o consumo del producto.⁹¹⁴ Más ampliamente, agrega que la *"...falta de información, instrucciones o advertencias del producto, así como cualquier publicidad inexacta o errónea del mismo, en relación con su seguridad..."*⁹¹⁵, constituyen un defecto del producto, pues la expectativa de seguridad que se forja el consumidor o usuario no es coincidente con la seguridad real del producto, distorsión provocada, precisamente, por estas irregularidades en la información,

⁹⁰⁸ Vid. DIAZ-AMBRONA, M. D., 'La responsabilidad civil por productos defectuosos', en *"Derecho Civil Comunitario"*, dirigida por DIAZ-AMBRONA, M. D., Colex, Madrid, 2004, pág. 420.

⁹⁰⁹ Vid. MILLER, C., *"Product Liability"*, Butterworths & Company, London, 1977; SCHWARTZ, V. E., *et al*, *"Product Liability: a practical guide"*, Clifton, New Jersey, 1988; PARRA LUCAN, M. A., *"La responsabilidad civil de productos por defecto de información. La relevancia del incumplimiento de normas reglamentarias. (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1993)"*, en INIURIA I, enero-marzo, 1994.

⁹¹⁰ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., *"La responsabilidad civil del producto"*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 26.

⁹¹¹ Vid. CALVAO DA SILVA, J., *"Responsabilidade civil do produtor"*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 659.

⁹¹² Vid. SHERMAN, P., *"Product liability for the general practitioner"*, Colorado Springs, 1981, cumulative supplement, 1994, pág. 211.

⁹¹³ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 75.

⁹¹⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 88.

⁹¹⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 95.

advertencias o publicidad del producto. Por ello, ha de concluirse que el defecto de información comprende la información exigible al producto, las instrucciones de uso, pero también sus prospectos de uso, folletos e incluso, su publicidad. Entonces, un producto es defectuoso cuando los riesgos previsibles de daño que presenta, podrían haber sido reducidos o evitados mediante informaciones adecuadas, instrucciones apropiadas y/o advertencias razonables sobre su uso o consumo, de modo que su omisión convierte al producto en defectuoso, pues tales riesgos, observan SALVADOR y RAMOS, "*...podrían haber sido reducidos o evitados mediante instrucciones o advertencias razonables y su omisión convierte al producto en irrazonablemente inseguro...*"⁹¹⁶, esto es, defectuoso.

Nótese que este defecto se presenta tanto si faltan esas informaciones, instrucciones o advertencias, como si ellas son inexactas, deficientes, imprecisas o no adecuadas, generándose el daño por una errónea indicación sobre el modo de utilizar o consumir el producto, así como de un información incorrecta sobre su composición, sus características especiales, contra indicaciones, fecha hasta la cual puede consumirse, modo de conservarlo, toxicidad, peligrosidad, etcétera; o bien, como apunta FARINA, por la omisión de instrucciones necesarias para el empleo del producto o instrucciones inadecuadas.⁹¹⁷ También puede decirse, según ZANNONI, que estos defectos se relacionan estrechamente con las normas o reglas técnicas que el productor debe poner en conocimiento del consumidor o usuario, según las características del producto acerca de su uso, instalación, reparaciones, etcétera.⁹¹⁸

En realidad, suele ocurrir que el producto considerado en sí mismo es seguro, pero lo que lo hace inseguro es "*...la falta de información relativa al mismo, a su funcionamiento o a sus propiedades, o por la inadecuada información, que conduce a error y genera, a la postre, el resultado dañoso. Piénsese en el caso de unas galletas de chocolate blanco, que se comercializan... La galleta está en buen estado y no es insegura, pero al omitirse por error entre sus ingredientes a la lactosa, resulta potencialmente dañina para personas con intolerancia a esta sustancia, convirtiéndose en un producto defectuoso para dicho colectivo.*"⁹¹⁹ Por su parte, SOLE I FELIU entiende que existen productos que aun cuando han sido correctamente diseñados y fabricados, conllevan una serie de peligros inherentes de muy difícil o imposible eliminación, caso en el cual, la única manera de entender que no sean ilegítimamente inseguros y por ende defectuosos, es -según TALLONE-

⁹¹⁶ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., "*Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto*", en InDret, n° 4, 2006, pág. 3.

⁹¹⁷ Vid. FARINA, J. M., "*Defensa del Consumidor y del Usuario*", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 327.

⁹¹⁸ Vid. ZANNONI, E. A., '*Responsabilidad por productos elaborados*', en "*Seguros y Responsabilidad Civil*", Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 275.

⁹¹⁹ Vid. AAVV, Directoras ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., "*Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*", REUS, Madrid, 2009, pág. 23.

, que vayan acompañados de advertencias adecuadas sobre los riesgos posibles de su uso o consumo o de precisas instrucciones e indicaciones sobre la forma de emplearlo o consumirlo adecuadamente.⁹²⁰ En este sentido, ellos son defectos extrínsecos, ya que *"...la deficiencia proviene de un hecho externo al producto, que consiste en la falta de indicaciones, advertencias o instrucciones que acompañan al producto."*⁹²¹ Dicho de otro modo, no se trata de un defecto material o intrínseco del producto, sino más bien, de *"...una defectuosidad formal o por el modo en que el producto es puesto en el mercado."*⁹²² SALVADOR *et al*, opinan que un producto es defectuoso por causa de instrucciones o advertencias insuficientes o inadecuadas, *"...cuando los riesgos previsibles de daño presentados por el producto podrían haber sido reducidos o evitados mediante instrucciones o advertencias razonables y su omisión convierte al producto en irrazonable e inseguro."*⁹²³ Así lo dice, por lo demás, el artículo 2(c) del *Restatement of the Law Third: Products Liability*. Por último, según MARCO *"...la relevancia de los defectos de información radica en la presunción de que, de haberse proporcionado la información adecuada sobre el uso del producto y sobre sus eventuales riesgos, hubiera podido evitarse el daño sufrido..."*⁹²⁴; lo que podría explicar la importancia y trascendencia que a este tipo de defecto le otorga la jurisprudencia y la doctrina.

Algunos precedentes jurisprudenciales interesantes en la materia, son los siguientes: La SAP de Barcelona, de 17 de diciembre de 2001⁹²⁵, en el asunto *Rosa S.M. c. Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA)*, que hace descansar el defecto del producto, un limpia muebles en *spray*, en la ausencia de indicaciones sobre los riesgos de toxicidad que podía comportar su uso, aun respetando las instrucciones para su aplicación, ya que podía producir reacciones alérgicas que no estaban advertidas.⁹²⁶ Ello, por cuanto entre las circunstancias a que se debe prestar atención, según el concepto legal de producto defectuoso, está la presentación del producto, *"...término amplio y falta de precisión -expone el fallo en cita- ...pero que comprende en cualquier caso la información que contenga."* De hecho, también se debe atender al uso razonablemente previsible del producto, circunstancia que obviamente se liga con la información y advertencias que se

⁹²⁰ Vid. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 574.

⁹²¹ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 46.

⁹²² Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, págs. 190 y ss.; CARNEVALI, U., *"La responsabilità del produttore"*, Giuffrè, Milano, 1979, págs. 205 y ss.

⁹²³ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., *"Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)"*, en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 17.

⁹²⁴ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 157.

⁹²⁵ Vid. SAP de Barcelona, de 17 de diciembre de 2001, JUR 2002\84388; MP: Amelia Mateo Marco). Rosa S.M. c. Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A. (DIA). Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

⁹²⁶ En este caso, se trataba de lesiones en el tabique nasal y en la garganta, por inhalación de ciertos hidrocarburos que contenía este *spray* limpia muebles comercializado por DIA.

adjunten a él, en el sentido que ellas deben considerar tanto los usos normales o naturales del producto, como aquellos anormales o no habituales, pero razonablemente previsibles en el contexto de un usuario o consumidor medio. Dicho de otro modo, no configura defecto de información o advertencia la omisión acerca de usos irracionales o imposibles de prever razonablemente y de acuerdo a las demás circunstancias concurrentes, que la definición legal de defecto obliga a ponderar. Quizás resulta conveniente traer a colación algunos ejemplos citados por RUIZ MUÑOZ, que ilustran perfectamente el punto. Él menciona como usos razonablemente imprevisibles de un producto "...lavar el perro en la lavadora o secarlo en el microondas...".⁹²⁷ En igual sentido, la SAP de Valencia, de 19 de enero de 2002⁹²⁸, en el asunto *María c. Alza, S.L.*, declaró responsable a la empresa fabricante de la explosión de una olla a presión, por no advertir sobre el modo adecuado de limpieza y mantenimiento de este artefacto, lo que provocó que se obstruyera y no funcionara la válvula de seguridad. A su turno, SALVADOR *et al*, mencionan como ejemplo de un defecto en las instrucciones o en las advertencias, el fallo del TS, de 29 de mayo de 1993, en el asunto *Casilda D. B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, S.A. y Ridruejo Hermanos S.L.*⁹²⁹, en que la actora compró una botella de benceno, cuya etiqueta advertía que el producto era altamente inflamable, pero no incluía la indicación –legalmente exigible– de “no apto para uso doméstico.” La actora destapó la botella junto a los fogones encendidos de su cocina, el benceno se inflamó y la actora se quemó. El TS aplicó un estándar de culpa comparativa, atribuyendo a la demandante un 80% de responsabilidad y a la envasadora el 20% restante de la responsabilidad, entendiendo que las advertencias habían sido insuficientes para condenar a esta última. La SAP de Barcelona, de 13 de junio de 2005⁹³⁰, alude a un caso donde las instrucciones incorrectas sobre el uso o consumo de un pesticida causaron daños, tornando al producto en defectuoso. Esta sentencia declara culpable al productor, como autor de las instrucciones, las que fueron calificadas como inexactas e incorrectas por el juzgador, resaltan SALVADOR y RAMOS; expresando el FD 3º de este fallo que: “Queda objetivamente probado que las instrucciones sobre el uso del producto, en particular, las relativas a las dosis apropiadas para cada tipo de vegetal eran erróneas, como lo prueba además el comportamiento de la demandada al modificar el etiquetado del producto aunque no se alcanza a comprender cómo podían convivir

⁹²⁷ Vid. RUIZ MUÑOZ, M., ‘Responsabilidad civil del empresario/fabricante’ en BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), “Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores”, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 516. En igual sentido, Vid. ALCOVER GARAU, G., “La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 74; PARRA LUCAN, M. A., “Daños por productos y protección del consumidor”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 515; RODRIGUEZ LLAMAS, S., “Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos”, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 172 y 173.

⁹²⁸ Vid. SAP de Valencia, de 19 de enero de 2002, JUR 2002\87252; MP: Purificación Martorell Zulueta). María D. C. c. Alza, S.L. (fabricante). Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

⁹²⁹ Vid. STS, de 29 de mayo de 1993, RJ 1993\4052; MP: Pedro González Poveda, Casilda D. B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, S.A. (fabricante) y Ridruejo Hermanos, S.L. (distribuidor). Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

⁹³⁰ Vid. JUR 2006/181270.

en el mercado ambas etiquetas con distintas dosis de utilización.”⁹³¹ La insuficiencia o ausencia de información, también es un defecto del producto, conforme lee la SAP de Coruña, de fecha 29 de julio de 2004⁹³², caso en el que se demandaron los daños causados al intentar plegar un colchón de un canapé-arcón, fabricado y vendido por la demandada, *Flex Equipos de Descanso S.A.*, que cayó de golpe sobre su arcón, aprisionando y lesionando el antebrazo izquierdo del demandante. Las instrucciones de uso no advertían que para evitar que el colchón se cerrara de golpe, el canapé debía abrirse completamente, pues los amortiguadores de su sistema de anclaje únicamente actuaban en el tramo superior del desplazamiento. Así las cosas, la sentencia en comento dictaminó la existencia de un defecto de seguridad en el mecanismo de sujeción, por la ausencia de instrucciones de uso.⁹³³

TEJEDOR rescata un caso sumamente emblemático a propósito de los defectos de información, constituido por los daños causados en España por el uso del medicamento *agreal*⁹³⁴, empleado para tratar los efectos de ansiedad y depresión causados por la menopausia, que, según un grupo de mujeres tratadas con él, sería el causante de daños a su salud en virtud de ciertos efectos secundarios no previstos en la información proporcionada por el laboratorio fabricante, tales como la persistencia de los síntomas de ansiedad y depresión, además de adicción. La demanda de perjuicios entablada contra el laboratorio productor calificó de defectuoso a este medicamento, precisamente porque su prospecto adolecía de información o ésta era insuficiente respecto de estos posibles efectos adversos.⁹³⁵ Las demandantes acreditaron que el prospecto era incompleto, porque no tenía información adecuada. Entre otras insuficiencias, no indicaba la duración del tratamiento; además, se probó un efecto adverso del medicamento que no estaba advertido en el prospecto; etcétera. En suma, explica TEJEDOR, el tribunal calificó al *agreal* como un producto defectuoso porque su “...prospecto adolece de falta de información, y además, no se contempla el uso razonablemente previsible del mismo, omitiéndose efectos adversos, interacciones y contraindicaciones, frustrando con ello la finalidad de promover su más correcto uso...”⁹³⁶, en un evidente reproche por la falta de información que conspiró contra su uso eficiente y seguro, lo que en opinión de esta autora revela un defecto por falta de información, pero también de diseño (no mencionado invocado por las demandantes), pues adicionalmente “...existía un error en la composición del medicamento, produciendo efectos adversos desproporcionados, o más riesgos que los beneficios que se obtienen del consumo del medicamento, y agravando la enfermedad, por lo que se demuestra que no es eficaz

⁹³¹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., “Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto”, en InDret, n° 4, 2006, pág. 4.

⁹³² Vid. JUR 2005/32723.

⁹³³ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., “Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto”, en InDret, n° 4, 2006, pág. 5.

⁹³⁴ Principio activo *veraliprida*, fabricado por el laboratorio Sanofi Aventis.

⁹³⁵ Vid. AC 2006/1724.

⁹³⁶ Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., “La responsabilidad por medicamentos defectuosos”, en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2763.

para la enfermedad que trata de curar. No ofrece al paciente la seguridad, que cabría esperar, haciendo un uso razonable del mismo."⁹³⁷

En la doctrina, VERNIMMEN y KRÄMER⁹³⁸ establecen la relación entre peligrosidad de un producto y defecto por falta de información, acudiendo al ejemplo del suero que suele emplearse en el tratamiento contra el cáncer, ya que es totalmente tóxico, pero no defectuoso, siempre y cuando se prepare y use correctamente y se acompañe con todas las advertencias adecuadas sobre su uso, efectos secundarios y contraindicaciones, pues en caso contrario, su nivel de toxicidad y/o efectos secundarios o contraindicaciones, podrían causar la muerte o serias lesiones a quien le es suministrado. Ejemplos más comunes, encontramos en una serie de productos de limpieza, los productos químicos y ciertos aparatos electrodomésticos que ciertamente son peligrosos, pero con las advertencias e instrucciones pertinentes y usados correctamente y de acuerdo a su propósito natural, ofrecen la seguridad que legítimamente cabe esperar y exigir y, por ende, no son defectuosos, aunque es evidente que de no contar con esas instrucciones, informaciones o advertencias, defraudarían las legítimas expectativas de seguridad de sus consumidores, deviniendo en defectuosos.

3.9.2.3.2.- Criterios para valorar la idoneidad de las instrucciones, advertencias e informaciones.

Se mencionan 3 criterios para valorar la idoneidad de las advertencias sobre los riesgos de un producto, a saber: (i) el diseño de las advertencias debe permitir captar razonablemente la atención del consumidor; (ii) la redacción de las advertencias debe ser comprensible y debe informar sobre los riesgos específicos del producto, pues no basta que lo haga sólo sobre riesgos genéricos; y, (iii) la intensidad, apariencia y visibilidad de las advertencias, debe ser consistente con la magnitud del riesgo.⁹³⁹ Así se estableció, por lo demás, en el caso *Lewis vs. Sea Ray Boats Inc.*⁹⁴⁰, en que 2 personas a bordo de un bote fabricado por la demandada, sufrieron una intoxicación de monóxido de carbono mientras dormían. Una falleció y la otra resultó gravemente lesionada. Las víctimas habían dejado encendido el generador de gasolina que alimentaba el aire acondicionado de la embarcación, sobre cuyos riesgos el demandado había informado en persona a los perjudicados cuando les vendió el barco, lo que se estimó insuficiente por el sentenciador, pues tales advertencias no cumplían los parámetros mencionados.

⁹³⁷ Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., "La responsabilidad por medicamentos defectuosos", en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2763.

⁹³⁸ Vid. VERNIMMEN, G., KRÄMER, L., "La responsabilité du fait des produits en Europe", ed. Agence européenne d'informations, 1977, pág. 168.

⁹³⁹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., "Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto", en InDret, n° 4, 2006, pág. 17.

⁹⁴⁰ Vid. *Lewis vs. Sea Ray Boats, Inc., Injured pleasure boat user (P) vs. Manufacturer of pleasure boat (D)*. Nev. Sup. Ct., 65 P.3d 245 (2003).

3.9.2.3.3.- Vinculación entre información, advertencias e instrucciones y el deber de comercializar únicamente productos suficientemente seguros que sanciona el RD 1801/2003 y obligaciones semejantes, según la industria de que se trate.

No se puede dejar de mencionar que la información acerca de los usos o riesgos de un producto, también integra el deber de comercializar únicamente productos suficientemente seguros, que sanciona el artículo 24 del RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, que dispone: *"Dentro de los límites de sus respectivas actividades, los productores deben informar a los consumidores o usuarios por medios apropiados de los riesgos que no sean inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados y que sean susceptibles de provenir de una utilización normal o previsible de los productos, habida cuenta de su naturaleza, sus condiciones de duración y las personas a las que van destinados..."*⁹⁴¹

Más ampliamente, para cada industria se debiera considerar la regulación legal y reglamentaria específica referida a las instrucciones y advertencias exigibles, etiquetados, rotulaciones, etcétera. Verbigracia, el RD 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos y otros.

3.9.2.3.4.- ¿Sobre qué riesgos se debe informar, instruir o advertir?

Podríamos preguntarnos ¿sobre qué riesgos debe informarse, advertirse o instruirse, a fin de que el producto no resulte defectuoso por falta de tales informaciones, advertencias o instrucciones? Nos parece que las informaciones, advertencias e instrucciones deben versar sobre los usos normales y previsibles del producto, tomando en cuenta las características de los destinatarios naturales del producto en cuestión. Nótese que hablamos de riesgos normales o previsibles, que no se deben confundir con riesgos evidentes. SALVADOR y RAMOS son enfáticos al decir que éste deber de informar y advertir, no alcanza a los *"...riesgos evidentes para consumidores y afectados y generalmente conocidos por ellos, riesgos que son naturalmente previsibles: todo el mundo debería saber que puede magullarse un dedo usando un martillo; cortárselo recogiendo los vidrios de un vaso que ha caído al suelo y se ha roto; fracturárselo al tropezar con su propio pie por no llevar bien acordonados los zapatos, etc. No hay ningún objeto físico que no resulte peligroso en algún sentido. Todos están sujetos, cuando menos, a la ley de la gravedad."*⁹⁴² En la misma línea se endereza el Comentario j al artículo 2 del *Restatement Third*, al señalar que: *"Advertir sobre un riesgo obvio o generalmente conocido no supondrá en la mayor parte de los casos una medida adicional y efectiva de seguridad. Además, (tales) advertencias serán, con frecuencia, ignoradas por los*

⁹⁴¹ Este RD implementa la Directiva 95/2001, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

⁹⁴² Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., *"Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto"*, en InDret, n° 4, 2006, pág. 7.

usuarios y consumidores y pueden disminuir el efecto de otras sobre riesgos patentes o generalmente desconocidos."

Es decir, no existe obligación de informar sobre riesgos de sobra conocidos, pues estos forman parte del acervo cultural común. Por ello, TALLONE asegura que *"...un fabricante de cuchillos no tiene la obligación de advertir de que se trata de un elemento cortante..., ...si el peligro de la sobredosis es comúnmente conocido, no parece imprescindible que se haga la advertencia."*⁹⁴³ Tampoco existe obligación de advertir sobre riesgos imprevisibles e imposibles de detectar al tiempo de poner el producto en circulación, aunque es imprescindible indicar que, si con posterioridad a su puesta en circulación ellos son descubiertos⁹⁴⁴, distintas normas obligan a informarlo al gran público y, muy probablemente, a retirar el producto del mercado (*recall*)⁹⁴⁵ o recuperarlo de manos de los consumidores.

Al decir de SALVADOR y RAMOS, tampoco hay obligación de advertir sobre riesgos previsibles pero inusuales o que, en todo caso, no cabe razonablemente esperar del uso del producto.⁹⁴⁶ Así lo confirma la doctrina de la Corte Suprema de Los Estados Unidos de Norteamérica, plasmada en el asunto *Jamieson vs. Woodward & Lathrop*⁹⁴⁷, que citan estos autores, pues a propósito de los daños reclamados por el desprendimiento de retina que sufre la demandante, cuando haciendo gimnasia una cuerda de goma elástica que había sujetado a sus pies se soltó, golpeándole en la cara. El órgano jurisdiccional norteamericano dictaminó que *"...el daño sufrido por la actora es de aquellos que no pueden anticiparse razonablemente. Ninguna doctrina jurisprudencial obliga al fabricante a advertir de daños inusuales aunque sean muy graves. Por el contrario, se acepta que el fabricante sólo responderá si el daño corporal grave era razonablemente previsible."*

⁹⁴³ vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 47.

⁹⁴⁴ Sobre este tema y la responsabilidad del proveedor, Vid. *infra* apartado 2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información; apartado 2.3.- Defectos de información; apartado 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores; apartado 6.2.- Análisis específico de las normas legales y reglamentarias aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.-y 5.- anteriores / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

⁹⁴⁵ El artículo 4.3 b) del RD 1801/2003 regula la retirada del producto del mercado o su recuperación por parte del productor. En las jurisdicciones norteamericanas, las operaciones de retiro o recuperación de un producto, incluidas las tareas de corrección de alguna característica del producto, quedan englobadas en el concepto de *recall*, que puede ser voluntario o resultar impuesto por la Agencia reguladora competente, según el tipo de producto de que se trate. Es por ello que el artículo 11 del *Restatement Third*, consagra la responsabilidad del productor en ciertos casos, si no cumple con la obligación de *recall*.

⁹⁴⁶ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., *"Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto"*, en InDret, n° 4, 2006, pág. 9.

⁹⁴⁷ Vid. *Jamieson vs. Woodward & Lathrop*, 247 F.2d 23 (D. Cir.), cert. denied, 355 U.S. 855 (1957).

Por último, podríamos referirnos a los casos de falta de informaciones, advertencias o instrucciones frente a riesgos no reconocibles, pues para evitar su responsabilidad, una conducta muy racional de los productores sería exacerbar el caudal de informaciones, instrucciones y advertencias sobre todo tipo de riesgos imaginables por improbables que pudiesen ser, lo que obviamente disminuye la eficacia, certeza y finalidad de informar, instruir y advertir sobre el uso o consumo de un producto, puesto que la cantidad y dispersión de posibilidades, probablemente sólo confunden al consumidor o usuario. Con gracia, dice TALLONE que: *"Puestos a prever, cualquier cosa, uso o peligro es previsible, y eso puede conducir a un bombardeo continuo de informaciones, cuyo efecto involuntario consista en desmotivar a los consumidores para atender a su contenido."*⁹⁴⁸

Compendian acertadamente todas las combinaciones posibles de imaginar en estos ámbitos, SALVADOR *et al*, para quienes: *"Puede no ser necesario advertir de riesgos absolutamente obvios o derivados de usos disparatados; puede ser preciso advertir de riesgos que afectan a muy pocas personas, alérgicas o hipersensibles; hay que contrapesar la exigencia de detalle en las advertencias con la dificultad y rechazo que su exceso provoca en tales o cuales consumidores. El juicio de razonabilidad deviene así un juicio muy próximo al de negligencia..."*⁹⁴⁹

3.9.2.3.5.- Las informaciones, instrucciones y advertencias no solucionan ni salvan defectos de fabricación o de diseño.

Ahora bien, es de suyo evidente que no eximen de responsabilidad por los daños provocados por la defectuosidad de un producto, las advertencias e informaciones sobre los peligros que éste pueda entrañar y que surgen, precisamente, del hecho de haber sido mal diseñado o fabricado, pues no es viable convertir en no defectuoso un producto que nace defectuoso por fabricación o diseño, simplemente por la vía de advertir o informar sobre su defecto. Dicho en palabras de SOLE I FELIU, *"...la presentación de un producto no puede ser utilizada como un mecanismo de neutralización de los defectos de diseño o de fabricación del mismo..."*⁹⁵⁰

3.9.2.3.6.- ¿A quiénes se debe informar, instruir o advertir? Especial mención a la *learned intermediary rule* o regla del intermedio instruido.

El destinatario de las instrucciones, informaciones o advertencias que deben acompañar al producto, para que no se valore como defectuoso, es el público consumidor en general.

⁹⁴⁸ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 49.

⁹⁴⁹ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., *"Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)"*, en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 18.

⁹⁵⁰ Vid. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños causados por productos Defectuosos)"*, en RJC, 1995-4, pág. 963.

Así mismo, gran parte de la doctrina entiende que existe una especial obligación del productor de informar a la población específicamente sensible a que se dirige un producto, y, claro está, se tratará de instrucciones, advertencias e información muy concretas y específicas. Hablamos de lo que parte de la doctrina llama consumidores especialmente sensibles o *Eggshell-Skull Plaintiffs*⁹⁵¹, como serían las personas alérgicas, hipersensibles, más débiles o menos cultas que el consumidor medio.

En otro extremo, podemos situar a los usuarios o consumidores profesionales o ilustrados, que son altamente instruidos acerca del producto de que se trata, a quienes en general se denomina consumidores expertos (*Sophisticated User Doctrine*). El asunto *Contranchis vs. Travelers Inc. Co.*⁹⁵² ofrece un buen ejemplo de la aplicación de esta doctrina, en que se sentenció que un vendedor de chapas de metal no estaba obligado a advertir al contratista que el metal vendido podía ser resbaladizo, pues "*...no hay obligación de informar a consumidores expertos sobre riesgos cuya existencia presumiblemente deben conocer por su familiaridad con el producto.*"

Del mismo modo, si se trata de un consumidor experto, el tema del uso apropiado del producto y la información respectiva se vuelve absolutamente crucial, pues es altamente probable que la familiaridad del consumidor experto con el producto, más allá del caudal de información y advertencias provistas por el productor, lo lleven a un uso imprudente o negligente del mismo.⁹⁵³

Todavía más, se puede distinguir otro nicho de consumidores según SALVADOR y RAMOS: aquellos que compran un producto a granel o en grandes cantidades, llamados *Bullk Supplier Doctrine*⁹⁵⁴, a quienes habrá de dirigírseles instrucciones, informaciones o advertencias idóneas sobre el tipo de producto.

No son baladíes estas precisiones, si se considera que en Los Estados Unidos de Norteamérica y en Canadá, impera la llamada *learned intermediary rule* o regla del intermediario instruido, que se remonta a la decisión del asunto *Sterling Drug, Inc. vs. Maxine Cornish*⁹⁵⁵, que beneficia al productor, atenuando o eximiéndolo de responsabilidad en caso de daños atribuidos a falta de información. Esta regla,

⁹⁵¹ Frase que significa "actor con cáscara de cáscara de huevo", para aludir a su fragilidad.

⁹⁵² Vid. *Contranchis vs. Travelers Inc. Co.*, So.2d. 301, 304, La Ct. App. (2003).

⁹⁵³ Lo que podría significar desde una exposición imprudente al daño por parte del perjudicado, como concausa de éste, hasta la interrupción del nexo causal y la consiguiente exoneración de responsabilidad del productor.

⁹⁵⁴ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., "Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto", en InDret, n° 4, 2006, págs. 10 y ss.

⁹⁵⁵ Vid. *Sterling Drug, Inc. vs. Maxine Cornish*, sentencia de fecha 30 de noviembre de 1966, del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el 8º Circuito. 370 Federal Reporter, Second Series.

parte de la base de que es razonable poner el deber de informar y advertir acerca de los riesgos que importa el uso o el consumo de un producto en quien pueda cumplir con tal obligación de mejor forma, esto es, en quien realmente pueda comunicárselos adecuadamente a las potenciales víctimas.⁹⁵⁶ Típicamente, es el caso de los medicamentos objeto de prescripción médica⁹⁵⁷ y de los productos sanitarios. En relación a ellos, la regla del intermediario experto indica que el productor de un medicamento sujeto a prescripción médica se exonera de responsabilidad, si prueba que ha suministrado la información adecuada al médico que prescribió el medicamento. Entonces, en estos casos, el productor queda relevado de su deber de informar sobre los riesgos al público consumidor, siempre y cuando haya advertido convenientemente a los médicos o expertos.⁹⁵⁸ De hecho, el *Restatement Third* acoge esta regla en su artículo 6(d), que expresa: "*Un medicamento o un producto sanitario sujeto a prescripción médica no es razonablemente seguro debido a instrucciones o advertencias inadecuadas si el fabricante del medicamento no proporciona razonables instrucciones o advertencias relativas a los riesgos previsibles de daños a: (1) los médicos u otros profesionales sanitarios que están en situación de reducir los riesgos del daño de acuerdo con las instrucciones o advertencias; o (2) los pacientes, en el caso de que el fabricante conozca o tenga razones para conocer que los profesionales sanitarios no estarán en situación de reducir los riesgos de daños de acuerdo con las instrucciones o advertencias suministradas*". De esta suerte, si el laboratorio farmacéutico demandado prueba que informó adecuadamente a la comunidad médica sobre los efectos de su fármaco (incluidos sus efectos secundarios o contraindicaciones), en realidad no se aplican al caso las reglas de responsabilidad por productos defectuosos, sino las de responsabilidad civil médica, esto es, el Derecho común.⁹⁵⁹

SALVADOR y RAMOS abordan este tema, a fin de determinar si este ingenio es aplicable a la legislación española⁹⁶⁰ y contestes con la totalidad de la doctrina, estiman que en España no ha tenido ninguna acogida. En efecto, conforme a la

⁹⁵⁶ Vid. FERGUSON, P. R., "*Liability for Pharmaceutical Product: a critique of the Learned Intermediary Rule*", en OJLS, 1992.

⁹⁵⁷ Recuérdese que hay una serie de remedios que pueden venderse sin receta médica, lo que no significa que sean inocuos, sino, simplemente, que su condición de venta no requiere prescripción médica.

⁹⁵⁸ Nótese que a propósito de esta regla especial para los defectos de información, en el caso *Reyes vs. Wyeth Laboratories*, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos no aplicó la *learned intermediary rule*, por entender que la aludida regla sólo puede ser aplicada cuando media una atención médica particular, la que no existió en este caso, pues la vacuna contra la polio cuestionada, se recibió en el contexto de una campaña municipal de vacunación masiva. De hecho, algunos productos farmacéuticos y sanitarios (vacunas, anticonceptivos orales y prótesis mamarias, por ejemplo), pese a ser exclusivamente administrados o prescritos bajo control médico, tienden a sustraerse de la aplicación de esta regla, porque su consumo no se produce como recurso curativo inevitable sino a elección voluntaria del consumidor y porque, por ser utilizados durante períodos prolongados, es realista pensar que puede no existir un control médico periódico, que posibilite informar continuamente sobre sus peligros al paciente.

⁹⁵⁹ Caso en el cual, probablemente, el médico demandado basará su defensa en el hecho de haber prescrito el medicamento adecuado, atendida la patología del paciente, a quien, además informó correctamente sobre el uso y riesgos del mismo.

⁹⁶⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., "*Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto*", en InDret, n° 4, 2006, págs. 14 y ss.

legislación española, esta regla no tiene aplicación, por lo que el laboratorio fabricante tiene la obligación de informar directamente al consumidor, con independencia de que se trate de un medicamento sujeto a prescripción médica, según se desprende del claro tenor de los artículos 15.2 y 3 de la LdM, así como de los artículos 4 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regulan ampliamente el deber de información del médico en los tratamientos farmacológicos que brinda a sus pacientes, incluida la *lex-artis*.

En relación con los medicamentos, productos cuyo defecto suele ser de una enorme trascendencia social, no se puede dejar de mencionar que ellos son, por su propia naturaleza y función, productos que pueden provocar en cualquier persona que los consuma, efectos secundarios o por rebote no deseados. Entiéndase daños.⁹⁶¹ Esta potencia de causar daño, en este caso especial, puede o no ser conocida en toda su dimensión por el laboratorio fabricante o por quienes luego comercializan el medicamento. El problema estriba en que los conocimientos disponibles hacen imposible eliminar todos los riesgos que importan los medicamentos, erigiéndose como productos inevitablemente inseguros o peligrosos, pero cuya utilidad social es tan alta e innegable, que se trata de un riesgo que la sociedad entiende debe soportar. Por ello, se ha dicho por la doctrina que el medicamento no es defectuoso, siempre y cuando el productor suministre las informaciones y advertencias suficientes y oportunas acerca de posibles efectos secundarios. Por ello es que -explica TEJEDOR-, *"...el paciente debe tener una información veraz, clara y comprensible de los medicamentos que le son recetados, tanto para poder hacer una correcta utilización como para conocer sus posibles efectos secundarios..."*⁹⁶² Por ende, mayoritariamente se aboga por la falta de responsabilidad del productor, si el daño es consistente con el advertido en sus folletos, prospectos, ficha técnica, publicidad, informativos, etcétera. De modo que, como dice TEJEDOR, *"...la información que se le dé al paciente debe ser una información veraz, sencilla, y completa sobre el tratamiento farmacológico que se pretende suministrar: composición del medicamento, uso correcto del mismo, duración del tratamiento, advertencia sobre posibles efectos colaterales, interacción con otros medicamentos, etc. Toda esta información servirá para que, el consumidor, pueda conocer un determinado tratamiento farmacológico, en términos comprensibles, para que tome el medicamento de forma correcta, y para conocer los*

⁹⁶¹ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., "La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán", en InDret, n° 1, 2003, págs. 10 y ss.; SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños causados por productos Defectuosos)", en RJC, 1995-4, pág. 963.

⁹⁶² Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., "La responsabilidad por medicamentos defectuosos", en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2758.

*riesgos que el tratamiento farmacológico comporta...*⁹⁶³, sin que en tal caso pueda catalogarse al medicamento como defectuoso. En caso contrario, el productor debe responder, pues, al menos, se habrá configurado un defecto de información; sin perjuicio que pueda configurarse un defecto de fabricación o de diseño, defraudándose -en todo caso- la legítima expectativa de seguridad que debe ofrecer el producto.⁹⁶⁴

Puntualmente, lo que más discusión ha desatado en el ámbito de los medicamentos, es el defecto de información en el prospecto médico, pues entiende parte de la doctrina, representada por AVILES, que: *"...el hecho de facilitar al profesional sanitario toda la información disponible sobre un determinado medicamento no exige [al fabricante] de su deber de facilitar al consumidor final una información veraz, eficaz y suficiente sobre el fármaco en la que se incluyan las advertencias y riesgos previsibles derivados de su utilización..."*⁹⁶⁵; en el entendido que no se puede liberar de responsabilidad al productor si sólo ha informado a la autoridad sanitaria que pone el medicamento en los canales de salud pública o al cuerpo médico que lo prescribe a sus pacientes particulares, y no lo ha hecho –asimismo- en forma adecuada respecto de los potenciales consumidores o usuarios del fármaco. Es en tal contexto que GUTIERREZ SANTIAGO cita la SAP de Baleares, de 19 de julio de 2000, *"...que declara responsable al laboratorio fabricante del medicamento Lamisil por los daños que su tratamiento con el mismo causó a la demandante. En la ficha técnica de dicho fármaco sí figuraba, entre sus posibles reacciones adversas, la alteración o pérdida transitoria del sentido del gusto por lo que es obvio –declara la sentencia- que la empresa fabricante tenía pleno conocimiento de ese posible efecto pernicioso. En cambio, la mención de dicha reacción era omitida en el prospecto destinado a los usuarios. Por tal razón, el informe del perito concluyó la existencia de una clara deficiencia de información en el producto, defecto que fue corroborado por la Subdirección General de Control Farmacéutico, al estimar necesario modificar su prospecto e incluir en el mismo la reacción adversa en cuestión."*⁹⁶⁶ Subyace en este fallo, además, la idea de que contar con una autorización sanitaria (administrativa) para comercializar el

⁹⁶³ Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., "La responsabilidad por medicamentos defectuosos", en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2759.

⁹⁶⁴ La jurisprudencia norteamericana, al alero de los *Restatement*, ha ido creando soluciones para definir si el medicamento es o no defectuoso, bajo el prisma de una serie de pruebas o tests. Vid. *supra* apartados 4.4.2.- La implementación del artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, de 1965; 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I; *infra* apartado 2.5.7.- Situación especial de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, a cuyo respecto, conforme al artículo 140.3 del TR, no puede invocarse la causal de exclusión de responsabilidad consistente en los riesgos del desarrollo / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

⁹⁶⁵ Vid. AVILES MUÑOZ, M., "Utilización de fármacos: desde el consentimiento a la responsabilidad contractual", en La Ley, núm. 5542, 2002, págs. 1 y ss.

⁹⁶⁶ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 133 y 134.

medicamento, no es eximente de responsabilidad. De hecho, antes de su derogación, el artículo 28 del RD 767/1993, de 21 de mayo, de evaluación, autorización, registro y condiciones de despacho de las especialidades farmacéuticas de uso humano fabricadas industrialmente, que desarrollaba la LdM, disponía que: *"...la autorización de una especialidad farmacéutica se concede sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal del fabricante y, en su caso, del titular de la autorización del medicamento."*⁹⁶⁷ Como decíamos, este RD fue derogado por la disposición derogatoria única del RD 1345/2007, de 11 octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, que en su artículo 23.2 reitera esa disposición, con el agregado de extender la eventual responsabilidad civil o penal que impone, al *"...fabricante o fabricantes implicados en el proceso de fabricación del producto o de su materia prima..."*.⁹⁶⁸

Incluso, en el caso de productos que regularmente sólo se emplean, administran o prescriben por profesionales o expertos, igualmente se exige informar al público consumidor en general.⁹⁶⁹ La SAP de Barcelona, de 1 de julio de 2004⁹⁷⁰, enfatiza este principio, al decir que: *"...Quien pone en el mercado un producto cuyo uso es susceptible de producir unos daños de la gravedad de los que aparecen en estas actuaciones, se convierte en deudor de una obligación de información, o de suministro de conocimientos (pues nadie mejor que él conoce al detalle el producto y quien con más facilidad puede prever los riesgos del mismo), de la que es acreedor el adquirente del producto..."*. De hecho, en este juicio, el demandado alegó la causal de culpa concurrente del perjudicado por un uso incorrecto del producto, defensa que fue desestimada, entendiéndose por el juzgador que en este caso fue la ausencia o deficiencia de las informaciones o advertencias proporcionadas por el productor, lo que causalmente generó el daño, declarando el defecto del producto por tal motivo, habida cuenta de que el usuario perjudicado era un consumidor ordinario y no alguien a quien, por razón de su profesión u oficio, quepa exigirle cierta aptitud para anticipar los potenciales riesgos del producto inseguro.⁹⁷¹

⁹⁶⁷ Vid. RD 767/1993, artículo 28. *"Responsabilidad. La autorización de una especialidad farmacéutica se concede sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal del fabricante y, en su caso, del titular de la autorización de comercialización."*

⁹⁶⁸ Vid. RD 1345/2007, artículo 23.2. *"La autorización de un medicamento se concederá sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal del fabricante o fabricantes y así mismo, del fabricante o fabricantes implicados en el proceso de fabricación del producto o de su materia prima, y en su caso del titular de la autorización de comercialización."*

⁹⁶⁹ Sin embargo, en el caso de los medicamentos, sean ellos expendidos con receta médica o no, el artículo 15 de la LdM, que regula las garantías de información, impone al titular del registro sanitario que permite comercializar el fármaco, que puede o no ser su productor, el deber de informar sobre una serie de aspectos del medicamento, en las mismas condiciones, tanto a las Administraciones Públicas, como a los médicos y pacientes.

⁹⁷⁰ Vid. JUR 2004\ 219572.

⁹⁷¹ En este juicio se demandaban los daños causados por un incendio, que se produjo al rociar un panel eléctrico con un aerosol impermeabilizador, negándose el sentenciador a apreciar la culpa concurrente del perjudicado, dado que el producto había sido comercializado sin advertir su carácter inflamable a los destinatarios profanos.

3.9.2.3.7.- Deberes de información y advertencias posteriores a la comercialización del producto.

A modo de resumen, podemos decir que hay casos normados en España de responsabilidad del productor por los daños derivados de la omisión o imprecisión en brindar adecuadas instrucciones, informaciones y advertencias antes y después de la comercialización del producto, a saber: (i) la Directiva 85/374 y el TR establecen la responsabilidad del productor por defectos de información, sólo si éstos pudieron haberse evitado al tiempo de la puesta en circulación del producto; (ii) el artículo 4.2 del RD 1801/2003, en relación al artículo 5.1 de la Directiva 2001/95, que regulan la puesta en circulación de productos seguros, al señalar que: *"Dentro de los límites de sus respectivas actividades, los productores deben informar a los consumidores o usuarios por medios apropiados de los riesgos que no sean inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados y que sean susceptibles de provenir de una utilización normal o previsible de los productos, habida cuenta de su naturaleza, sus condiciones de duración y las personas a las que van destinados...";* (iii) si el producto ya fue comercializado, es decir, ya circula, son aplicables los artículos 4.3 a) y b) del RD 1801/2003, en relación a los artículos 5.1 y 5.3 de la Directiva 2001/95, disponen que los productores deberán: *"a. Mantenerse informados de los riesgos que sus productos puedan presentar e informar convenientemente a los distribuidores...; b. Cuando descubran o tengan indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo informar a los consumidores mediante, en su caso, la publicación de avisos especiales, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores...";* (iv) el artículo 1902 del CC⁹⁷², que consagra una responsabilidad por culpa o negligencia, resulta aplicable si los daños derivan del incumplimiento por parte del productor de los deberes de información posteriores a la comercialización del producto.

Por otra parte, es digno de mencionar el artículo 10 del *Restatement Third*, que regula el incumplimiento de las obligaciones de información posteriores a la comercialización de un producto, conforme al estándar de una persona razonable, vale decir, mediante un juicio de reproche o negligencia, que define con 4 factores: (i) la persona dedicada a la venta u a otra forma de distribución de productos, está sujeta a responsabilidad por los daños a las personas o a la propiedad, causados por un defecto de información que sobreviene después de la venta o distribución del producto, si una persona razonable, en la posición del vendedor, hubiera proporcionado tal información; (ii) una persona razonable, en la posición del vendedor, habría proporcionado tal información después de la venta, si el vendedor conoce o debe razonablemente conocer que el producto implica un

⁹⁷² Vid. CC, artículo 1902. *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."*

riesgo sustancial de daño a las personas o a la propiedad y los destinatarios de la información pueden ser identificados y puede, razonablemente, asumirse que desconocen tal riesgo; (iii) la información puede ser efectivamente comunicada y servir a sus destinatarios; y (iv) el riesgo de daño es lo suficientemente grande, como para justificar la carga de proporcionar tal información.

3.9.2.4.- Defectos causados por la manipulación del producto.

Si bien esta es una categoría de defecto usualmente no caracterizada por la doctrina ni la jurisprudencia como un defecto típico, nos parece importante mencionarla, sobre todo considerando ejemplos históricos, como el tristemente célebre caso del aceite de colza en España.⁹⁷³

En este caso, enseña FARINA, el defecto se produce a raíz de la manipulación del producto para su fraccionamiento o envase, así como también en caso de agregársele ingredientes o accesorios para mejorarlo.⁹⁷⁴ Si bien podría no ser un defecto que pudiera atribuirse al productor sino al proveedor como veremos más adelante⁹⁷⁵, dada la naturaleza del mismo, es evidente que podría tener lugar en el caso que el productor de una parte componente o de una materia prima, entregue la parte componente o el insumo de una determinada manera o con unas determinadas características al productor final o al ensamblador y ellos lo adulteren o manipulen, generando un defecto de esta clase.

Como decíamos, otro tanto podría ocurrir con cualquiera de los distribuidores o proveedores del producto, aunque, en tal evento, tendremos que discutir si la disciplina aplicable para sancionar su responsabilidad es la de productos defectuosos o más bien las normas de protección del consumidor que anidan en el TR; las sanitarias; las administrativas; las penales; las del CC (contractuales o extracontractuales); las de seguridad general de los productos; etcétera, según discutiremos en la Parte III de este trabajo.⁹⁷⁶

⁹⁷³ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "El caso de la colza, o los deberes de la protección penal de los consumidores", Huarte de San Juan, núm. 1, 1994; "Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del caso de la colza", en PJ, núm. 33, 1994; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., RODRIGUEZ MONTAÑES, T., "El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., "De nuevo sobre el "caso de la colza" una réplica", en RDPC, núm. 5, 2000.

⁹⁷⁴ Vid. FARINA, J. M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 327.

⁹⁷⁵ Vid. *infra* apartados 2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información; 2.1.- Defectos de manipulación / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

⁹⁷⁶ Vid. *infra* Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

3.9.2.5.- Defectos derivados de una defectuosa conservación del producto.

En este caso, nos referimos al defecto que aparece por falta u omisión de recaudos apropiados para conservar el producto, o con motivo de un sitio no apto para su depósito, acumulación o acopio, lo que puede ocasionar alteraciones o defectos de diversa índole en el producto, siendo un ejemplo clásico de esta clase de defecto, los generados por las variaciones de temperatura que incidan en la composición química de sustancias medicinales o alimenticias, o el descuido en el transporte de artefactos de precisión o de objetos frágiles, que hacen aparecer estos defectos.⁹⁷⁷

Es decir, se trata de un producto que nace correctamente, esto es, sin defecto, pero una vez que se ha terminado de elaborar y se ha puesto en circulación, se materializa un defecto por una inadecuada conservación o mantención del producto, ya sea por el productor o por otro agente intermediador en la cadena de comercialización del producto, sea el distribuidor, sea el proveedor, dándose pie a diversas posibilidades para sancionar al responsable, pues en algunas hipótesis podrá ser responsable el productor o algún sujeto equiparado a él, al tamiz de esta regulación legal por daños causados de productos defectuosos. O bien, en verdad se trata de un caso en que el defecto es por entero imputable al proveedor, situación en la cual, su responsabilidad ha de perseguirse a la luz del Derecho común o de alguna regulación especial y no por medio del TR, según veremos más adelante en este trabajo.⁹⁷⁸

3.9.3.- Metodología de evaluación de los tipos de defecto de un producto.

3.9.3.1.- Sistema acogido por la Directiva 85/374 y por el TR.

Una vez que la jurisprudencia norteamericana estableció la *Strict Liability*, quedó claro que el foco de esta regulación era el producto y su defecto y ya no más la conducta reprochable o no del productor. Consecuente con ello, para determinar si un producto era defectuoso, se crearon 2 modalidades distintas: el *consumer expectation test* o criterio de las expectativas legítimas del consumidor y el *risk-utility test* o criterio riesgo-utilidad, según explican RUIZ GARCIA y MARIN.⁹⁷⁹

⁹⁷⁷ Vid. FARINA, J. M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 327.

⁹⁷⁸ Vid. *infra* apartado 2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información; apartado 6.- Legislación y reglamentación aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

⁹⁷⁹ Vid. RUIZ GARCIA, C.A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 11.

Como dijimos antes⁹⁸⁰, en el caso del *consumer expectation test*, el producto es defectuoso si la víctima prueba que éste no alcanzaba los grados de seguridad que un consumidor normal tiene derecho a esperar, al usarlo de forma razonable. Este es el criterio por el cual se decanta la Directiva 85/374 en su artículo 6.1 y el TR en su artículo 137.1⁹⁸¹, dando cuenta de una metodología que posee un sentido normativo evidente, pues apela a las expectativas reales de los consumidores y exige que ellas sean legítimas o razonables, valoraciones que deberá realizar un juez, apreciando todas las circunstancias concurrentes, de acuerdo al mandato expreso de la disposiciones legales en cita.⁹⁸²

Ello, ya que cuando un consumidor adquiere un producto, espera de él que le preste ciertas funciones, que cuenta con determinadas características y propiedades específicas, etcétera, a la vez que confía en que no aparecerán otra serie de circunstancias que, razonablemente, debieran considerarse impropias o indeseables. Si éstas provocan un daño, las legítimas expectativas creadas acerca del producto se verán defraudadas y, por ende, la valoración del defecto será positiva. Es decir, se concluiría que el producto es defectuoso. Así lo ratifican SALVADOR *et al*, para quienes estas disposiciones "...optan por el criterio de delimitación del concepto de defecto de diseño denominado de las expectativas legítimas del consumidor..."⁹⁸³ y no por el *risk-utility test*.

3.9.3.2.- Sistema acogido por la jurisprudencia norteamericana, particularmente en el caso de defectos de diseño.

Es interesante destacar que en las jurisdicciones norteamericanas se aplica, por regla general, el sistema del *risk-utility test* para evaluar los defectos de diseño, bajo el siguiente enunciado: el producto es defectuoso si los riesgos previsibles de

⁹⁸⁰ Vid. *supra* apartados 3.9.2.2.3.- Valoración de un defecto de diseño; 3.9.2.3.2.- Criterios para valorar la idoneidad de las instrucciones, advertencias e informaciones; 3.9.3.- Metodología de evaluación de los tipos de defecto de un producto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II; *supra* apartados 4.4.2.- La implementación del artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, de 1965; 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

⁹⁸¹ Vid. *supra* apartado 3.9.3.1.- Sistema acogido por la Directiva 85/374 y por el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁹⁸² Vid. Directiva 85/374, artículo 6.1. "*Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.*" / TR, artículo 137.1. "*Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.*"

⁹⁸³ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "*Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*", en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 15.

daño que presenta, pudiesen haberse reducido mediante la adopción de un diseño alternativo, razonablemente viable y más seguro, según lee el artículo 2(b) del *Restatement Third*. Dicho de otro modo, según el *risk-utility test*, un producto se entiende defectuoso si existiendo un diseño alternativo que sea razonable, más seguro y al alcance del productor, el diseño final es otro. Por lo que, conforme este método, el perjudicado debe probar que el daño es consecuencia del defecto y el productor no logra probar que el diseño que ha usado es superior a cualquier otro. Y el diseño es superior, si la relación entre sus beneficios y sus riesgos es más ventajosa que la ofrecida por cualquier otro diseño alternativo.

En este sentido, es evidente que el *risk-utility test* reconduce el problema de la delimitación del concepto de defecto de diseño al campo de la negligencia, como acertadamente apuntan SALVADOR *et al*, "...pues se trata de un canon que pregunta, en cada caso y en cada estadio tecnológico, sobre el riesgo y la utilidad del producto puesto en cuestión comparado con diseños alternativos más seguros pero razonablemente viables. Es obvio que la comparación apela a tener en cuenta riesgos y utilidades, costes y beneficios."⁹⁸⁴ Es palmario que en este caso se pondera la decisión que hizo el productor por un diseño en particular de entre otros posibles y no se enjuicia el producto, que es la valoración que se debe realizar ante un defecto de fabricación. Es decir, el análisis pasa por una valoración de la conducta del productor, en orden a establecer si su decisión fue correcta o no, tomando en cuenta todos los avances científicos y técnicos disponibles en el momento de la puesta en circulación del producto, el estado del arte, etcétera.

Esta metodología surge de una decisión del Tribunal Supremo de California, de 16 de enero de 1978, recaída en el asunto *Barker vs. Lull Engineering Co.*⁹⁸⁵, en que el tribunal concluye que en los casos en que el daño causado por el producto sea imputable a su diseño y no a su manufactura, éste podrá ser considerado defectuoso si no se consigue probar que la utilidad o los beneficios derivados del producto superan a los riesgos inherentes al diseño del mismo, acudiendo, claro está, a los postulados del *risk-utility test*.

Sobre casos de defecto de diseño en la jurisprudencia norteamericana, podemos mencionar el asunto *McCabe vs. American Honda Motor Co.*⁹⁸⁶, en que se demandaron los daños causados por la falla del airbag lateral de un vehículo en una colisión frontal. Al analizar el pretendido defecto de diseño -y esto es lo interesante-, se deja constancia que "...el tribunal ha de determinar, en primer lugar, si el consumidor ordinario puede formarse unas expectativas de seguridad mínimas y razonables sobre el producto...", pues de no ser así, no podría aplicarse el test de las

⁹⁸⁴ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law enforcement*)", en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 16.

⁹⁸⁵ Vid. 573 Pacific Reporter, Second Series.

⁹⁸⁶ Vid. *McCabe vs. American Honda Motor Co.*, 100 Cal. App. 4th 1111, (2002).

legítimas expectativas del consumidor. En el mismo sentido, en el asunto *Morson vs. Medline*⁹⁸⁷, caso donde varias personas sufrieron daños como consecuencia de las sustancias tóxicas que contenían los guantes de látex que utilizaban en su trabajo, se sostiene por la judicatura que “...el test de las expectativas legítimas del consumidor para determinar el defecto de diseño de un producto queda limitado a aquellos casos en los que la experiencia diaria por parte de los usuarios les permite concluir que el diseño del producto no respeta los requisitos mínimos de seguridad.” La importancia de estos 2 últimos precedentes judiciales estriba, en nuestra opinión, en que ponen un límite a la aplicabilidad del test de las expectativas del consumidor frente a un defecto de diseño, pues sólo sería pertinente, dice la *ratio decidendi* de estos fallos, si un consumidor ordinario o, si se quiere, si la experiencia común, pudiera formarse una expectativa razonable que usar o consumir el producto en cuestión es seguro.

Por su parte, la jurisprudencia española ha enfrentado este desafío acudiendo normalmente al *test* de las expectativas del consumidor.⁹⁸⁸ Al respecto, SALVADOR *et al* refieren, como caso dilecto de defecto de diseño, la STS, de 10 de junio de 2002, asunto *Luis A. M. y Josefina V. M. c. Interdulces S.A. y Ana María G. J.*⁹⁸⁹, que resuelve la demanda indemnizatoria de un padre que compra una golosina conocida como Fresón a su hijo de 3 años, fabricada en Italia y distribuida en España por *Interdulces S.A.*, que al ser ingerida por el menor, le causa la muerte por asfixia. El caramelo tenía un diámetro de 3,5 centímetros y una textura que dificultaba ser masticada por un niño, haciendo patente su defectuoso diseño. Más tarde, la Dirección General de Consumo de la Junta de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Sanidad y Consumo, consideraron este alimento peligroso para la vida de los niños, principales destinatarios de este producto y ordenaron retirarlo del mercado.⁹⁹⁰ Otro caso emblemático sobre defecto de diseño es el de *Arsenio c. Hiperbebé, Roma 40-Bebés* (vendedora) y “*Cunitor, S.A.*”, resuelto por la STS, de fecha 25 de junio de 1996⁹⁹¹, en el que un bebé falleció por asfixia, al quedar

⁹⁸⁷ Vid. *Morson vs. Medline*, 90 Cal. App. 775, 109 Cal. Rptr.2d 343, (2001).

⁹⁸⁸ Vid. *infra* apartado 3.9.2.2.3.- Valoración de un defecto de diseño / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

⁹⁸⁹ Vid. STS, 10 de junio de 2002, RJ 2002\6198; MP: Román García Varela. *Luis A. M. y Josefina V. M. c. Interdulces, S.A. (importador) y Ana María G. J. (vendedora)*. Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

⁹⁹⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., “*Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*”, en InDret, Working Paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003, pág. 17.

⁹⁹¹ Vid. RJ 1996\4853; MP: Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa). *Arsenio R. V. c. Hiperbebé, Roma 40-Bebés (vendedora) y Cunitor, SA (fabricante)*. Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

atrapado entre los barrotes de una cuna, que no guardaban una distancia adecuada, lo que se estimó un defecto de diseño.⁹⁹²

En el caso de los medicamentos, también existe una fuerte polémica, pues, como señala RAMOS GONZALEZ, toda valoración sobre la existencia de un defecto de diseño "...implica no sólo un juicio sobre la razonabilidad de la conducta del fabricante a la hora de ponderar los riesgos y beneficios del medicamento, sino también sobre la actuación de la Agencia reguladora que autorizó el medicamento."⁹⁹³ Por ejemplo, en el asunto *Barker vs. Lull Engineering Co.*⁹⁹⁴ ya surgió una definición de defecto de diseño basada en los riesgos y beneficios del producto y en la información disponible proporcionada por el productor, que básicamente dispone que el defecto de diseño queda probado, si el perjudicado acredita que el daño ha sido causado probablemente por el defecto de diseño y siempre que el demandado no llegue a probar, a la luz de las circunstancias, que del balance de los riesgos y beneficios del diseño del producto, resultaba que estos últimos superaban los riesgos -bajo la égida de un test riesgo-utilidad (*risk-utility test*)-, fórmula que sería posteriormente aplicada por la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas para resolver los casos de daños causados por medicamentos. Sin embargo, el test riesgo-utilidad ha sido modernizado por el criterio del diseño alternativo razonable (*reasonable alternative design*)⁹⁹⁵, el cual califica como defectuoso aquel medicamento cuyos riesgos, aun siendo inferiores a sus beneficios, pudieron haberse reducido o evitado con la adopción de un diseño alternativo más seguro y a un coste razonable⁹⁹⁶, que es concretamente el criterio adoptado por el artículo 2(b) del *Restatement Third* para los medicamentos no sujetos a prescripción médica y para los restantes productos que no cuenten con una regulación especial, precepto que señala que un diseño de producto es defectuoso si: "...los riesgos previsibles de daño creados por el producto podían haber sido reducidos o evitados mediante la adopción de un diseño alternativo razonable por el vendedor u otro distribuidor, y la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente seguro."

⁹⁹² Vid. AAVV, Directoras ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., "Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso", REUS, Madrid, 2009, pág. 22.

⁹⁹³ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.", en *InDret*, nº 2, 2005, págs. 5.

⁹⁹⁴ Vid. *Barker vs. Lull Engineering Co.*, 573 P. 2d. 443 (Cal. 1978).

⁹⁹⁵ Vid. *supra* apartado apartado 4.4.4.- *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I; *infra* apartado 2.5.7.- Situación especial de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, a cuyo respecto, conforme al artículo 140.3 del TR, no puede invocarse la causal de exclusión de responsabilidad consistente en los riesgos del desarrollo / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

⁹⁹⁶ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.", en *InDret*, nº 2, 2005, pág. 10.

Nótese que en caso de no existir un diseño alternativo, en opinión de RUIZ GARCIA y MARIN, habría que aplicar el criterio de la utilidad neta, según el cual un producto es defectuoso si los riesgos de ponerlo en circulación superan a los beneficios.⁹⁹⁷

3.9.4.- Eventual relación entre los defectos de diseño y los defectos de información.

Para parte de la doctrina, los defectos de información, hasta cierto punto, actúan como un vaso comunicante de los defectos de diseño. De hecho, SCHWARTZ llega a sostener que ambas categorías de defecto en realidad constituyen una sola.⁹⁹⁸

Con todo, no se puede dejar de pensar que, naturalmente, existen límites entre esta presumida hermandad entre los defectos de diseño y los de información, en el sentido de impedir que los productores intenten suplir con información aquéllas mejoras técnicamente viables que omiten, como lo describe el fallo recaído en el caso *O'Brien vs. Muskin Corp.*, de 2 de agosto de 1983, del Tribunal Supremo de New Jersey.⁹⁹⁹ MARCO enfatiza que no es posible constatar si la jurisprudencia española "*...aplica o no el límite que tanto el legislador comunitario como la doctrina especializada acostumbran a señalar a la relación o comunicación entre ambos tipos de defectos: no cabe al fabricante exonerarse advirtiendo convenientemente de los riesgos inherentes al producto, si le es posible evitarlos incorporando a su diseño algún dispositivo adicional de seguridad.*"¹⁰⁰⁰ Ahondando en este punto, MARTIN y SOLE I FELIU, agregan que "*...la información es subsidiaria de un diseño más seguro pero inviable, es decir, constituye un último recurso al que cabe acudir cuando no pueda adoptarse ninguna otra medida de seguridad que elimine el riesgo a un coste razonable...*"¹⁰⁰¹, principio que ya fue recogido en el asunto *Uloth vs. City Tank Corp.*, donde el TS de Massachusetts, expresa que "*...si un leve cambio en el diseño evitaría daños graves, el diseñador no puede eludir la responsabilidad mediante simples advertencias en torno a los posibles daños.*"¹⁰⁰² Por su parte, es significativa la antes citada STS, de 10 de junio de 2002, asunto *Luis A. M. y Josefina V. M. c. Interdulces S.A. y Ana María G. J.*¹⁰⁰³, que en lo relativo a la relación que puede presentarse entre los defectos de información y los de diseño, sugiere que de haber sido

⁹⁹⁷ Vid. RUIZ GARCIA, C.A., MARIN GARCIA, I., "*Producto inseguro y producto defectuoso. Conceptos de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994*", en InDret, n° 388, Barcelona, 2006, pág. 11.

⁹⁹⁸ Vid. SCHWARTZ, G. T., "*Foreword: understanding Products Liability*", en 67 California Law Review, 1979, pág.436.

⁹⁹⁹ Vid. 463 Atlantic Report, Second Series.

¹⁰⁰⁰ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, págs. 160 y 161.

¹⁰⁰¹ Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., "*Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos*", en InDret, n° 1, 2000, pág. 7.

¹⁰⁰² Vid. 376 Mass. 874, b384 N. E. 2d. 1188 (1978).

¹⁰⁰³ Vid. STS, 10 de junio de 2002, RJ 2002\6198; MP: Román García Varela). Luis A. M. y Josefina V. M. c. Interdulces, S.A. (importador) y Ana María G. J. (vendedora). Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, 248, BARCELONA, NOVIEMBRE DE 2004.

comercializada la golosina, advirtiendo que no era adecuado que la consumieran menores de edad, hubiera quedado mitigado el riesgo de asfixia inherente a su composición y diseño. Igual predicamento acuna la SAP de Vizcaya, de 15 de abril de 1996¹⁰⁰⁴, donde se relaciona el complicado sistema de apertura de una botella de Salfumant, con la falta de indicaciones sobre ese sistema de apertura.

Ahora bien, esta comunicabilidad de la que hablamos, no obsta a que en los casos en que el perjudicado no pueda probar que era posible un diseño alternativo, si pueda conseguir la condena del productor demostrando que el daño hubiese podido ser evitado, de haberse acompañado el producto de las advertencias adecuadas. Así se sanciona en el asunto *Reyes vs. Wyeth Laboratories*¹⁰⁰⁵, fallado por el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos con fecha 31 de julio de 1974, en que se desestima la existencia de un defecto de diseño en una vacuna contra la polio, pues superaba el *risk-utility test*, pero se condena al demandado como responsable de los daños físicos sufridos por una menor que recibió la vacuna, entendiendo que el daño hubiera podido soslayarse si el producto se hubiese comercializado junto con instrucciones y advertencias adecuadas, dirigidas al personal sanitario.

3.10.- ¿Qué comprende la prueba de los defectos de un producto?

Llamado a probar el perjudicado el defecto de un producto, esta tarea puede resultarle difícil, fundamentalmente por el desconocimiento de los procesos fabriles y de comercialización, ya que la asimetría de información es notable entre el productor y el perjudicado. No obstante, no hay que confundirse en esto, pues, como acertadamente señala RODRIGUEZ LLAMAS, el perjudicado "...no estará obligado a individualizar el vicio intrínseco de proyección o de fabricación del producto..."¹⁰⁰⁶, ya que lo que debe probar es que el producto no presenta la seguridad que legítimamente cabe esperar al usarlo o consumirlo. En ese mismo sentido, DI MAJO afirma que para el perjudicado, la obligación nunca es probar la existencia del defecto, sino demostrar que el producto es inseguro¹⁰⁰⁷, siguiendo las pautas -claro está-, que al efecto dispensa la Directiva 85/374 y el TR.

No obstante lo dicho, ante la imposibilidad o dificultad probatoria que pueda enfrentar el perjudicado, si es imposible demostrar que el producto ha fallado en circunstancias que razonablemente indican que algo ha funcionado mal en él, o si en verdad no se acierta a dar con alguna explicación plausible del daño producido, se puede intentar probar el defecto por la vía del *res ipsa loquitur*¹⁰⁰⁸, o por la vía

¹⁰⁰⁴ Vid. AC 1996\751.

¹⁰⁰⁵ Vid. 498 Federal Reporter, Second Series.

¹⁰⁰⁶ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 147.

¹⁰⁰⁷ Vid. DI MAJO, A., "*La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria*", en Riv. Dir. Civ. I, 1989, pág. 34.

¹⁰⁰⁸ Vid. *supra* Nota Nota 470, definición de la regla *res ipsa loquitur* en el contexto de la *Strict Liability*; *infra* Nota 1350, síntesis de las decisiones judiciales que aplican la regla del *res ipsa loquitur*.

de las presunciones y/o de los indicios, a los que la jurisprudencia no ha trepido en acudir y dar valor.¹⁰⁰⁹ Esta metodología no significa, en caso alguno, que se presuma el carácter defectuoso del producto o que se haya introducido una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del productor, si no, simplemente, una posibilidad probatoria que no se puede desdeñar.

4.- El Productor.

4.1.- La opción de la Directiva 85/374 y del TR por un concepto amplio de productor.

El concepto de productor -fabricante en la nomenclatura empleada por la derogada LPD- es, sin duda, uno de los hitos más complejos de la regulación Comunitaria de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, fundamentalmente por 2 razones: La primera de estas razones consiste, según los BERCOVITZ, en que la Directiva 85/374 atribuye al productor la responsabilidad de los daños causados por un defecto de su producto¹⁰¹⁰, según se desprende de las declaraciones que a texto expreso formulan los siguientes preceptos: (i) el artículo 1 de la Directiva 85/374, que señala: *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos"*; (ii) el derogado artículo 1 de la LPD, que declaraba: *"Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen"*; y (iii) el artículo 135 del TR, que lee: *"Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*¹⁰¹¹ Todo lo cual se justifica, según la doctrina mayoritaria representada por PARRA LUCAN, porque el productor: (i) es quien está en mejores condiciones para controlar el proceso productivo y así evitar la introducción en el mercado de productos defectuosos; y (ii) es quien está en mejores condiciones para contratar los seguros idóneos¹⁰¹² y transformarlos en parte de su costo fabril, mismo que puede recuperar en el precio a público.¹⁰¹³ La segunda razón descansa, en que la relación entre el productor y el

¹⁰⁰⁹ Vid. *supra* apartados 2.2.2.- La prueba del defecto; 2.4.- Crítica al onus probandi que pesa sobre el perjudicado de acuerdo a los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACIÓN / PARTE II.

¹⁰¹⁰ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 263.

¹⁰¹¹ Nótese que en la redacción de este artículo, la voz *"respectivamente"* carece de sentido, pues el sujeto responsable es uno solo: el productor. Más bien parece reminiscencia del derogado artículo 1 de la LPD, que mencionaba como sujetos responsables a los fabricantes y a los importadores.

¹⁰¹² Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos"*, en Aranzadi Civil, núm. 36, 1995, pág. 738; RUIZ MUÑOZ, M., 'Responsabilidad civil del empresario/fabricante', en BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 518; SOTOMAYOR GIPPINI, J. M., *"La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en RES, núm. 79, 1994, págs. 66 y 67; CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 108 y ss.

¹⁰¹³ Por todos, Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1477; *"Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos"*, en Aranzadi Civil, núm. 36, 1995, pág. 738.

perjudicado no es casi nunca una ligazón simple, como dice CASTRONOVO¹⁰¹⁴, pues puede resultar dañado no quien compró el producto, sino otra persona distinta, que lo usa o consume e, incluso, quien simplemente esté cerca de él, a quien, como sabemos, se denomina *bystander* por la doctrina y la jurisprudencia.¹⁰¹⁵ Por lo demás, en el proceso de producción de un producto, intervienen distintos agentes económicos, ligados entre sí de diversa forma, ora como diseñadores, ora como proveedores de materias primas, productores de partes integrantes o componentes, productores de productos acabados, importadores, mayoristas, minoristas, etcétera, conformando una verdadera cadena comercial, lo que dificulta precisar quién es realmente el productor de un producto determinado, entendiendo siempre que para el legislador Comunitario el mayor interés es ampliar el número de legitimados pasivos, con el fin de garantizar siempre al perjudicado la posibilidad de dirigirse contra alguien en calidad de productor o sujeto asimilado a él y así obtener una indemnización adecuada. Es por ello que la Directiva 85/374 y su norma de actuación, el TR, en su intento de focalizar la responsabilidad por productos defectuosos en cabeza del productor, adoptan una definición particularmente amplia de este agente económico.

Ahora bien, la Directiva 85/374 y el TR, canalizan la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en la persona del productor y sólo subsidiariamente, en el supuesto que éste no fuese identificado, se hace responsable al proveedor. La justificación de esta decisión legislativa, ciñendonos a las palabras de RODRIGUEZ CARRION, es que el productor "*...es el causante del defecto del producto y quien está en condiciones óptimas de prevenirlos y evitarlos.*"¹⁰¹⁶ Decantarse sobre la persona del productor como responsable central, se explica según ALCOVER, más que nada, "*...porque en el moderno tráfico de bienes la posición del comerciante pierde paulatinamente relevancia a favor del fabricante debido a la estructura del proceso de fabricación.*"¹⁰¹⁷ De hecho, es obvio que el proveedor cada vez sabe menos de los productos que vende; muchas veces el productor vende directo al público, por lo que el proveedor es un miembro dentro de la cadena de venta de un producto no siempre necesario; en ocasiones es más importante la información que brinda el productor acerca del producto, que la que pueda dar el propio proveedor; normalmente los productos se comercializan sellados o empacados de fábrica, sin que el proveedor pueda manipularlos, ni abrirlos, ni inspeccionarlos. Y así, progresivamente, es el productor quien comienza a cobrar mayor importancia como protagonista del actual sistema económico y comercial, fuertemente tecnificado y masivo, lo que lo lleva, incluso, a

¹⁰¹⁴ Vid. CASTRONOVO, C., "*Problema e Sistema nel danno da prodotti*", Giuffré, Milano (1979), pág. 801.

¹⁰¹⁵ Vid. *supra* apartado 2.- El surgimiento del tópico de la responsabilidad por productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁰¹⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 113.

¹⁰¹⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 94.

asumir tareas, directas o indirectas, de distribución y/o comercialización del producto que fabrica, en un proceso de profunda integración vertical, comenta ROJO.¹⁰¹⁸ Ante este orden de cosas, es bastante claro el por qué el legislador Comunitario eligió hacer responsable principal al productor por los daños causados por productos defectuosos.

Es en base a estas consideraciones que CILLERO DE CABO justifica la responsabilidad civil del productor por los daños causados por productos defectuosos, ya que él es *"...el protagonista indiscutible del sistema económico que se desarrolló a partir de la industrialización, a la vez que director del proceso de producción, principal fuente de estos daños..."*.¹⁰¹⁹ En palabras de ALCOVER, la preferencia por el productor puede explicarse, porque en el tráfico comercial moderno, *"...la posición del comerciante pierde paulatinamente relevancia a favor del fabricante debido a la estructura del proceso de fabricación."*¹⁰²⁰ CALVO, abonando las premisas anteriores, concluye que en un proceso productivo *"...con desconcentración y división de trabajo entre empresas, el productor que ha organizado el sistema de producción integrado es al que corresponde asumir el riesgo de empresa."*¹⁰²¹ En suma, el productor es *"...el protagonista del actual sistema económico tecnificado..."*¹⁰²², lo que es plenamente armónico con la tesis del riesgo creado. Por estas consideraciones, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO reafirma que lo correcto es inclinarse por una noción amplia del concepto legal de productor, extendiendo su definición al productor *"...de cualquier elemento integrado en un producto terminado, responde por cualquier defecto de dicho elemento..., incluidos los que puedan derivar de su presentación (envases, envoltorios, elementos de protección), siempre que dicha presentación sea la utilizada por él para su puesta en circulación..."*.¹⁰²³

La jurisprudencia ha tratado este tema de una manera similar. Verbigracia, la SAP de Valladolid, de 21 de octubre de 1994¹⁰²⁴, reconoce que *"...es evidente que el concepto de fabricante del producto ...no cabe ser interpretado, en la realidad industrial y comercial actual, y en el ámbito de la responsabilidad civil aquí exigida, en un sentido estricto y circunscrito al empresario que elabora el producto final y terminado, sino que cabe también extenderlo al que fabrica una parte componente*

¹⁰¹⁸ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, págs. 25 y ss.

¹⁰¹⁹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 42.

¹⁰²⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 94.

¹⁰²¹ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 40.

¹⁰²² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 95.

¹⁰²³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 126.

¹⁰²⁴ Vid. AC 1994/1744.

del producto...". Otra muestra similar se encuentra en la SAP de Barcelona, de 9 de mayo 2002¹⁰²⁵, en que se condenó al productor final de una embarcación de recreo que adolecía de un defecto de fabricación, ya que había elaborado la nave en su fábrica de Italia, ensamblando los distintos elementos que la componían, con independencia de la responsabilidad imputable al productor de cualquier elemento integrado de este producto terminado.

Por último, cabe comentar que la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, se radica en un profesional, es decir, en una persona que produce bienes en ejercicio de su profesión o industria. La sustitución en el Derecho Comunitario de la tradicional noción mercantil de empresario o comerciante, por la más amplia de profesional, obedece, según MARCO, al innegable propósito de incluir a todos los operadores económicos en la cadena de responsables, incluidos los profesionales liberales, estén o no bajo el alero de una organización empresarial.¹⁰²⁶ La filosofía que inspira esta solución legal, se explica al decir de LAMBERT¹⁰²⁷, básicamente, porque la puesta en circulación de un producto, a la par de generar beneficios, crea riesgos, dando pie al desarrollo de la tesis del riesgo de empresa, que ya analizamos en la Parte I de este trabajo.¹⁰²⁸ En efecto, como hemos tenido oportunidad de desarrollar en Capítulos anteriores, la idea basal de los cuerpos normativos que disciplinan la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, es que quien incorpora bienes al mercado, es el sujeto que debe cargar con la responsabilidad por las consecuencias dañosas que se sigan del empleo, uso o consumo de esos bienes, pues debe asumir el riesgo de su emprendimiento. Este gravamen se extiende a los perjuicios que se originan en cualquier acto de consumo, sea al destapar una bebida, al comer un alimento, al abrir una heladera o prender una cocina, pues es razonable pensar, en este contexto, que han sido los defectos del producto los reales agentes del daño. En suma, la máxima inspiradora de toda la teoría de la responsabilidad civil del productor por daños causados por productos defectuosos, es que se debe proteger a toda persona que puede ser afectada por daños causados por un producto defectuoso. De modo que, según KELLY, *"...quien elabora productos y los pone en el mercado no asegura su carácter inofensivo sólo a los usuarios y consumidores; lo hace a toda persona que pueda tener un contacto con el producto, entre ellos quienes lo procesarán, agregarán a otro producto, probarán o someterán a ensayos."*¹⁰²⁹ Aunque, como expresa CAVANILLAS, *"...el legislador ha evitado concentrar sobre el*

¹⁰²⁵ Vid. JUR 2002/269162.

¹⁰²⁶ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo"*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2002, nº 674, págs. 2275 y ss.

¹⁰²⁷ Vid. LAMBERT, S., *"La Loi du 19 Mai 199 relative a la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux"*, Presses Universitaires D'aix-Marseille, 2000, pág. 38 y ss.

¹⁰²⁸ Vid. *supra* apartado 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁰²⁹ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del Fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 189.

*fabricante toda la responsabilidad derivada de la defectuosidad de los productos (para que luego reclame "en cascada" a los responsables efectivos), sino que le ha atribuido exclusivamente los riesgos derivados de su propia empresa...".*¹⁰³⁰ Y hace bien el punto este autor, pues en la base estructural del sistema de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, como hemos tenido oportunidad de comentar con antelación, se encuentra la tesis del riesgo de empresa o del riesgo creado.¹⁰³¹

En síntesis, la importancia de este tópico, estriba en que a través del productor y de los sujetos que la Directiva 85/374 y el TR equiparan a él, se discierne el ámbito subjetivo de estas compilaciones, redondeándose este sistema de responsabilidad, pues se reconoce quiénes son los sujetos activos que, como perjudicados, pueden accionar por medio de estos cuerpos legales por sus debidas reparaciones y, en contrapartida, quiénes deben soportar el ejercicio de tales acciones indemnizatorias, como responsables o legitimados pasivos, independientemente de sus relaciones internas como codeudores de la obligación de indemnizar los perjuicios causados por un producto defectuoso.

4.2.- Definición de Fabricante y de Productor.

Acunaremos ambas definiciones: la de fabricante y la de productor, pese a que la Directiva 85/3874 y el TR se decantan por la voz productor y la derogada LPD optaba por la de fabricante.

Como advertencia terminológica, es menester destacar que no necesariamente fabricante y productor significan lo mismo, puesto que el fabricar supone una mínima transformación industrial de materias primas y, en cambio, la producción puede, perfectamente, referirse a materias primas que no se transforman. Por ello, se generaba una descoordinación entre la Directiva 85/374 y la derogada LPD, pues la primera hablaba de productor y la segunda de fabricante, atolladero que corrigió el TR, que reencausó la definición hacia la voz productor.

La justificación de este cambio se encuentra en el preámbulo del TR, que expresa que su sentido es *"...aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada..."*. Por lo demás, acudir a la voz productor también se aviene mejor con la extensión de este régimen especial a los productores agrarios, según dispuso en España la Ley 14/2000¹⁰³², pues la definición de fabricante no comulgaba bien con

¹⁰³⁰ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., *"Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 46.

¹⁰³¹ Vid. *supra* apartado 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁰³² Vid. *supra* apartado -2.2.6.- La ampliación del concepto de producto, a fin de incorporar las materias primas agrícolas y los productos de la caza / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL

la noción de productores de materias primas agrarias y ganaderas no transformadas industrialmente e, incluso, a los de productos de la caza y de la pesca en estado natural.

De hecho, el concepto legal de fabricante contenido en el derogado artículo 4 de la LPD, ya había sido objeto de severas críticas por su deficiente técnica legal, en cuanto para la doctrina esta disposición no ofrecía una definición de fabricante, sino, más bien, una serie de extensiones y asimilaciones, incluyendo, en algunos casos, a sujetos que en puridad no eran fabricantes, como el fabricante aparente y el suministrador final, al decir de YZQUIERDO TOLSADA¹⁰³³ y ATAZ¹⁰³⁴, entre otros.

4.2.1.- El fabricante.

4.2.1.1.- Definición.

Un concepto básico de fabricante, al entender de KELLY, es el siguiente: *"...fabricante es quien elabora un producto, es decir, quien partiendo de materia prima o componentes que adquiere, transforma dicha materia, o arma los componentes, o los transforma, de modo tal que de dicha actividad resulta un producto que puede ser puesto en el comercio..."*.¹⁰³⁵

4.2.1.2.- La importancia de rescatar esta definición.

Aunque sea repetitivo, es preferible resaltar la razón de rescatar la definición de fabricante, que no es otra que el hecho de que mucha doctrina y jurisprudencia citada y comentada en este trabajo, así como la derogada LPD, empleaban la expresión fabricante y no la de productor. Por lo que, con las limitaciones y cuidados del caso, es necesario recordar cada vez que se lee o estudia alguna doctrina que alude a fabricante, cuales son los contornos de ese concepto y las posibilidades de empalmarlo con el de productor.

4.2.2.- El productor.

4.2.2.1.- Definición.

Por productor se entiende, en la organización de trabajo, *"...cada una de las personas que intervienen en la producción de bienes o servicios."*¹⁰³⁶ Para PIZARRO, también es productor *"...cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presenta externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación su marca o cualquier otro signo o distintivo en el*

TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁰³³ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 334.

¹⁰³⁴ Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 61.

¹⁰³⁵ Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del Fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 148.

¹⁰³⁶ Vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22a. edición.

producto o en el envoltorio o cualquier otro elemento de protección, de presentación o en la publicidad."¹⁰³⁷ La voz productor abarca, en principio, al productor real de un producto final, al productor parcial de una parte integrante del producto elaborado, así como al productor de una materia prima. Pero el concepto de productor no se agota en estos casos, pues la Directiva 85/374 es clara en su afán de plasmar un concepto expansivo de productor, justificándolo en el prurito de la protección del consumidor, según se lee del Considerando 4º del texto Comunitario, que expresa que: *"...la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos..."*.¹⁰³⁸ Es por ello que el artículo 3 de la norma Comunitaria¹⁰³⁹ define al productor como la persona que fabrica un producto acabado o que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante y a toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto; agregando que se considerará productor a toda persona que importe un producto en la UE con la finalidad de venderlo, alquilarlo, de darlo en arriendo financiero o en cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial e, incluso, si el productor no pudiera ser identificado, se asimila al proveedor a la figura del productor, reunidos ciertos requisitos que la misma disposición señala.

Es interesante rescatar la opinión de LUCEA, para quien, el artículo 3 de la Directiva 85/374 *"...define al fabricante por una cuestión de resultado..."*¹⁰⁴⁰, pues no exige requisitos especiales para ser productor. Así se ratifica de la simple lectura del apartado primero de este artículo 3 en comento, que dispone que se entiende por productor *"...la persona que fabrica un producto acabado, que produce*

¹⁰³⁷ Vid. PIZARRO, D., 'Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 385.

¹⁰³⁸ Vid. Directiva 85/374, Considerando 4º. *"Considerando que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado;..."*.

¹⁰³⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.1. *"Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. 2. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor. 3. Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor."*

¹⁰⁴⁰ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 21.

una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto...". Entonces, en propiedad, es considerado productor quien pone o introduce un producto en los canales de distribución, esto es, en el mercado. Consistentemente con ello, dice LUCEA que "...el fabricante puede exonerarse si demuestra que no ha puesto en circulación el producto defectuoso...", lo que significa, según este autor, que aún sin decirlo claramente, el legislador Comunitario "...está teniendo presente fundamentalmente al fabricante que posee una organización suficiente para intervenir en el mercado..."¹⁰⁴¹, lo que es armónico con el párrafo tercero de la EM de la Directiva 85/374, que plantea que: "...La responsabilidad no debiera exigirse más que por razón de bienes muebles que son objetos de producción industrial." Por lo mismo, el artículo 2 del texto Comunitario¹⁰⁴² no excluye los productos artesanales y artísticos que sean elaborados industrialmente, por lo que debiera concluirse que también están sometidos a este régimen especial de responsabilidad los artistas y los artesanos por los bienes muebles que elaboren bajo un sello industrial, lo que reafirma el postulado antedicho acerca del concepto amplio de productor. Aunque, como veremos más adelante, los casos del artesano y otros agentes económicos, merecen discusión.¹⁰⁴³

Esta idea de una noción amplia de productor, se refrenda en la definición normativa de productor que contiene el artículo 138.1 del TR¹⁰⁴⁴ en coordinación con el artículo 5 del mismo texto¹⁰⁴⁵, de cuyas interpretaciones puede concluirse que se considera productor, a efectos de esta legislación especial, al fabricante o importador Comunitario de: (i) un producto terminado; (ii) de cualquier elemento integrado en un producto terminado; (iii) de una materia prima; al productor aparente; y al intermediario o proveedor de un bien -que antes la LPD denominaba suministrador final-, en el evento que el productor no pueda ser identificado, a menos que dentro del plazo de 3 meses, este último indique al perjudicado la

¹⁰⁴¹ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 21.

¹⁰⁴² Vid. Directiva 85/374, artículo 2. "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por producto cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por producto la electricidad."

¹⁰⁴³ Vid. *infra* apartado 2.2.4.4.- Los productos artesanales; apartado 4.4.9.- El artesano / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁰⁴⁴ Vid. TR, artículo 138.1. "Concepto legal de productor. 1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado. b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado. c) Una materia prima."

¹⁰⁴⁵ Vid. TR, artículo 5. "Concepto de productor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."

identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto, según reza el 138.2 del TR¹⁰⁴⁶, debiendo apuntarse que la misma regla se aplica tratándose de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador Comunitario, aun cuando se indique el nombre del productor.¹⁰⁴⁷

CALVO pone de manifiesto que es *"...indiferente su carácter público o privado, su condición de persona física o jurídica, así como el domicilio y la nacionalidad..."*¹⁰⁴⁸, realzando la definición normativa amplia de productor a que venimos aludiendo.

Nótese, por último, que el concepto legal de productor del artículo 138.1 del TR, emplea en su primera parte la palabra *"además"*, al decir que *"...a los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea..."*. Pues bien, esta expresión *"además"*, quiere significar que al concepto de productor consagrado específicamente para el ámbito de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, se debe adicionar el concepto general de productor, contenido en el artículo 5 del mismo TR, doble conjunción de definiciones que es cuestionable desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa. De ahí la crítica de CAVANILLAS, que tilda esta doble definición de algo *"...chocante o, al menos, poco elegante..."*.¹⁰⁴⁹ Sin embargo, más allá de esta detracción, ocurre que interpretando estos 2 preceptos, se concluye que también deben considerarse como productores, entre otros sujetos, los siguientes: (i) el prestador del servicio o su intermediario; (ii) el importador del servicio en el territorio de la UE; y (iii) cualquier persona que se presente como tal, al indicar en el servicio su nombre, marca u otro signo distintivo, lo que constituye un grueso error del legislador español, pues el régimen de responsabilidad civil por daños provocados por productos defectuosos no se aplica a los servicios. Ya lo decía el Libro Verde de 1999, sobre la Responsabilidad por Productos Defectuosos. Así lo ratifica el Segundo Informe de la Comisión sobre la Directiva 85/374 del año 2001, expresando que están excluidos de su ámbito de aplicación los servicios defectuosos. Y la doctrina, que si bien lo ha discutido, en general se manifiesta de acuerdo con una regulación separada de estos 2 tópicos.¹⁰⁵⁰ La jurisprudencia, por

¹⁰⁴⁶ Vid. TR., artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹⁰⁴⁷ Vid. Directiva 85/374 artículo 3 y TR artículo 138.

¹⁰⁴⁸ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 34.

¹⁰⁴⁹ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., *"El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias"*, en AC, núm. 1, 2008, pág. 22.

¹⁰⁵⁰ En tal sentido, Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1499. En sentido contrario, postulan extender este régimen especial de responsabilidad a los servicios, entre otros, ALEXANDRIDOU, E., ALPA, G., CAPPONI, C., SCHUSTER, A., WHINCUP, M., *"La responsabilité du fait des services défectueux dans la CEE; vers l'introduction*

su parte, también sigue ésta lógica, de lo que nos ofrece un claro ejemplo la SAP de Sevilla, de 12 febrero 2004¹⁰⁵¹, que reitera que los daños causados por servicios defectuosos no están comprendidos en la órbita del sistema de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos. De hecho, el mismo TR trata los servicios en forma particular, en los artículos 147 y 148 y sin perjuicio que les resulten aplicables las Disposiciones Comunes que sanciona este cuerpo legal. Entonces, pareciera ser que al considerarse -quizás inadvertidamente- al prestador de un servicio como un sujeto pasible de responsabilidad por productos defectuosos, se ha generado un traslape o yuxtaposición de regímenes aplicables al caso de los servicios, de no fácil solución. Al respecto, comenta CAVANILLAS, que *"...la remisión expresa del artículo 138.1 TR al artículo 5 supone la novedosa introducción -seguramente no querida por el legislador- de considerar responsable en los términos de los artículos 135 y ss. al prestador de servicios (en particular, al "prestador de un servicio que emplea un producto defectuoso")..."*.¹⁰⁵² Como se sabe, la frontera entre los casos de servicios defectuosos y los servicios prestados empleando un producto defectuoso no es para nada clara, pues suele alegarse que los productos elaborados por un profesional para ser utilizados exclusivamente en el marco de su propia actividad, son elementos accesorios de la prestación del servicio que brinda, de manera que los daños que pudieran derivarse de tales productos aun defectuosos, en tanto accesorios a ese servicio, sólo pueden considerarse parte de ese servicio, no siéndoles aplicable la Directiva 85/374 y sus leyes de transposición. Por ello, es destacable la STJCE, de 10 mayo 2001¹⁰⁵³, que explícita esta tesis dominante, disponiendo que el análisis debe centrarse en el estado defectuoso de un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios y no en el carácter defectuoso de la prestación del servicio como tal, declarando aplicable la Directiva 85/374 a este caso concreto. Aunque, como bien advierte MARIN LOPEZ, la aplicación de la Directiva 85/374 a la responsabilidad derivada de la utilización de un producto defectuoso en el marco de la prestación de un servicio, no puede ser generalizada a cualquier supuesto en que se dé tal situación, pues en este caso se daba la especial situación de que el productor del producto defectuoso y el prestador del servicio eran la misma persona¹⁰⁵⁴, situación que no siempre se repite así. Por ende, puede decirse que no están resueltos por el TJCE los casos en que el productor del producto defectuoso y el prestador del servicio no tengan ninguna vinculación entre sí.

4.3.- Sujetos asimilados al productor en la Directiva 85/374 y en el TR.

d'un principe de responsabilité sans faute dans le chef des prestataires de services", en Centre de Droit de la Consommation, Louvain-La Neuve, 1989, págs. 282 y ss.

¹⁰⁵¹ Vid. JUR 2004 104 168.

¹⁰⁵² Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", en AC, núm. 1, 2008, pág. 23.

¹⁰⁵³ Vid. TJCE 2001/133.

¹⁰⁵⁴ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., "Daños por productos: estado de la cuestión", Tecnos, Madrid, 2001, págs. 218 y ss.

En el contexto de este trabajo, resulta del todo útil referirse a la asimilación que hacen la Directiva 85/374 y el TR entre el concepto de productor y otros agentes económicos, a quienes se confiere el status de productor en 3 supuestos, que podríamos resumir así: (i) en la importación de productos a la UE; (ii) en la colocación de signos distintivos en el producto, como marcas, signos, logos u otros; y, (iii) en la falta de identificación del productor.¹⁰⁵⁵ En efecto, conforme explicitan estos cuerpos normativos, pueden haber otros sujetos a quienes se impone la responsabilidad propia del productor, distintos al productor en sentido estricto. Ellos pueden ser, en un sentido amplio y a título meramente ejemplar: quienes participan en la cadena de comercialización del producto; los licenciados de marcas; los anunciantes; el productor de componentes o partes o elementos integrantes; el productor de materias primas; quien arma un producto final, en base a los elementos o componentes suministrados por terceros; los locadores de servicios que, para prestarlos, usan productos; quienes importan productos terminados, elementos integrantes o materias primas a la UE; quienes transfieren tecnologías para la elaboración de un producto; quienes ponen su marca en los productos fabricados por terceros; quienes certifican la calidad o características determinadas de un producto; quienes anuncian o realizan la publicidad de un producto; los dependientes de una empresa productora que introdujeron los defectos del producto; el dueño o guardián del producto; y el proveedor del producto, si el productor no resulta identificado.

Si bien existe un sinnúmero de posibles responsables, como hemos listado recién, es innegable que el productor es la figura central dentro de la regulación que implementa la Directiva 85/374, pues, antes que nada, constituye nítidamente la persona responsable del daños causado por un producto defectuoso. Pero es de toda evidencia que en estos tiempos, el proceso de fabricación y distribución de cualquier producto es complejo, ya que intervienen en él varios agentes económicos ligados entre sí de diferente forma, por lo que ya no es posible hablar de un empresario aislado, que fabrica autárquicamente sus productos y que luego los distribuye, pues el elenco de intervinientes en el proceso productivo normalmente incluye diseñadores, productores de materias primas, proveedores de materias primas, productores de partes componentes, productores de productos terminados, importadores, vendedores mayoristas y minoristas, y proveedores en general. Entonces, dado que la cadena de valor de un producto tiene una composición múltiple, la precisión del concepto de productor es tremendamente compleja y siempre corre el riesgo de ser estrecha, de cara a la realidad económica y empresarial. Por ello, el legislador Comunitario optó por buscar una noción amplia de productor, como venimos diciendo, al extremo, que terminó asimilando o equiparando, vía una ficción normativa, a una serie de agentes económicos al productor, pese a que realmente no lo son. Es así como se

¹⁰⁵⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 74.

decide crear un amplio "...círculo de personas que deben ser responsables..." al decir de ALCOVER.¹⁰⁵⁶ De ello surge un elenco de legitimados pasivos, cuya responsabilidad se materializa, al decir de RODRIGUEZ CARRION, "...independientemente de su carácter de contratante o tercero, surgiendo con independencia de que medie o no un contrato entre las partes, prescindiendo de toda preocupación dogmática por ser encuadrada dentro de la esfera contractual o extracontractual."¹⁰⁵⁷

CILLERO DE CABO enfatiza, que no puede negarse que "...en un sentido amplio, la responsabilidad civil por productos defectuosos comprende todos los casos en que un producto defectuoso causa daños, independientemente del momento en que haya tenido lugar la producción del defecto, es decir, se trate del proceso de producción o del de distribución, e independientemente de la persona que haya llevado a cabo la actividad de producción o distribución en cuyo desarrollo haya tenido su origen el defecto."¹⁰⁵⁸ Con igual criterio, la SAP de Valladolid, de 21 octubre de 1994¹⁰⁵⁹, inspirada claramente en la Directiva 85/374, expresa, en lo pertinente, que el concepto de productor no puede ser interpretado, conforme la realidad industrial y comercial actual, en un sentido estricto, confinado al empresario que elabora el producto final, "...sino que cabe también extenderlo al que fabrica una parte componente del producto..., ...a quien aporta al producto su patente, fórmula de composición y el método de fabricación, como una parte inmaterial del mismo...", reiterando la existencia de estos otros agentes económicos que la Directiva 85/374 ha incardinado como sujetos responsables bajo el alero de la figura del productor.

El propósito de esta equiparación, no es otro que el de afianzar una indemnización en favor del perjudicado por un producto defectuoso. Se trata de un evidente intento de relacionar a sujetos que, sin estar directamente vinculados con el proceso fabril, "...contribuyen a la difusión y aproximación del producto al consumidor con la única finalidad de acercar al perjudicado al causante del daño."¹⁰⁶⁰ BUSTAMANTE ALSINA colabora con esta idea, pues en su opinión "...para proteger a la víctima con el debido resarcimiento debe buscarse al responsable a través de todas las etapas de la circulación desde el fabricante hasta quien puso el producto al alcance de la víctima..."¹⁰⁶¹, y así evitar que la imposibilidad material de identificar al productor o de poder actuar en su contra, por ser desconocido o por estar situado o domiciliado en otro lugar, frustre el

¹⁰⁵⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 90.

¹⁰⁵⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 30.

¹⁰⁵⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 46.

¹⁰⁵⁹ Vid. AC 1994/1744.

¹⁰⁶⁰ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 108.

¹⁰⁶¹ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., "Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos", en LL, diciembre, 1992.

legítimo resarcimiento del daño, proporcionándosele al perjudicado, por esta vía, de otros agentes económicos que puedan hacerse cargo de su reparación, sin perjuicio de las acciones de repetición o reembolso que a estos últimos pudiere corresponder en contra del productor.

El amplio elenco de responsables *"...y sobre todo la inclusión entre ellos de personas pertenecientes a la cadena de distribución, ha provocado serias críticas..."* expone ALCOVER.¹⁰⁶² De hecho, la inclusión de otros agentes económicos en el círculo de los responsables es excepcional y sólo se justifica para no desamparar al perjudicado, deduciéndose de ello, que sólo se permite gravarlos con esta responsabilidad *"...en la medida estrictamente necesaria para ofrecer protección a la víctima."*¹⁰⁶³ Empero, lo importante es analizar las razones que movieron al legislador Comunitario a definir como responsables, a cada uno de los legitimados pasivos asimilados al productor. Es decir, desentrañar cuál fue la valoración que motivó al legislador Comunitario a considerar al lado del productor, a otra serie de agentes económicos como responsables a título de productor. Sin duda, la primera respuesta que se nos viene a la mente, es que la protección del perjudicado exige que todo aquél que haya participado en el proceso de producción de un producto defectuoso, responda de los daños que pueda acarrear su uso o consumo. No puede obviarse, por lo demás, que estos sujetos, pese a no ser productores en sentido estricto, se benefician de la comercialización de esos productos, por lo que cabe imputarles el riesgo derivado de un producto, conforme las premisas de la tesis del riesgo creado o del riesgo de empresa. Sin apartarse de esta tesitura, RODRIGUEZ CARRION dice que queda afecto a este régimen especial de responsabilidad, el productor inicial y *"...también cualquier empresario que intervenga dentro de la cadena de elaboración o suministro del producto, lo cual permitirá al perjudicado accionar contra el que le resulte más fácil o conveniente, especialmente teniendo en cuenta la solvencia del sujeto activo de los daños, lo que se traducirá en la búsqueda del deep pocket (bolsillo profundo)..."*.¹⁰⁶⁴ Ratifica esta idea el Considerando 4º de la Directiva 85/374, que ya citamos.¹⁰⁶⁵ FARINA, por su parte, agrega que la responsabilidad del productor comprende no sólo la de quien produce, sino que *"...la de toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, que desarrolla actividades de producción, montaje, creación, construcción,*

¹⁰⁶² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 92.

¹⁰⁶³ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 100.

¹⁰⁶⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 118.

¹⁰⁶⁵ Vid. Directiva 85/374, Considerando 4º. *"Considerando que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado;..."*

transformación, clasificación, elaboración, en base, acondicionamiento, etcétera de bienes...".¹⁰⁶⁶

Una precisión importante que apunta GUTIERREZ SANTIAGO, es que los "*...demás participantes en la cadena de comercialización del producto –el distribuidor, el suministrador, el vendedor...- no son, pues, responsables, por regla general...*"¹⁰⁶⁷, sino que pueden llegar a serlo en determinadas circunstancias, que la misma Directiva 85/374 y el TR consagran, lo que constituye una situación diametralmente opuesta a la existente antes de la dictación de la LPD, ya que la jurisprudencia creada a partir del artículo 1902 del CC por el TS y la égida de la LGDCU, equiparaban al suministrador con el productor e importador sin muchos remilgos¹⁰⁶⁸ y concedía acción directa contra el perjudicado, con un prístino sentido de protección a la víctima de un accidente de consumo¹⁰⁶⁹, generando una cadena de responsabilidad amplia y sin limitaciones, que las precisiones y exigencias que introdujeron la Directiva 85/374 y el TR, naturalmente circunscribieron.

4.3.1.- El productor aparente.

4.3.1.1.- Definición.

Conforme señalan MEDINA *et al*, también se aparece como productor, a la persona que se presente al público como productor, poniendo su nombre, marca, logo o cualquier otro signo distintivo en el producto, en el envase, en el envoltorio o en cualquier otro elemento de protección o de presentación del mismo¹⁰⁷⁰ y, en tal carácter, debe responder por los daños causados por el defecto de un producto. A este sujeto se le denomina productor aparente, pues en la práctica no es quien ha elaborado el producto, pero se presenta ante el público como si efectivamente fuera su productor. Esta figura puede referirse, como es obvio, al producto final o de una parte componente o integrante de un producto o de una materia prima que luego se integra a un producto final.

El productor aparente, según RODRIGUEZ CARRION, es quien "*...se presenta a los ojos del público como si fuese el fabricante del producto, colocando en el mismo cualquier distintivo suyo externo, de forma que genera la apariencia jurídica ante los*

¹⁰⁶⁶ Vid. FARINA, J. M., "*Defensa del Consumidor y del Usuario*", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 331.

¹⁰⁶⁷ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsables y beneficiarios en el régimen de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos*", en Segunda Época 20, Boletín de la Facultad de Derecho n° 20, UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, 2002, pág. 159.

¹⁰⁶⁸ Por ello, parte de la doctrina entendió que la LPD significó un retroceso en el grado de protección del perjudicado, puesto que la responsabilidad del suministrador final, que es el interlocutor natural de la víctima, operaba según esta ley, sólo con carácter excepcional, al no identificarse al productor o al importador Comunitario.

¹⁰⁶⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsables y beneficiarios en el régimen de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos*", en Segunda Época 20, Boletín de la Facultad de Derecho n° 20, UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, 2002, pág. 160.

¹⁰⁷⁰ Vid. MEDINA ORTA, O., MENDEZ GARCIA DE PAREDES, J. L., RUBIO BENITO, N., "*Marcas de distribuidor y marcas de fabricante. ¿Presentan calidades similares?*", en EC, n° 56, 2001, págs. 41 y ss.

terceros de ser fabricante del producto, cuando realmente no lo es, puesto que no interviene en el proceso de producción, sino sólo en el de distribución, permaneciendo oculto, o anónimo, el verdadero fabricante del producto."¹⁰⁷¹ Para TOBAJAS, el productor aparente es quien no participando en el proceso productivo, interviene en el de distribución, enmascarando al verdadero productor y aparentando ante el consumidor ser su fabricante real.¹⁰⁷² PIZARRO lo define como "...cualquier persona física o jurídica que, sin alcanzar tal condición, se presente externamente al público como fabricante o productor poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección, de presentación o en la publicidad..."¹⁰⁷³; situación que se presenta, normalmente, en los contratos de maquila; en los contratos de distribución comercial, en que el distribuidor puede adicionar al producto tal o cual marca; en los contratos de franquicia, pues el franquiciado elabora un producto y además está habilitado para poner sobre él la marca del franquiciante; en el caso de las marcas propias de grandes almacenes, tiendas y distribuidores, que venden una serie de productos con marca propia o denominación personal; de modo tal, que por esta vía se les hace asumir la responsabilidad propia de un productor.

Una definición normativa de productor aparente nos las ofrecen el artículo 3.1 de la Directiva 85/374 y el artículo 138.1 del TR. Por lo pronto, el artículo 3.1 de la Directiva 85/374, en lo pertinente, define productor aparente como "...toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto." Este concepto que entrega la norma Comunitaria, tiene como antecedente el artículo 3.2 de la Convención de Estrasburgo del Consejo de Europa, de 27 de Enero de 1977, y el artículo 2.1 de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de la Comunidad Económica Europea, el 1 de Octubre de 1979. En el Derecho Norteamericano, la solución es semejante, pues la *Model Uniform Product Liability Act*¹⁰⁷⁴, de 1971, prevé que dentro del concepto de productor, queda comprendido quien se presenta como tal.¹⁰⁷⁵ A su turno, la *Model Uniform Product Liability Act*¹⁰⁷⁶, de 1988, incluso considera como productor al que se presenta como tal ante el

¹⁰⁷¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, págs. 123 y 124; JIMENEZ LIEBANA, D., "Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos", McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 265; ALCOVER GARAU, G., "La responsabilidad civil del fabricante", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, 1993, pág. 264; DE LA VEGA GARCIA, F. L., "Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil", Civitas, Madrid, 1998, pág. 108.

¹⁰⁷² Vid. TOBAJAS GALVEZ, O., "La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en AC, n° 23, 2002, pág. 772.

¹⁰⁷³ Vid. PIZARRO, D., 'Causalidad adecuada y factores extraños', en "Derecho de daños", La Roca, Buenos Aires, 1989, pág. 385.

¹⁰⁷⁴ Vid. Sec. 102 (B).

¹⁰⁷⁵ Vid. KEETON, W. P., OWEN, D. G., MONTGOMERY, J. E., GREEN, M. D., "Products Liability and safety (Statutory Supplement)", Westbury, New York, 1989, pág. 219.

¹⁰⁷⁶ Vid. Sec. 214 (5-C).

usuario del producto, criterio aceptado ampliamente por la jurisprudencia de ese país, expresan KEETON *et al.*¹⁰⁷⁷

Por su parte, el TR consagra esta figura, pero de un modo curioso. Si se analiza el artículo 138.1 del TR¹⁰⁷⁸, es fácil constatar que se consagra un concepto amplio de productor, incluyendo al productor final; al productor parcial de elementos o partes integrantes de productos terminados; y al productor de materias primas empleadas en la fabricación de productos terminados. De modo que, si sólo nos atenemos al tenor literal de esta disposición, debiéramos concluir que la definición de productor del TR es más reducida que la que contempla la Directiva 85/374, pues ha eliminado del espectro de sujetos comprendidos en la noción de productor, al denominado productor aparente, lo que resulta aún más chocante, si pensamos que el derogado artículo 4.1 de la LPD si lo incluía. Empero, esto es más bien un espejismo, pues si se conjuga el artículo 138.1 del TR con el artículo 5 del mismo texto, es obvio concluir que también se considera al productor aparente como un legitimado pasivo, según se desprende del tenor literal de dicho artículo 5, que lee en lo pertinente: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor..., así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."*

Es preciso recalcar que la redacción de ambas normas -la de la LPD y del TR- es muy parecida, pero no igual. Las diferencias, sintéticamente, son las siguientes: (i) En el derogado artículo 4.1.d) de la LPD, se enumeraban el *"nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo."* En el actual artículo 5 del TR, sólo se mencionan el *"nombre, marca u otro signo distintivo"*, eliminándose la mención de la denominación social, aunque deba decirse que ella tampoco figura en el artículo 3.1 de la Directiva 85/374, preterición que puede considerarse de tono menor, ya que perfectamente pudiera entenderse comprendida en la mención del nombre; (ii) Se cambió la frase *"...poniendo... en el producto"*, por la de *"...al indicar en el bien..."*, algunas de las referidas menciones. De este canje, destacamos el reemplazo del verbo *"poner"* por el de *"indicar"*, clarificando una vieja discusión sobre la materia, pues ahora es evidente que para ser considerado productor aparente, no es necesario que haya sido el productor aparente quien puso materialmente su nombre, marca u otro signo distintivo en el producto, ya que basta que alguna de estas menciones venga *indicada* en el producto, para moldear la figura del productor aparente; (iii) En el derogado artículo 4.1.d) de la LPD, se decía *"...cualquier otro signo o distintivo"*, mientras que el artículo 5 del TR alude a

¹⁰⁷⁷ Vid. KEETON, W. P., DOBBS, D. B., KEETON, R. E., OWEN, D. G., "Prosser and Keeton on Torts", 5a. Ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984, pág. 705.

¹⁰⁷⁸ Vid. TR, artículo 138.1. *"A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado. b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado. c) Una materia prima."*

"...otro signo distintivo...", lo que debiera estimarse una precisión que restringe los casos posibles de productor aparente, pues si el signo no es distintivo, no cabría aplicar la figura del productor aparente, lo que pudiera generar más de una discusión al intentar resolver si se está o no frente a un productor aparente; (iv) El derogado artículo 4.1.d) de la LPD definía como productor aparente a *"...cualquier persona que se presente al público como fabricante..."*, mientras que el artículo 5 del TR silencia la locución *"al público"*, tal y como hace la Directiva 85/374, que alude a *"...cualquier persona que se presente como tal..."*, lo que no debe considerarse como algo especialmente problemático, pues el término *presentación* lleva implícito que ella naturalmente se hace al público, entendiendo por tales, a los adquirentes del producto, consumidores y usuarios en general. Recordemos que el concepto de productor aparente que recogía la derogada LPD, había sido fuertemente censurado por la doctrina¹⁰⁷⁹, pues la literalidad de su texto parecía indicar que era necesario para considerar que el agente económico era un productor aparente, que *"...se presente al público como fabricante..."*, lo que no hace ningún sentido, pues de ser así, no podría ser considerado productor aparente -a fin de que responda-, el agente económico que incorpora su nombre, marca o signo distintivo en un producto, pero -dice GUTIERREZ SANTIAGO-, *"...sin atribuirse la condición de fabricante, sino indicando la identidad del auténtico fabricante..."*¹⁰⁸⁰, lo que llevaba a la doctrina a considerar que la interpretación correcta de esa disposición era que se debía estimar como productor aparente a todo aquél que se presenta como tal, aunque no lo sea y a todo aquél que ponga su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, aunque advierta en él que el productor es un tercero, dogma que parece perfectamente repetible con la actual definición de productor aparente que anida en el artículo 5 del TR, en relación al artículo 138 de esa misma compilación, razón por la cual, nos parecía interesante rescatar esta discusión.

4.3.1.2.- Las razones que justifican aparejar al productor aparente al productor.

Pudiera criticarse el hecho que la Directiva 85/374 incluya al productor aparente como sujeto responsable, pues si bien participa en el canal de distribución, él no crea ninguno de los defectos del producto, lo que torna difícil pensar que su responsabilidad derive de alguna actividad fabril sobre el producto defectuoso. Como dice TALLONE, es indudable que *"...la ratio por la cual el fabricante aparente es responsable es distinta, pues si bien el fabricante del producto elaborado, el de parte componente o el de materia prima, crean riesgos por los daños que puedan causar los productos que fabriquen con defectos, no es el caso del productor aparente..."*¹⁰⁸¹, pues él nada ha fabricado. Empero, el legislador Comunitario

¹⁰⁷⁹ Entre otros, Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 65 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 334.

¹⁰⁸⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 363.

¹⁰⁸¹ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 140.

estimó mejor admitirlo como responsable, por razones eminentemente prácticas, infiere la doctrina.¹⁰⁸² Una primera muestra de ello, nos la da PIZARRO, para quien “...la culpa resulta insuficiente para fundar de manera adecuada un régimen de responsabilidad civil para el productor aparente, habida cuenta de la evidente desprotección del consumidor que ello implicaría...”¹⁰⁸³ Por ello, la doctrina enuncia otros factores posibles de atribución de responsabilidad aplicables a este agente económico, como pueden ser el riesgo de empresa y la generación de confianza.¹⁰⁸⁴ Entonces, es menester concluir que se le ha definido como sujeto responsable por cuanto ha generado confianza en el público, a través del empleo de su marca, nombre, prestigio, etcétera; confianza que se traduce en que el público compra sus productos, pensando que serán seguros.¹⁰⁸⁵ Esta es una segunda razón para comprender por qué este agente económico es responsable como sujeto equiparado al productor. En palabras de ALTERINI, quien pone su marca en el producto sin haberlo fabricado, por ese sólo hecho, está generando confianza en el público y motivando sus decisiones de consumo, “...razón suficiente para hacerlo responsable...”¹⁰⁸⁶ Ahondando en este punto, podemos concluir que la responsabilidad de quien pone un signo distintivo, su nombre o una marca en un producto defectuoso, se explica, sustancialmente, porque tales elementos y fundamentalmente la marca, constituyen un elemento distintivo que permite diferenciar un producto de otro, máxime, si las estrategias del mercado moderno se basan, al decir de SANTOS BRIZ, en el intento de atraer al consumidor mediante diferentes mecanismos de publicidad y propaganda¹⁰⁸⁷, en términos tales, que la publicidad del producto termina siendo asociada e identificada con el producto mismo¹⁰⁸⁸, pues, como señalan ALTERINI y LOPEZ CABANA, “...la publicidad es el producto...”¹⁰⁸⁹, generando en el consumidor una legítima expectativa de consumo

¹⁰⁸² Vid. TASCHNER, H. C., ‘Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe’, en WOODROFFE, G. (ed.), *Consumer Law in the EEC*, Sweet & Maxwell, Londres, 1984, pág. 121; WHITTAKER, S., ‘The EEC Directive on Product Liability’, en JACOBS, F. G., *Yearbook of European Law: 1985*, Clarendon Press, Oxford, 1986, págs. 267 y ss.; ROYCE-LEWIS, C. A., *Product Liability & Consumer Safety*, ICSA Publishing, Cambridge, 1988, págs. 23 y ss.

¹⁰⁸³ Vid. PIZARRO, D., ‘Causalidad adecuada y factores extraños’, en *Derecho de daños*, La Roca, Buenos Aires, 1989, pág. 386.

¹⁰⁸⁴ Vid. ALTERINI, A. A., ‘Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza’, en AAVV, KEMELMAJER DE CARLUCCI (DIRECTOR), PARELLADA (COORDINADOR), *Derecho de Daños, Segunda Parte, (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)*, La Roca, Buenos Aires, 1993.

¹⁰⁸⁵ Vid. PIZARRO, D., ‘Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado’, en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

¹⁰⁸⁶ Vid. ALTERINI, A. A., ‘Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza’, en AAVV *Derecho de Daños, en homenaje al profesor Dr. Félix A. Trigo Represas*, Editorial Platense, pág. 541.

¹⁰⁸⁷ Vid. SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*, séptima edición, Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 641.

¹⁰⁸⁸ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., ‘Publicidad y consumidores’, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores*, n° 5, Santa Fe, 1996; HERNANDEZ BATALLER, B., ‘La regulación de la publicidad de tabaco en la Unión Europea’, en *EC*, n° 61, 2002; GALVAN, R. M., ‘Responsabilidad civil derivada de la publicidad comercial’, en AAVV, ALTERINI, LOPEZ CABANA (DIRS.), *La Responsabilidad, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995; DELGADO ZEGARRA, J., CACERES VALLE, C., *Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial*, Instituto del Derecho del Consumidor - IDC, Lima, 1993.

¹⁰⁸⁹ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., *Temas de Responsabilidad Civil*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 248.

seguro de tales productos, confiados en la reputación y prestigio que concita la marca. En este contexto también resalta la importancia de las marcas, que suelen generar en el consumidor razonables expectativas sobre calidad y seguridad del producto.

De suerte que la confianza que el productor aparente suscita en el consumidor, a través de su marca y de su publicidad, son antecedentes más que suficientes para responsabilizarlo. En este contexto, TALLONE explica que *"...los conceptos de marca y publicidad juegan un importantísimo rol..."*¹⁰⁹⁰, cuestión que IÑIGO también destaca, afirmando que en el actual sistema económico *"...las relaciones comerciales se caracterizan por el anonimato, aunque es cierto que surge una nueva forma de especificar las relaciones que es la marca del producto..."*¹⁰⁹¹ Y es que cuando alguien compra un determinado producto, posiblemente una de las valoraciones más importantes en su decisión de consumo es la marca, pues se confía en la seriedad y profesionalismo que refleja esa marca. Es el poder de la marca lo que *"...lleva a que los consumidores o usuarios de estos productos bajen la guardia en cuanto a la toma de medidas de seguridad de estos productos..."*¹⁰⁹², relajando sus controles y cuidados al consumirlo o emplearlo. En verdad, la importancia de la marca para configurar la existencia de un productor aparente como responsable, se funda en su función de identificar el origen de un producto y posibilitar que el consumidor conozca, o crea conocer, la entidad del productor, despertando su confianza. Entonces, podemos decir que los atributos que conlleva la marca, suelen ser el factor determinante en la elección del consumidor por determinados productos o servicios. Aunque debe sumarse al poder de la marca, el efecto de la publicidad del producto sobre el gran público.

El que el consumidor adquiera esta confianza en la marca y por ende en el producto, tiene un enorme valor económico, pues genera disposición al pago en el consumidor y lucro para quien explota la convocatoria de la marca. Y en el campo estrictamente jurídico, justifica la proyección de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos del productor, sobre el detentador de la marca. Por ende, es posible concluir que la *"...responsabilidad civil del que pone su marca en un producto o servicio se conecta estrechamente con la responsabilidad del productor aparente, de la que constituye un aplicación específica..."*¹⁰⁹³ Acertadamente a nuestro juicio, MARKESINIS concluye que la atribución de responsabilidad en cabeza del productor aparente es *"...la contrapartida de la apariencia creada por el producto y la contrapartida de una necesaria*

¹⁰⁹⁰ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 142.

¹⁰⁹¹ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 254.

¹⁰⁹² Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 283.

¹⁰⁹³ Vid. ALTERINI, A. A., 'Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza', en AAVV, KEMELMAJER DE CARLUCCI (DIRECTOR), PARELLADA (COORDINADOR), *"Derecho de Daños, Segunda Parte, (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)"*, La Roca, Buenos Aires, 1993, págs. 539 y ss.

seguridad."¹⁰⁹⁴ Conteste con lo expuesto hasta aquí, PARRA LUCAN justifica la responsabilidad de este sujeto, en la necesidad de proteger la apariencia que crea de ser él el productor¹⁰⁹⁵, sea de un producto final, de una parte componente o integrante o de una materia prima. ALCOVER insiste en que se debe proteger la confianza que se genera en el consumidor por el renombre de la marca del empresario que figura en el producto como su productor.¹⁰⁹⁶ Y ATAZ, por su parte, la funda "*...no sólo y principalmente en una protección de la apariencia jurídica, sino más bien en que, de un lado, quien incorpora su nombre o marca al producto genera una confianza en el mercado y, en cierto modo, asume su autoría; aparte de que la empresa comercializadora del mismo, en cuanto es quién se beneficia de él, debe correr también con las consecuencias gravosas que se puedan deparar si el producto resulta perjudicial.*"¹⁰⁹⁷ En igual sentido se pronuncian REGLERO¹⁰⁹⁸ y MARCO.¹⁰⁹⁹

De manera que se establece una relación simbiótica entre marca, publicidad y medios de comunicación social, los 3 pilares fundamentales en el actual esquema de distribución y comercialización de bienes y servicios.

Por lo demás, la figura del productor aparente representa otra ventaja adicional para la víctima de un daño causado por un producto defectuoso, pues es evidente que le facilita la reclamación al perjudicado, quien no tendrá que lidiar con el problema de tener que identificar al productor verdadero, o al importador Comunitario al proveedor; o en la necesidad de dirigirse contra un productor extranjero.¹¹⁰⁰ En definitiva, como afirma MARCO, se persigue "*...evitar que la ordinaria complejidad del proceso productivo y de ulterior comercialización del producto revierta en perjuicio de la víctima, dificultándole o impidiéndole establecer a quién o a qué estadio de los indicados procesos es imputable el defecto causante de sus daños.*"¹¹⁰¹

Otra razón que podemos mencionar, no descartable, es que la existencia de este sujeto responsable impide que el perjudicado vea frustrada su posibilidad de cobrar una indemnización ante la poca relevancia económica del productor real,

¹⁰⁹⁴ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R., "*Temas de Responsabilidad Civil*", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 250.

¹⁰⁹⁵ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "*Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*", en *Práctica de Derecho de Daños*, nº 69, 2009, pág. 16.

¹⁰⁹⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 96.

¹⁰⁹⁷ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "*La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en *INIURIA*, nº 5, 1995, pág. 66.

¹⁰⁹⁸ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "*Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en *INIURIA*, nº 3, 1994, pág. 45.

¹⁰⁹⁹ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 186.

¹¹⁰⁰ Se discurre aquí sobre la idea de un productor cuyos productos son introducidos en la UE, presentándose el importador Comunitario como su productor aparente.

¹¹⁰¹ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 184.

que trabaja para el que en la práctica se presenta como tal, razón esta última, que sin duda también ha inspirado la configuración de este responsable, pues como dice JIMENEZ LIEBANA, normalmente la solvencia del productor aparente suele ser superior a la del anónimo productor real.¹¹⁰²

Colabora con otro argumento MARCO, para quien la incorporación del productor aparente dentro del elenco de responsables de la Directiva 85/374 y del TR, también se justifica porque en las modernas relaciones de mercado *"...no es infrecuente que una gran empresa distribuidora comercialice bajo su propia marca o signo productos fabricados por productores anónimos, que, en realidad, han actuado siguiendo instrucciones y bajo el control del titular de la marca, de manera que, en esos casos, la figura del productor aparente y la del productor, por así decirlo, real, podrían llegar a coincidir, si las referidas instrucciones determinan que dicho productor aparente pueda ser considerado artífice del diseño o concepción del producto."*¹¹⁰³

Como se ve, las razones antes expuestas permiten colegir que el instituto del productor aparente busca amarrar al sistema especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a quienes, sin ser artífices materiales del producto, se presentan en el tráfico comercial como productores de él, con el evidente deseo de proteger al perjudicado. Y es por ello que, sin desdeñarse de ninguna de las razones anteriores que justifican la responsabilidad del productor aparente, no podemos dejar de mencionar que una razón profunda de la responsabilidad que se pone en cabeza de este agente económico, es la ganancia que para él reporta su actividad comercial, prevaleciéndose de la imagen y de la confianza creada en el consumidor, visión que a nuestro entender, rápidamente nos reconduce a la tesis del riesgo creado o a la del riesgo de empresa¹¹⁰⁴, como sostén puntual de la responsabilidad del productor aparente. A esto parece referirse TALLONE, quien entiende que la confianza y la apariencia creadas, que el productor aparente emplea en su beneficio comercial, *"...implican necesariamente y como contrapartida, la obligación de responder por los daños..."*¹¹⁰⁵ Y en efecto, pensamos que esta atribución de responsabilidad sobre el productor aparente, más que nada, deriva de la tesis del riesgo de empresa, aunque sigue siendo interesante que ella se aplique a quien no ha elaborado el producto, lo que hace pensar en que las otras razones enunciadas también han tenido bastante peso. Destacan este punto ALTERINI y LOPEZ CABANA, para quienes esta extensión de la

¹¹⁰² Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 270.

¹¹⁰³ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 186.

¹¹⁰⁴ Vid. *supra* apartados 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos; 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹¹⁰⁵ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 143.

responsabilidad objetiva sobre quien es sólo productor aparente "*...importa una novedad conceptual. Dicho productor aparente no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que venía siendo aplicada la responsabilidad objetiva en la versión del riesgo creado.*"¹¹⁰⁶ Es por ello que PIZARRO afirma que la tendencia a nivel internacional, es "*...responsabilizar objetivamente al productor aparente de bienes y servicios por los daños causados al consumidor o a terceros derivados de vicios o defectos del producto o de la prestación del servicio...*".¹¹⁰⁷

Por su parte, la jurisprudencia se ha referido en reiteradas ocasiones a la figura del productor aparente, plasmando en sus fallos los principios que justifican la caracterización de este agente económico como sujeto pasivo en el sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Entre otras, mencionamos la SAP de Zaragoza, de 11 octubre de 2004¹¹⁰⁸, que sanciona como responsable en calidad de productor a *Goodyear Dunlop Tires España, S.A.*, empresa que no había elaborado el neumático defectuoso causante de los daños, ni lo había importado, vendido ni suministrado, pero el neumático "*...llevaba impreso el anagrama de DUNLOP en su parte externa... no habiéndose acreditado por la recurrente la utilización de su razón o marca con fines exclusivamente publicitarios o sin su conocimiento o consentimiento.*" A su turno, la SAP de Valencia, de 17 de septiembre de 2002¹¹⁰⁹, se pronuncia sobre daños causados por una fuga de agua de un calentador, producto del defecto de una pieza interna, vendido e instalado por la demandada *Comercial Boiler*. En este caso, el Juzgado de primer grado había absuelto a la demandada, entendiendo que la responsabilidad era del productor del calentador, la sociedad italiana *INER*, que no había sido demandada. Sin embargo, conociendo de la apelación de esa sentencia, la AP de Valencia consideró que la empresa demandada debía ser calificada como productor aparente, revocando el fallo alzado. La raíz de esta decisión, descansa en que la demandada, "*...al vender el calderón entregó un certificado de garantía en el que se dice el fabricante garantiza el producto contra cualquier defecto de fabricación...*", encabezándose por el nombre *Boiler* y su dirección. Agregó este fallo, que "*...es ilógico pensar, si existe algún defecto, que el vendedor diga luego al comprador que debe dirigirse a la sociedad italiana. El comprador, al leer la garantía, identifica al fabricante con Boiler, más aún cuando en el propio calderón consta con letras grandes, para que puedan ser leídas a distancia, la misma palabra (sin mención alguna de INER), y esta identificación razonable que se hace en el momento de la compra es la determinante de la responsabilidad posterior; sin que pueda perjudicar al actor la circunstancia, de que después de producido el siniestro, se le diga que la*

¹¹⁰⁶ Vid. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R. M., "*Temas de Responsabilidad Civil*", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 248.

¹¹⁰⁷ Vid. PIZARRO, D., '*Causalidad adecuada y factores extraños*', en "*Derecho de daños*", La Roca, Buenos Aires, 1989, pág. 385.

¹¹⁰⁸ Vid. JUR 2004298313.

¹¹⁰⁹ Vid. AC 2002/1658.

*fabricante es otra entidad, que tiene una aseguradora que cubre los daños...*¹¹¹⁰, en lo que nos parece una admirable síntesis del sentido y propósito de esta institución del productor aparente, frente a un accidente de consumo.

4.3.1.3.- Responsabilidad del productor aparente.

El productor aparente responde frente al perjudicado de manera concurrente y solidaria con los demás sujetos responsables según esta legislación especial, sin perjuicio de las acciones de repetición o reembolso que puedan corresponderle.¹¹¹¹ Por ende, no debe haber confusión en orden a que su responsabilidad pudiera estar condicionada a la falta de identificación del productor real del producto defectuoso, pues ello sólo ocurre a propósito del proveedor. Por eso es que JIMENEZ LIEBANA expone que la responsabilidad del productor aparente es principal y no subsidiaria del productor real, aunque el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de ellos, pues la responsabilidad que establece el sistema de la Directiva 85/374 y el TR es solidaria, según se desprende de su artículo 5, que establece una regla de solidaridad pasiva en el evento de que fuesen responsables 2 o más agentes económicos de los que configuran el elenco de posibles responsables según la norma Comunitaria¹¹¹², disposición que debe conjugarse con los artículos 1 y 3 de la Directiva en cita.¹¹¹³ A su vez, el artículo 132 del TR reitera esta responsabilidad solidaria entre quienes sean responsables del mismo daño¹¹¹⁴; precepto que debe conjugarse con los artículos 135, 138 y 5 del mismo cuerpo legal.¹¹¹⁵ Nótese que esta es la misma solución que implementaba el artículo 7 de la derogada LPD, que consideraba solidariamente responsables al productor final y al productor aparente.¹¹¹⁶

¹¹¹⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 366 y 367.

¹¹¹¹ Vid. *infra* apartado 4.3.1.- El productor aparente; apartado 4.3.1.3.- Responsabilidad del productor aparente; apartado 4.6.- Responsabilidad solidaria de los sujetos responsables por productos defectuosos / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹¹¹² Vid. Directiva 85/374, artículo 5. *"Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir."*

¹¹¹³ Vid. Directiva 85/374, artículo 1. *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos."* / Artículo 3.1. *"Se entiende por productor..., y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto."*

¹¹¹⁴ Vid. TR, artículo 132. *"Responsabilidad Solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño."*

¹¹¹⁵ Vid. TR, artículo 135. *"Principio general. Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."* / Artículo 138.1. *"Concepto legal de productor. 1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea..."* / Artículo 5. *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien..., así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."*

¹¹¹⁶ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 265; ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, 1993, pág. 270. / LPD, artículo 7.

Hemos visto que el productor aparente responde por "*...la apariencia creada por él mismo: responde como productor porque se presenta como tal...*"¹¹¹⁷, pero no podemos olvidar -nos dicen los BERCOVITZ-, que la identificación del productor "*...no excluye la responsabilidad del empresario cuyo signo distintivo o marca aparece en el producto. Ambos serán responsables frente al perjudicado, sin perjuicio de las consecuencias que semejante responsabilidad pueda producir entre ellos...*"¹¹¹⁸, rescatando el derecho del perjudicado de accionar solidariamente contra el productor aparente, como contra el productor real, a fin de lograr la íntegra reparación de los daños que haya sufrido.

4.3.1.4.- Casos en que no se configura un productor aparente, de conformidad a lo previsto en la Directiva 85/374 y en el TR sobre este sujeto asimilado al productor.

A fin de ser respetuosos con los principios que amparan esta asimilación del productor aparente al productor, es importante rescatar la prevención que formula FAGNART, en el sentido que el empresario que se presenta como productor es diferente a quien hace figurar su nombre en el producto, pero sin intención de presentarse como su productor, caso en el cual, no existe responsabilidad como productor aparente. Igual ocurre si en la marca, nombre o signo distintivo, se pone de manifiesto o se puede deducir con claridad, que el empresario es un mero distribuidor, pues no se dan los supuestos de hecho que exigen la Directiva 85/374 y el TR para dar vida a la figura del productor aparente.¹¹¹⁹

Entonces, debe concluirse que no debe ser asimilado a productor quien, pese a poner una marca o un signo distintivo en el producto, no pretende ni genera en el gran público la impresión de ser el productor de él, como pudiera ser el caso de un logo para identificar un movimiento ecológico, sistemas de producción orgánica, sueldos justos, apoyo a la actividad productiva de determinadas etnias, etcétera. PARRA LUCAN, en el mismo sentido, afirma que no sería suficiente para generar esta figura del productor aparente, los casos en que se pone una pegatina o adhesivo indicativos de la sola participación en el proceso de distribución o que tenga fines meramente publicitarios.¹¹²⁰ Considerando las razones precedentes, RODRIGUEZ CARRION estima que tampoco debe ser responsable el productor

"Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente."

¹¹¹⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 267 y ss.

¹¹¹⁸ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 267 y ss.

¹¹¹⁹ Vid. FAGNART, J. L., *"La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits"*, en Cahiers de Droit Européen, n° 1-2, 1987, pág. 51.

¹¹²⁰ Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"Daños por productos y protección del consumidor"*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 549.

aparente, si su nombre, marca, distintivo u otro signo identificador, ha sido puesto en el producto sin su autorización, como sería el caso de productos falsificados, o sin su conocimiento.¹¹²¹ La misma solución debiera darse, si el nombre, la marca o el signo distintivo del agente económico, figura sólo con fines publicitarios o por expreso mandato legal, entiende JIMENEZ LIEBANA.¹¹²²

4.3.1.5.- El alcance interpretativo de la definición normativa de productor aparente.

Es de anotar la sabia reflexión que hace ATAZ, quien ha dicho que una interpretación estricta del concepto de productor aparente podría conducir, en ciertos casos, a la injusticia de hacer cargar “...con una responsabilidad objetiva al pequeño productor, mientras que la acción contra la empresa responsable de la puesta en circulación del producto... debería ampararse en el artículo. 1902 CC, exigiendo la prueba de la culpa.”¹¹²³ Por lo mismo, gran parte de la doctrina preconiza una interpretación amplia y extensiva de la norma que define y regula la figura del productor aparente, en cuanto debe considerarse como tal a toda persona que, sin serlo realmente y sin haber intervenido en el proceso productivo, se presenta objetivamente como tal o pueda ser objetivamente apreciado como tal, al venir indicado su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, incluso si en el producto no aparece mención alguna a su productor real y con prescindencia de que no se haga pasar por el verdadero productor. En esa línea se pronuncian, entre otras, la SAP de Barcelona, de 13 marzo de 2007¹¹²⁴ y la SAP de Madrid, de 17 abril de 2007.¹¹²⁵

4.3.1.6.- El caso del franquiciado como productor aparente.

Un debate interesante se presenta con motivo de los contratos de franquicia, en torno a una eventual responsabilidad del franquiciado por daños sufridos por un consumidor, por el uso o consumo de un producto defectuoso que, en realidad, ha sido elaborado por el franquiciante, pero que dadas las características propias del contrato de franquicia, importan que el franquiciado se presente ante el público como el verdadero productor, generándose un caso de productor aparente. Como dicen BURLAS y COUSO¹¹²⁶, se trata de la eventual responsabilidad que puede tener lugar en el caso de un producto defectuoso que causa un daño, vendido por el franquiciado, pero provisto por el franquiciante. En tal situación, es evidente que el público acude al local del franquiciado y compra sus productos confiando en el

¹¹²¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., “La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pág. 125.

¹¹²² Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., “Responsabilidad civil Daños causados por productos defectuosos”, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 269.

¹¹²³ Vid. ATAZ LOPEZ, J., “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 67.

¹¹²⁴ Vid. JUR 2007244380.

¹¹²⁵ Vid. AC 20071131.

¹¹²⁶ Vid. BURLAS, L., COUSO, J., en ETCHEVERRY, R., “Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial, t.1”, Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 401.

prestigio de la marca y el nombre comercial de la franquicia, sin preocuparse en saber si el franquiciado es un empresario autónomo o no, esto es, si el producto lo ha fabricado él u otra persona.

Desde este ángulo, podría sostenerse perfectamente que el franquiciado es más que un proveedor, pues, precisamente esa generación de confianza, hace que parte importante de la doctrina considera viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado desde el estadio de un proveedor al de un productor aparente, en razón de que desarrolla su actividad comercial bajo la convocatoria de la marca, logo, métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por el franquiciante, quien en el caso que nos ocupa, es el productor del producto que causó el daño, agravándose la responsabilidad del franquiciado, pues en tanto productor aparente, es solidariamente responsable con el productor, según dispone esta legislación especial.

TALLONE, en la misma línea, aporta un argumento adicional, pues, para él, *"...el control que ejerce el franquiciante sobre el franquiciado crea una subordinación técnica: el franquiciante dirige y domina el proceso de producción y el método de comercialización pues ejerce un dominio sobre todos los miembros del canal..."*¹¹²⁷, lo que justificaría su responsabilidad como productor aparente en esta hipótesis, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el productor.

4.3.2.- El productor de parte componente (productor parcial) y el productor de materia prima.

4.3.2.1.- Definición.

Ambos están referidos en el artículo 3.1 de la Directiva 85/374 y en el artículo 138.1 del TR, en referencia con el artículo 5 del mismo texto, que los entiende productores y los define como la persona que fabrica una parte o elemento integrante de un producto acabado y a quien produce una materia prima, respectivamente.¹¹²⁸

Su denominación conjunta por la norma Comunitaria y el TR podría ser considerada una impropiedad, pero en realidad no hay porque establecer diferencias sustanciales entre una parte integrante de un producto y una materia prima, ya que ésta última también es parte o elemento integrante de un producto.

4.3.2.2.- Alcance de su responsabilidad.

Para efectos de la aplicación de la Directiva 85/374 y del TR, se deben considerar independientemente las partes integrantes respecto del producto terminado, pues

¹¹²⁷ Vid. TALLONE, F. C., *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 147.

¹¹²⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.1. *"Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante..."*. / TR, artículo 138.1. *"A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado. b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado. c) Una materia prima."*

acontece que el defecto puede derivar de esa parte integrante y nada más que de ella. Con ese antecedente en mente, la solución ideada por el legislador Comunitario es que el productor de partes integrantes se apareja, en todo, al productor final, debiendo responder con éste de cualquier daño que se produzca por el uso o consumo de un producto defectuoso, aunque pudiera considerársele responsable único *"...si el defecto pueda ser fácilmente aislado con relación al bien que ha pasado a integrar."*¹¹²⁹

Ellos responden frente al perjudicado por todo daño causado por un defecto de su producto incorporado al producto final, o en su caso, a otro parcial. Son quienes han puesto en circulación bienes que se incorporan a un producto final o a otros componentes o a materias primas que luego integran un producto final, razón por la cual, se les hace responsables según los BERCOVITZ, *"...pues cada uno de ellos ha podido con su conducta empresarial (personal o de sus empleados o subordinados), ser la causa del defecto dañoso. Lógico es, pues, que todos ellos sean responsables."*¹¹³⁰ Profundizando este planteamiento, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO agrega que el productor de cualquier elemento integrante de un producto terminado, debe responder *"...por cualquier defecto de dicho elemento..., incluidos los que puedan derivar de su presentación (envases, envoltorios, elementos de protección), siempre que dicha presentación sea la utilizada por él para su puesta en circulación."*¹¹³¹ Del mismo modo, el productor de una materia prima debe responder por cualquier defecto de la misma, incluidos los que puedan derivar de su presentación (envases, envoltorios, elementos de protección), siempre que dicha presentación sea la utilizada por él al momento de la puesta en circulación de esa materia prima. Y si la materia prima defectuosa se integra o incorpora a un producto terminado, en opinión de VATTIER, responden tanto el productor (final) de dicho producto, ya que es responsable de cualquier defecto del mismo y por ende, de su materia prima, como el productor de la materia prima de la que tal producto se nutre, sea total o parcialmente.¹¹³²

De lo dicho hasta aquí, hace sentido pensar que en el caso del productor parcial, cuyo producto ha sido autónomamente concebido y fabricado como producto de serie, el tratamiento que debe dispensársele es el reservado por la Directiva 85/374 y el TR para el productor final. Sin embargo, distinto es el caso del productor de partes integrantes de productos que no han sido concebidos de forma autónoma, sino siguiendo especificaciones técnicas o guías específicas establecidas por el productor final. En ese caso, si la parte integrante es

¹¹²⁹ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 110.

¹¹³⁰ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 266.

¹¹³¹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 126.

¹¹³² Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., *"Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria"*, en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004, págs. 55 y 56.

inadecuada o inapropiada en relación con las exigencias específicas del producto y lo priva de la seguridad que legítimamente cabía esperar, indudablemente estaremos frente a un producto defectuoso. El tema a despejar es quien responde en este caso: ¿el productor final o el productor de la parte integrante? RODRIGUEZ LLAMAS analiza esta situación, planteándose una primera hipótesis, consistente en que el productor final es responsable, si ha dado instrucciones de fabricación, guías técnicas o especificaciones técnicas, que el productor de parte integrante se ha limitado a cumplir, concluyendo que este último no puede ser considerado responsable del defecto.¹¹³³ Puede parecer, según esta conclusión, que al productor de parte integrante o de materias primas no le asiste obligación alguna de informarse acerca de las exigencias que sus productos deben satisfacer, aunque parece de suyo evidente que al menos puede exigírsele que su producto cumpla con las condiciones o exigencias habituales en relación a su uso o empleo normal, a menos, claro está, que se le hayan solicitado por el productor final precisas y determinadas características o condiciones. Es por ello que no responde en 2 supuestos, pese a que el producto sea defectuoso; mismos que se recogen en el artículo 7.f) de la Directiva 85/374¹¹³⁴, disposición que repite el artículo 140.2 del TR.¹¹³⁵ Tales hipótesis de exoneración de responsabilidad consisten en que el defecto sea imputable: (i) al diseño del producto al que se ha incorporado la parte o elemento integrante. En puridad, en este caso no se puede decir que la aparte componente sea defectuosa, por lo que en realidad nos encontramos ante una excepción, en opinión de ALCOVER¹¹³⁶; o, (ii) a las instrucciones dadas por el productor final, pues si bien la parte integrante es defectuosa, ello ha ocurrido por culpa del productor final, quien ha dado instrucciones erróneas, por las que debe responder.

Cosa totalmente distinta es que corresponde al productor del producto terminado instruir, informar y advertir sobre las condiciones de uso o empleo de las partes integrantes o materias primas integradas en su producto, a sus consumidores o usuarios. La omisión o inexactitud de tales instrucciones, informaciones o advertencias, no puede ser atribuida al productor parcial, pues según BIN, en tal caso debe entenderse que el defecto obedece a una falla en la concepción del producto al que la parte integrante o materia prima ha sido incorporada o a las

¹¹³³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 121.

¹¹³⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.f). "En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto."

¹¹³⁵ Vid. TR, artículo 140.2. "Causas de exoneración de la responsabilidad. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto."

¹¹³⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 106.

instrucciones, advertencias o informaciones dadas por el productor del producto final.¹¹³⁷

Tal y como dijimos algunas líneas atrás, el productor de la materia prima puede alegar la causal de exención de responsabilidad prevista para el productor de una parte integrante de un producto terminado, probando que el defecto era imputable a la concepción o al diseño del producto elaborado con dicha materia prima o a las instrucciones dadas por el productor de ese producto, según leen el artículo 7.f) de la Directiva 85/374 y el artículo 140.2 del TR, a los cuales nos hemos referido con antelación. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO así lo dice¹¹³⁸ y VATTIER lo reafirma, aunque refiriéndose a la causal de exoneración que recogía el derogado artículo 6.2 de la LPD, afirmando que *"...cuando el agricultor se somete a las indicaciones del fabricante del alimento consumible, en especial, en el marco de un contrato de integración agroindustrial..."*¹¹³⁹ no tiene responsabilidad, en la idea de que el agricultor o ganadero se limita a seguir las indicaciones técnicas del integrador.

Valga la pena reiterar que para que exista responsabilidad del productor de materias primas, tanto en estado natural como transformadas, parece clara la necesaria concurrencia de la nota de profesionalidad en su actividad.¹¹⁴⁰

4.3.3.- El importador Comunitario.

4.3.3.1.- Definición.

Como se sabe, la Directiva 85/374 en su artículo 3.2 indica que el importador Comunitario será considerado como productor¹¹⁴¹ y, por ende, responsable directo frente al perjudicado, incluso si el productor está identificado. De lo que se sigue que normativamente lo ha equiparado al productor, para dispensarle el mismo trato nos dice PARRA LUCAN¹¹⁴², definiéndolo como *"...toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento*

¹¹³⁷ Vid. BIN, M., 'L'esclusione della responsabilità', en *"Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia. vol. XIII"*, dirigido por Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1989, págs. 144 y ss.

¹¹³⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 127.

¹¹³⁹ Vid. VATTIER, FUENZALIDA, C., *"La responsabilidad civil por alimentos defectuosos"*, en AC, n° 8, 2002, pág. 287.

¹¹⁴⁰ Nótese que el requisito de profesionalidad del productor se encuentra enraizado en la finalidad y razón de ser de la Directiva 85/374 y de su norma de trasposición, el TR, la que se explicita en la causal de exoneración consagrada en los artículos 7.c) de la Directiva 85/374 y 140.1.c) del TR, que declaran libres de toda responsabilidad al productor no profesional. / Vid. Directiva 85/374, artículo 7.c) *"o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;..."* / TR, artículo 140.1.c) *"Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial."*

¹¹⁴¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.2. *"Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor."*

¹¹⁴² Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1479.

financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial...". Así lo ratifica la STJCE, de 10 enero de 2006.¹¹⁴³ Por su parte, el artículo 138.1 del TR, expresa que es productor, además del definido en su artículo 5, como vimos, el importador en la UE de productos terminados, de elementos o partes integrantes de un producto terminado y de materias primas.¹¹⁴⁴ CALVO, por su parte, entiende que aunque no se haga mención al importador aparente, ello *"...resulta una omisión inadecuada, pensando en que la norma hace referencia expresa al fabricante aparente..."*¹¹⁴⁵, por lo que debe considerarse pertinente también, la figura de un importador Comunitario aparente, que sería quien se presenta ante el público como importador Comunitario sin serlo realmente, poniendo su marca, sello o signos distintivos en el producto importado a la UE.

Ahora bien, como dice BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, es indispensable para que sea válido este cotejo entre productor e importador Comunitario, que se trate de un importador en el territorio de la UE.¹¹⁴⁶ En caso contrario, es decir, tratándose de un importador nacional de un producto procedente de un país Comunitario, dicho importador no puede ser considerado productor, pues es un mero proveedor o suministrador del producto, por lo que su responsabilidad no sería la correspondiente al productor o importador Comunitario, en caso alguno.

Conforme tal exigencia normativa, el TR no considera productor al importador nacional de productos fabricados dentro de la UE, ciñéndose a la restricción impuesta en tal sentido por la Directiva 85/374, que persigue impedir la creación de trabas a la libre circulación de mercancías en el Mercado Común.¹¹⁴⁷ Al decir de PARRA LUCAN, de considerarse productores a los mayoristas que importan bienes de otros países de la UE, se correría el riesgo de incitarlos a proveerse exclusivamente con productores de su propio país.¹¹⁴⁸ Entonces, el concepto de importador que ha querido imponer esta nomenclatura especial es, en general, la empresa o empresario que importa productos desde un país situado fuera de la UE, introduciéndolos en cualquier país que forme parte de ésta. Noción que es consecuente con la concepción de Mercado Común, esto es, un mercado sin fronteras, tal y como dispone el artículo 30 del TCEE, en cuanto se prohíbe a los Estados miembros imponer restricciones cuantitativas a la importación o cualquier otra medida de efecto equivalente.

¹¹⁴³ Vid. STJCE 2006/3.

¹¹⁴⁴ Vid. TR, artículo 138.1. *"A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado. b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado. c) Una materia prima."*

¹¹⁴⁵ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 42.

¹¹⁴⁶ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en EC, n° 12, 1987, págs. 83 y ss.

¹¹⁴⁷ Así se concluye del artículo 138.1 del TR.

¹¹⁴⁸ Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos"*, en Aranzadi Civil, núm. 36, 1995, págs. 739 y 740.

Interesa destacar que no se considera importador a quien introduce productos desde un Estado miembro de la UE al interior de otro Estado Comunitario, pues se trata de un mercado único. Importador, a estos efectos, necesariamente es quien introduce en la UE un producto de procedencia de un tercer Estado no miembro de ella. El necesario carácter extracomunitario del importador para ser asimilado al productor como sujeto responsable, ha sido ratificado consistentemente por la doctrina y la jurisprudencia. Sin ir más lejos, la STS, de 14 julio de 2003, afirma que la responsabilidad por productos defectuosos se extiende *"...a todo el que importe productos en la Comunidad."*¹¹⁴⁹ Por su parte, la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001¹¹⁵⁰, que dictaminó que la demandada, Peugeot España S.A. no podía *"...considerarse como importador del gato pues se fabrica dentro de la Unión Europea, lo que impide la aplicación del apartado 2º del art. 4 de la Ley de 6 de julio de 1994."* Ratifica el criterio anterior esta misma AP, en fallo de 28 de enero de 2004¹¹⁵¹, referido a las lesiones causadas a un trabajador por el desprendimiento de una plataforma elevadora defectuosa de un camión, respecto de cuyo vendedor y su pretendida calidad de importador, se dijo que *"...el hecho de que la plataforma en cuestión haya sido fabricada e importada de Suecia, país perteneciente a la Unión Europea, le excluye del concepto legal de importador a que se refiere el artículo 4º número 2 de dicha Ley."* En el mismo sentido se tercia la SAP de La Coruña, de 16 de marzo de 2007¹¹⁵², la SAP de Asturias, de 28 de enero de 2004¹¹⁵³, la SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2005¹¹⁵⁴, la SAP de Málaga, de 25 de octubre de 2006¹¹⁵⁵, las SAP de Zaragoza, de 8 de octubre de 2001¹¹⁵⁶ y de 10 de febrero de 2004¹¹⁵⁷, por mencionar algunas.

GUTIERREZ SANTIAGO comenta que la *"...inmensa mayoría de los autores y la práctica totalidad de las decisiones judiciales que hasta el momento se han pronunciado sobre este particular se decantan decididamente por el criterio restrictivo que se deriva del tenor del art. 4.2; esto es, por la exclusión de responsabilidad, en concepto de importador, de quien introduce en un país de la Unión (en concreto, en España) un producto fabricado en otro país comunitario."*¹¹⁵⁸ Con todo, nos recuerda YZQUIERDO TOLSADA que un sector minoritario de la doctrina postula que debe considerarse importador a quien introduce en un país de la UE un producto que procede de otro país Comunitario¹¹⁵⁹ o, al menos, que

¹¹⁴⁹ Vid. RJ 2003/5837.

¹¹⁵⁰ Vid. AC 2001/637.

¹¹⁵¹ Vid. AC 2004/18.

¹¹⁵² Vid. AC 20071077.

¹¹⁵³ Vid. AC 200418.

¹¹⁵⁴ Vid. JUR 2005/219880.

¹¹⁵⁵ Vid. AC 20071042.

¹¹⁵⁶ Vid. JUR 2001329663.

¹¹⁵⁷ Vid. JUR 200492259.

¹¹⁵⁸ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 385.

¹¹⁵⁹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 334.

debería aplicársele por analogía el mismo régimen de responsabilidad que al importador extracomunitario¹¹⁶⁰, entendiendo que el importador intracomunitario puede ser responsable bajo la égida de la Directiva 85/374 y del TR¹¹⁶¹, pero a título de proveedor, pues si el productor no puede ser identificado, es considerado como productor quien lo hubiere suministrado o facilitado el producto al perjudicado, a menos que dentro del plazo de 3 meses identifique al productor o al importador Comunitario del producto, conforme razonan los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.¹¹⁶²

4.3.3.2.- Alcance de la responsabilidad del importador Comunitario de una parte integrante o de una materia prima.

Es menester esclarecer que el importador Comunitario de una parte integrante o de una materia prima es responsable, según lo dispone el artículo 138.1 del TR, pues es importador *"...no sólo el de un producto terminado, sino también el de cualquier elemento integrado en un producto terminado o el de una materia prima..."*, acabando así con la discusión que se mantenía bajo el alero de la derogada LPD al respecto, que sólo aludía a la importación de un producto.¹¹⁶³ Por su parte, el artículo 3.2 de la Directiva 85/374¹¹⁶⁴ sólo menciona que responde el importador Comunitario de un producto, sin especificar si se trata de una parte integrante o materia prima, pese a lo cual, nos parece obvio considerar que tales partes o elementos integrantes, así como las materias primas, también son producto para los efectos de esta legislación especial.¹¹⁶⁵

Ahora bien, si el importador Comunitario proporciona una materia prima o una parte componente defectuosa al productor final, que éste integra al producto final, podría deducirse que ya no responde como importador Comunitario, sino como productor de una materia prima o de una parte integrante.

¹¹⁶⁰ Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 70 y 71.

¹¹⁶¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"...Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor." / TR, artículo 138.2. "...La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹¹⁶² Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable..." / TR, artículo 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto..."*

¹¹⁶³ Vid., por todos, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 127.

¹¹⁶⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.2. *"Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial será considerada como productor del mismo, a los efectos de la presente Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor."*

¹¹⁶⁵ Vid. *supra* apartado 2.- El concepto de producto en la Directiva 85/374, en la derogada LPD y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

4.3.3.3.- Requisitos para que proceda esta asimilación entre el importador Comunitario y el productor.

Conviene observar que el artículo 138.1 del TR, no define importador Comunitario, a diferencia de lo que hacía el derogado artículo 4.2 de la LPD.¹¹⁶⁶ Sin embargo, las notas de actividad empresarial y ejercicio profesional siguen estando presentes, pues basta coordinar los preceptos de los artículos 2 y 4 del TR, para concluirlo así. En efecto, el artículo 2 dice que el TR "...será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios...". Por ende, en toda relación que resulte regulada por el TR, es imprescindible que una de las partes tenga la condición de empresario, exigencia que también es aplicable al régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que se domicilia en el TR.

De manera que es obvio concluir que al importador Comunitario se le debe exigir una actuación empresarial, en los términos previstos por el artículo 4 del TR, que define empresario como "...toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada." Entonces, el ejercicio de una actividad comercial y profesional es, como dice JIMENEZ LIEBANA¹¹⁶⁷, un requisito ineludible para equiparar al importador con el productor, por lo que, de faltar, evidentemente no se puede establecer este aparejamiento entre importador y productor. Bien afirma BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, que no cabe calificar como importador a quien realiza una importación ocasional, aunque este comentario tampoco puede ser entendido como la exigencia de que la actividad empresarial o profesional del agente económico haya de ser principalmente la de importador.¹¹⁶⁸

Por último, es menester que la actividad de importación de productos extracomunitarios tenga por objeto la distribución de ellos, en cualquier forma o modalidad comercial, pese a que ni el artículo 138.1 ni el artículo 5 del TR enumeren ninguna, a diferencia del antiguo artículo 4.2 de la derogada LPD, que aludía a ventas, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución.

En síntesis, el importador Comunitario puede ser equiparado al productor, si concurren determinadas circunstancias, como son: (i) la importación debe ser consecuencia del ejercicio de una actividad empresarial. Esta exigencia no es sino reflejo de la decisión del legislador Comunitario, de responsabilizar por los daños

¹¹⁶⁶ Vid. LPD, artículo 4.2. "Concepto legal de fabricante e importador. 2. A los mismos efectos, se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución."

¹¹⁶⁷ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., "Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos", McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 276.

¹¹⁶⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en EC, n° 34, 1995, pág. 127.

causados por productos defectuosos, sólo a quien desempeñe una actividad comercial. Por ello es que esta preceptiva no se aplica a las importaciones accidentales o realizadas sin una finalidad lucrativa; (ii) la importación tiene que realizarse en la UE. Vale decir, se trata de la introducción a la UE de un producto extracomunitario, esto es, de un producto fabricado fuera de la UE. La justificación de esta exigencia, según PARRA LUCAN, se halla en el propósito de la Directiva 85/374 de impedir la creación de trabas a la libre circulación de mercancías en la UE, pues si quedaren asimilados al productor los mayoristas que importan bienes de otros países de la UE, se correría el riesgo de incitarlos a proveerse exclusivamente con los productores de su propio país¹¹⁶⁹, aniquilando el intercambio de mercancías al interior del Mercado Común; (iii) el producto debe provenir de un país no Comunitario. Esto es, el producto es importado de un país que no es miembro de la UE. El sentido de esta exigencia, es generar una protección para los consumidores y usuarios Comunitarios, bajo la premisa de que hay bienes que ingresan al Mercado Común, provenientes de países cuyos niveles de control y seguridad de los productos, no se corresponden con los estándares Comunitarios o, derechamente, son precarios. Por ello, y como el importador Comunitario si conoce las normas vigentes en la UE al respecto, se le equipara al productor, por la vía de hacerlo responsable en los mismos términos que a aquél; y (iv) el producto debe estar destinado a la venta, arrendamiento, arrendamiento financiero u otra forma cualquiera de distribución. Este requisito es consistente con el ejercicio de una actividad comercial o lucrativa, detonante primordial de la aplicación de este régimen especial de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos. Con todo, las expresiones "...u otra forma de distribución...", que son de textura abierta, amplían el número de hipótesis en que esta disposición puede ser invocada, a lo mejor en demasía. Piénsese, por ejemplo, en una importación con fines educacionales o científicos, que se puede llegar a interpretar como promocional o publicitaria -es decir comercial-, más que como una actividad de difusión, caso en el cual, podrían entenderse aplicables las normas del TR para un caso que, obviamente, no está dentro de su órbita de regulación.

4.3.3.4.- Razones que justifican la asimilación del importador Comunitario al productor.

El que se equipare al productor con el importador Comunitario, se explica en los casos en que el producto defectuoso proviene originalmente de un país exterior a la UE, pues es mucho más fácil que el perjudicado ejerza sus acciones contra el importador, que en este caso es Comunitario, que en contra del productor real, quien desarrolla sus operaciones en un país extracomunitario. VELA explica que la regulación del importador Comunitario como responsable, se inspira en la protección del perjudicado, pues tratándose de un producto importado, puede no conocerse al productor o si se conoce, su lejanía hace imposible o muy difícil

¹¹⁶⁹ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos", en Aranzadi Civil, núm. 36, 1995, págs. 739 y 740.

perseguir su responsabilidad; o puede resultar aplicable una legislación nacional deficiente; o le puede significar costes muy elevados accionar contra él¹¹⁷⁰, etcétera. Así lo dice la STS, de 3 de diciembre de 1997, que responsabiliza al importador Comunitario, pues "*...si no se pudiera detectar la responsabilidad del importador la víctima se vería desasistida, debido, a veces, a la imposibilidad práctica de dirigirse contra el fabricante extranjero, que puede estar sometido a una normativa en caso de responsabilidad, no exigible con arreglo a las pautas nacionales...*"¹¹⁷¹, en una clara muestra de la desconfianza con que se percibe a los productores extracomunitarios por el legislador Comunitario. Sintetiza estas ideas ALCOVER, para quien, "*...si el importador no fuese responsable, la víctima se vería de hecho insuficiente o absolutamente desprotegida debido a la imposibilidad práctica de dirigirse contra un fabricante extranjero...*"¹¹⁷², lo que hace mucho sentido y garantiza al justiciable la vía judicial, para obtener la reparación integral de sus daños.

Al igual que en los restantes supuestos de sujetos equiparados al productor, este parangón se establece "*...sin perjuicio de la responsabilidad del productor...*", reza el artículo 3.2 *ab initio* de la Directiva 85/374, en un evidente afán de facilitar la reclamación del perjudicado, en la idea de que no tenga que interponer su demanda en algún país distinto al suyo o extracomunitario. De modo que aunque se conozca al productor, el perjudicado siempre podrá accionar contra el importador Comunitario, pues la responsabilidad de aquél, no es sustitutiva de la de éste. De hecho, el Convenio de la CEE, de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia jurisdiccional y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, sanciona la posibilidad del perjudicado de presentar su demanda contra el productor o el importador Comunitario, en el lugar donde haya tenido lugar el evento dañoso y pedir posteriormente la ejecución de la sentencia en el país de domicilio de aquél.

Por lo demás, el importador Comunitario tiene mayor facilidad de acceso al productor que los perjudicados y, además, puede controlar la distribución del producto que importa y se le puede exigir que conozca las exigencias de seguridad de los países en los que introduce sus productos, requerimientos que normalmente no se le pueden hacer al productor. Para RODRIGUEZ CARRION, la equiparación del importador al productor "*...queda justificada en base a la mayor facilidad que el primero tiene de acceder al fabricante, además de su mejor conocimiento del producto, dado que el importador interviene en todo el control y distribución del producto, por lo que es conocedor de las exigencias de seguridad de los países en los*

¹¹⁷⁰ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "*Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Comares, Granada, 2004, pág. 28.

¹¹⁷¹ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "*Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Comares, Granada, 2004, pág. 28.

¹¹⁷² Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 96.

que introduce los productos."¹¹⁷³ Y, según GUTIERREZ SANTIAGO, la responsabilidad del importador de productos a la UE "...evita, como mínimo, las peliagudas dificultades que acarrearía al perjudicado el tener que demandar a un fabricante instalado fuera de esos confines; obstáculos que se traducirían, en todo caso, en importantes costos para aquél y, a menudo, en una auténtica frustración de la reparación del daño sufrido..."¹¹⁷⁴, en un obvio intento de proteger al perjudicado por un accidente de consumo.

En la jurisprudencia, esta canalización de responsabilidad hacia el importador Comunitario se explica, como dice la SAP de Zaragoza, de 10 febrero de 2004¹¹⁷⁵, en el propósito buscado por la Directiva 85/374 "...de proteger al consumidor de la dificultad de accionar frente al productor del bien cuando reside fuera del espacio de la Comunidad Económica Europea...", que no es sino aplicación de la idea tutelar expresada en el Considerando 4º de la misma Directiva, que señala, en lo pertinente, "...que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder... ...por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad..."¹¹⁷⁶ En el mismo sentido se decanta la STS, de 3 de diciembre de 1997¹¹⁷⁷, al enunciar que es necesario imponer esta responsabilidad al importador Comunitario, ya que en caso contrario, "...la víctima se vería a veces desasistida, debido a la imposibilidad práctica de dirigirse contra el fabricante extranjero, que puede estar sometido a una normativa en caso de responsabilidad, no exigible con arreglo a las pautas nacionales." Evidentemente, el más nimio sentido defensor explica que si el perjudicado tuviese que demandar a un productor situado fuera de la UE, lo más probable es que no pudiera hacerlo, sea por los costos de ese juicio, o por las dificultades inherentes de litigar en otro país y bajo otras legislaciones, etcétera, frustrándose todo el sentido protector de esta legislación especial. ATAZ lo resume perfectamente, pues si el productor es extracomunitario, en su opinión "...no existe garantía alguna de que en su país exista una responsabilidad objetiva del fabricante, con lo que los daños ocasionados por estos productos podrían tal vez quedar sin reparación."¹¹⁷⁸

¹¹⁷³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 128.

¹¹⁷⁴ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 388.

¹¹⁷⁵ Vid. JUR 200492259.

¹¹⁷⁶ Vid. Directiva 85/374, Considerando 4º. "Considerando que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado; ...".

¹¹⁷⁷ Vid. RJ 1997/8722.

¹¹⁷⁸ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, nº 5, 1995, pág. 70.

4.3.4.- El proveedor (suministrador final en la nomenclatura empleada por la derogada LPD).

Tanto en la Directiva 85/374 como en el TR, se consagra una asimilación entre el productor y el proveedor, que la derogada LPD llamaba suministrador final, reunidos ciertos requisitos y condiciones, siempre bajo la égida de proteger al consumidor y facilitar la obtención de reparaciones por parte del perjudicado, por un daño originado por un producto defectuoso.

Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador Comunitario, predicando las disposiciones citadas de la Directiva 85/374 y del TR, haciendo responsable al proveedor.¹¹⁷⁹

Sobre este tema volveremos en extenso, más adelante.¹¹⁸⁰

4.4.- Análisis de la situación de otros agentes económicos que intervienen en la cadena de producción o comercialización del producto, que pudieren ser asimilados al productor.

La doctrina y la jurisprudencia discuten la situación de una serie de agentes económicos que, de alguna manera, participan en la cadena de producción o comercialización de un producto, cuya intervención podría ser la causa basal del defecto, por lo que definir si se pueden equiparar a la calidad de productor, tiene la importancia de hacerles aplicable las normas de esta legislación especial. Si la conclusión es positiva, es muy probable que el productor final enfrente responsabilidades indemnizatorias bajo la salvaguardia de esta disciplina especial y deba repetir contra el agente económico de que se trate. Si fuera negativa en cambio, entendemos que el perjudicado siempre podrá intentar responsabilizar a este agente económico que no es el productor, quien ha intervenido en la manufactura del producto o en su comercialización y lo ha vuelto defectuoso, pero a través de los remedios que le ofrece el Derecho común.

Enseguida, analizaremos los casos que nos parecen más relevantes.

4.4.1.- El envasador o embalador del producto.

Este agente económico se limita a prestar un servicio, que no puede afectar las cualidades esenciales -la seguridad- del producto, por lo que no puede ser

¹¹⁷⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable."* / TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto."* / LPD, artículo 4.3. *"Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto."*

¹¹⁸⁰ Vid. *infra* Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

asimilado a productor. Y si algún daño causa con su quehacer, éste es resarcible a través de los remedios que ofrece el Derecho común.

4.4.2.- El instalador.

A propósito del instalador, CALVO distingue 2 situaciones distintas: (i) aquella en que la actividad del instalador es accesoria y sólo consiste en el aporte de trabajo, supuesto en el cual, la figura del productor predominará a efectos de responsabilidad y el instalador debiera catalogarse como un mero prestador de servicios; y, (ii) aquella en que el instalador realiza una actividad plenamente autónoma, utilizando elementos o productos de diversa procedencia, caso en el cual, pareciera asumir el rol de productor, siendo, en cuanto productor de las partes o piezas empleadas para la realización de la instalación, obviamente un productor parcial.¹¹⁸¹

4.4.3.- El *assembler* o ensamblador.

Dentro del concepto legal de productor, se incluye el *assembler* o ensamblador, esto es, quien encaja o combina productos fabricados por un tercero explica MARKOVITZ¹¹⁸², o, si se quiere, une y acopla productos fabricados por otros, en palabras de MILLER¹¹⁸³, actividad que en opinión de RODRIGUEZ CARRION "*...debe ser considerada de producción y no de servicios; por lo que el ensamblador deviene fabricante y, por lo tanto, sujeto activo responsable de los daños causados, al comercializar el producto como propio, ejerciendo su control sobre el producto final.*"¹¹⁸⁴

Es decir, el resultado final de la actividad del ensamblador se considera producto terminado y, por ende, será plenamente responsable, aunque el daño causado por el producto final sea claramente consecuencia del defecto de un bien incorporado a él, sin perjuicio, obviamente, del derecho a repetir del ensamblador en contra del productor del producto parcial o de la materia prima, si fuera el caso.

4.4.4.- La situación de una empresa de servicios que interviene en el proceso fabril de un producto.

Puede haber cierto grado de discusión en el supuesto en que en la cadena fabril de producción de un bien, intervenga una empresa de servicios -empresa terciaria-, a efectos de definirla como productora o no. Por ejemplo, un proceso de barnizado,

¹¹⁸¹ Vid. CALVO ANTON, M., "La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad", Cuadernos de Estudios Empresariales nº 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 41.

¹¹⁸² Vid. MARKOVITZ, Y., "La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

¹¹⁸³ Vid. MILLER, C. J., "Product Liability & Safety Encyclopedia", Butterworths & Company, London, 1979, págs. 60 y ss.

¹¹⁸⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 121; ALCOVER GARAU, G., "La responsabilidad civil del fabricante", en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, 1993, pág. 263.

un tratamiento térmico, etcétera. Discusión que, como es patente, determinará la aplicabilidad o no de esta legislación especial.

Una opción es entender que simplemente se trata de servicios prestados al productor final y por tanto, no son tópicos propios de esta nomenclatura especial.

La opción opuesta es entender que, dado que la finalidad de este régimen especial es que todo agente económico que intervenga en el proceso productivo de un producto defectuoso tenga responsabilidad, debe considerarse por analogía o por interpretación extensiva productor de fase o de parte integrante, por lo que su responsabilidad se regula por esta nomenclatura especial. Aunque nos parece que sólo se detonará su responsabilidad, si el defecto del producto final está gatillado por un defecto propio del servicio o actividad desarrollada en el proceso productivo por este agente económico.

4.4.5.- El productor bajo patente industrial o licencia y el licenciante.

El productor bajo una patente industrial o licencia de un producto defectuoso, está sometido a esta disciplina especial, pues es, a fin de cuentas, productor del producto en cuestión.

Por su parte, el licenciante o cedente de la patente, no figura como productor en las definiciones normativas que de este último hacen la Directiva 85/374 y el TR¹¹⁸⁵, ni se le equipara a texto expreso con el productor en tales cuerpos normativos, por lo cual, parte de la doctrina concluye que no se podría pretender emplazarlo a título de productor en un juicio indemnizatorio, de conformidad a esta legislación especial. En todo caso, no divisamos obstáculo para que el perjudicado accione contra él, en conformidad al Derecho común o al amparo de la LP.

Desde luego, el productor bajo patente podría intentar repetir contra el licenciante o cedente de la patente, en conformidad a las acciones resarcitorias que contempla la LP y el Derecho común, en caso que el defecto provenga de un diseño o concepción u otra causa que pueda atribuirse a la responsabilidad del licenciante o cedente de la patente, según mencionaremos en el apartado siguiente.

4.4.6.- El productor que cede o aporta a una asociación empresarial una patente industrial.

Armonizando lo dicho en el apartado anterior, ocurre que ha habido bastante discusión acerca de la procedencia de asemejar al productor a quien, como titular o licenciataria de una patente, contribuye en la fabricación del producto terminado, mediante alguna forma de asociación empresarial en que cede, licencia o aporta tal patente.

¹¹⁸⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 121.

De *lege ferenda*, se podría decir que sobran las razones para considerar pertinente su inclusión dentro del abanico de responsables. Sin embargo, GOMEZ CALERO es de la idea que la regulación española va en sentido contrario, pues, en su opinión, una patente no puede calificarse como parte o elemento integrado al producto y tampoco es un insumo o materia prima.¹¹⁸⁶ De hecho, esta situación está contemplada expresamente en el artículo 78 de la LP¹¹⁸⁷, porque quien transmite una solicitud de patente o una patente ya concedida, o bien otorga una licencia sobre la misma, responderá solidariamente con el adquirente o con el licenciataria, de las indemnizaciones a que hubiere lugar, lo que significa que quien aporta una patente que se emplee en la fabricación de un producto, cualquiera que sea el título en virtud del cual lo haga, incurre en responsabilidad si el producto terminado causa un daño, independientemente de que pueda calificarse como defectuoso o no, en una suerte de responsabilidad objetiva, pues no debe probarse ningún tipo de culpa en el dueño de la patente, ya que responde de haber daño, en los términos expuestos.

Sin embargo, si recordamos la citada SAP de Valladolid, de 21 de octubre de 1994¹¹⁸⁸, ella reconoce que el concepto de productor no puede ser interpretado en la realidad industrial y comercial actual en un sentido estricto y circunscrito al empresario que elabora el producto final, afirmando que no "*...sería extraña la extensión de este mismo concepto a quien aporta al producto su patente, fórmula de composición y el método de fabricación, como una parte inmaterial del mismo...*", lo que es muy sugerente de que en este evento no es posible considerar sólo productor a quien fabrica el producto bajo una patente, sino que incluso al dueño de la patente que la ha licenciado o cedido o aportado bajo alguna fórmula asociativa, lo que abre una arista muy interesante en este punto, pues genera, vía interpretativa, otro sujeto más como responsable dentro del elenco de responsables de la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias.

En nuestra opinión, adicionalmente parece posible concebir una responsabilidad a título de productor del dueño de una patente o de una licencia que se aporta a un proceso fabril, de la forma que sea, que torna defectuoso el producto desde el punto de vista de su diseño o concepción, ampliándose la noción de productor, por la vía de considerar que la existencia de una fórmula asociativa permitiría

¹¹⁸⁶ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 110.

¹¹⁸⁷ No se debe olvidar el artículo 78.1 de la LP, dispone que en caso de responsabilidad derivada de defectos inherentes a la invención, el cedente y el cesionario o el licenciente y el licenciataria son responsables solidarios y en caso de que el cedente o el licenciente respondan, podrán luego repetir contra el cesionario o el licenciataria, excepto que: (i) se hubiere pactado lo contrario; (ii) se hubiere procedido de mala fe; (iii) si dadas las circunstancias del caso y por razones de equidad, deba ser el cedente o el licenciente el que deba soportar en todo o en parte la indemnización, disposición que no es sino reflejo de la protección que la CPOL dispensa a las relaciones de consumo. Vid., por todos, BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., *"La Nueva ley de patentes: ideas introductorias y antecedentes"*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 63 y ss.

¹¹⁸⁸ Vid. AC 1994/1744.

considerar a todos sus partícipes, que ponen algo en común con miras a repartirse la utilidad que obtengan, como productores, lo que comulga plenamente con la tesis del riesgo de empresa o la del riesgo creado, lo que bastaría -en nuestra opinión-, para considerar plenamente aplicable esta legislación especial. Por lo demás, parece ser que esta interpretación es coincidente con el espíritu que anima a la disciplina que imponen la Directiva 85/374 y el TR, máxime, si consideramos que quien licencia o aporta una patente que conduce a la elaboración de un producto defectuoso, puede estar generando riesgos de los más cruentos posibles de imaginar, ya que los defectos que pudieren aparecer serían de diseño o proyecto, afectando a la totalidad de la producción y muy probablemente a un número ingente de personas.

Reste agregar que en el apartado siguiente se discute de otra situación análoga a ésta, que para parte de la doctrina tiene una solución diferente.

4.4.7.- Los casos de integraciones verticales y horizontales de empresas.

No obstante la aparente claridad de la Directiva 85/373 y del TR al definir productor, hay ciertos casos en los que reorganizaciones empresariales, fusiones o fórmulas asociativas o colaborativas que implementan las empresas, generando integraciones verticales y horizontales, hacen más difícil el análisis y precisión del concepto de productor o de asimilaciones a él, para efectos de aplicar esta disciplina especial.

Por lo pronto, en un caso de distintas empresas que se integran verticalmente, es bastante evidente que el producto final puesto en circulación, contiene partes integrantes o materias primas producidas por diferentes empresas que integran esa cadena vertical, distintos al productor final. Caso en el cual, se aplicarán las reglas de la Directiva 85/374 y del TR para los productores de partes integrantes y materias primas, así como las propias del productor final.

En la integración horizontal, en cambio, suelen presentarse situaciones de más difícil estudio. Mencionamos 2 casos: (i) puede ocurrir que el productor encargue a otra empresa, normalmente llamado *certifier*, el control de calidad de sus productos; (ii) o bien, puede acontecer que el productor fabrique sus productos conforme a una patente, licencia o *know how* perteneciente a otra empresa de las consorciadas, que le indica un determinado diseño del producto, su método de fabricación, sus componentes, fórmulas, etcétera. ¿Pueden ser considerados, para los propósitos de la Directiva 85/374, como productores finales éstos agentes económicos que forman parte de una integración horizontal? ALCOVER responde esta pregunta, expresando que por lo que se refiere al empresario que aporta una patente, licencia o *know how*, cabe concluir que tales aportes deben considerarse como elementos integrantes del producto terminado y, por ende, estimársele como sujeto responsable en virtud de la Directiva 85/374, "...ya que en tal caso cabe la

aplicación analógica del artículo 3.1 teniendo en cuenta la ratio legis del mismo, que no es otra que la de incluir en el círculo de los responsables a los que han tenido una participación directa en la fase de fabricación de forma tal que su actividad genera un riesgo que no es lícito soportar el perjudicado."¹¹⁸⁹

En nuestra opinión, el tema es discutible, si el aporte es distinto a una licencia o a una patente. Pensamos en el caso en que se aporta el diseño por parte de la empresa integrada horizontalmente, que no es la productora final del producto. En tal caso, nos parece forzado decir que se trata de un productor, pues a todas luces, lo natural es calificarlo como un asesor, cuya tarea era proyectar para el productor. Y si en esa tarea incurre en un error, su responsabilidad debe perseguirse bajo las reglas del Derecho común. Sin embargo, nos parece que tampoco sería descartable argüir que al estar integradas estas empresas, en realidad se trata de una sola unidad económica, bajo una misma dirección empresarial y, por esa vía, enderezar una demanda contra ambas empresas, como productoras del producto.

4.4.8.- El distribuidor.

Postula ALCOVER que el distribuidor, en principio, no debe ser responsable bajo esta legislación especial como sujeto equiparado al productor, pues además de las características propias del comercio y de la producción moderna, ello "*...podría incrementar de manera excesiva e inútil los costes asegurativos, en perjuicio de los consumidores y de los pequeños distribuidores...*".¹¹⁹⁰

En nuestra opinión, el distribuidor si puede llegar a ser responsable, pues el proveedor puede liberarse de responsabilidad identificando al productor del producto defectuoso o a su propio proveedor, quien perfectamente puede ser un distribuidor, lo que hoy sería muy habitual, dadas las estructuras comerciales imperantes.

4.4.9.- El artesano.

En el extremo contrario al de productor se ubica el artesano, cuyo trabajo consiste en la elaboración de productos personalmente o por pocas personas, basado fundamentalmente en su habilidad personal y al margen de todo proceso industrializado.

Pues bien, al tratarse de una elaboración artesanal de productos, se suele sostener que la responsabilidad por daños que pudiera causar un producto defectuoso elaborado artesanalmente sólo procede, en opinión de ROJO, si se prueba la existencia de culpa, alejándose de la nomenclatura impuesta por la Directiva

¹¹⁸⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 104.

¹¹⁹⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 96.

85/374¹¹⁹¹ y por el TR, pues el eje de responsabilidad resarcitoria, en este caso, queda entregada al Derecho común, ya que no existe la posibilidad de imbricar el trabajo artesanal con la tesis del riesgo creado o la del riesgo de empresa.¹¹⁹²

Con todo, se han levantado opiniones en sentido contrario, que postulan que no es posible hacer diferencias entre productores y artesanos al hablar de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, pues entre ellos no habrían diferencias tales, que justifiquen la aplicación de regímenes diferentes de responsabilidad. Es decir, ora que se pretenda aplicar un régimen de responsabilidad extracontractual objetiva o la tesis de las obligaciones implícitas de seguridad, ora si se pretende aplicar el régimen de la culpa, se debe ser coherente, empleando un solo sistema de responsabilidad, tanto para los industriales como para los artesanos, sin distinción alguna. Reafirmando esa opinión, ZANNONI postula que en su concepto, de todos los argumentos que se han indicado para sustentar la pertinencia del sistema de la Directiva 85/374 en relación al artesano, sólo le es inaplicable aquél que postula que el productor puede distribuir mejor el riesgo, pues los demás argumentos usualmente esgrimidos para dar cabida a sistemas objetivos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en cabeza del productor, como el incentivo por producir artículos más seguros; el control sobre el producto; la protección de las expectativas del consumidor; la dificultad de la prueba de la culpa del productor; etcétera, son todos totalmente aplicables tanto al artesano como al productor, inclusive la teoría de que quien crea un riesgo y lucra con él, debe pagar los daños que resulten de dicho riesgo, pues ello también ocurre en el caso del artesano.¹¹⁹³

En nuestro concepto, la clave de esta discusión está en la profesionalidad del artesano. Si él elabora sus productos en términos más bien industrializados, confiando más en el mecanismo masivo del proceso que en su habilidad personal, debiera aplicársele íntegramente el régimen de la Directiva 85/374 y del TR, pues, en los hechos, no es sino un productor en pequeña escala, pero lábil a todos los riesgos de un proceso fabril, que es lo que interesa a estos respectos. En caso contrario, debiera dejársele al margen de esta nomenclatura especial, quedado su responsabilidad regida por el Derecho común.

4.4.10.- El productor comitente y el productor cometido.

¹¹⁹¹ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *“La responsabilidad civil del fabricante”*, Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 187.

¹¹⁹² Vid. *supra* apartados 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos; 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹¹⁹³ Vid. ZANNONI, E., ‘Responsabilidad por productos elaborados’, en *“Seguros y Responsabilidad Civil”*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 275.

Es común en las organizaciones empresariales modernas, que parte de la producción se encargue a otro productor. Suele designarse este fenómeno, coloquialmente, como contratos de maquila o subcontratos de producción, donde hay un productor comitente o mandante, quien le encarga a otro productor, el cometido, la fabricación de sus productos.

Pues bien, la doctrina entiende que el productor cometido responde al alero de la Directiva 85/374 y del TR, sin que pueda exonerarse de responsabilidad, mediante la excusa de apuntar a su mandante o comitente, como verdadero productor. Por el contrario, él responde del defecto del producto directamente, como productor del producto final.

En nuestra opinión, sólo en el caso en que el defecto del producto se debiera a erróneas instrucciones del comitente u otra situación de similar naturaleza, que explicasen la aparición del defecto, la responsabilidad podría ser compartida entre el productor cometido y el productor comitente¹¹⁹⁴; o bien, ser por entero responsabilidad del productor comitente, según las circunstancias, aplicando las reglas de los artículos 7.f) de la Directiva 85/374 y 140.2 del TR.

Ahora bien, si el productor comitente pone su marca, razón social, logo o signos distintivos en el producto para comercializarlo, estaríamos frente a un productor aparente y, por tanto, pasible de responsabilidad conforme a esta legislación especial, según tuvimos oportunidad de analizar con precedencia.¹¹⁹⁵

4.4.11.- El consumidor que manda elaborar bienes conforme determinadas especificaciones.

Nos parece que un consumidor podría ser considerado como productor, a los efectos de la Directiva 85/374, si al pretender construir un producto, sea un producto final o uno que está destinado a ser parte integrante de otro, lo encarga a un tercero entregándole instrucciones y especificaciones determinadas para su fabricación o ensamblaje.

Desde luego, esta hipótesis admite una primera respuesta muy obvia, consistente en que este consumidor no pierde su calidad de tal por el sólo hecho de encargar la elaboración de un bien bajo ciertas instrucciones. De hecho, faltaría en este supuesto la nota de profesionalidad o de actividad empresarial que exige la Directiva 85/374 para estar frente a un productor. Sin embargo, sofisticando este

¹¹⁹⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 110.

¹¹⁹⁵ Vid. *supra* apartado 4.3.1.- El productor aparente / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

ejercicio, del análisis de las definiciones de consumidor y de bienes elaborados conforme a las especificaciones dadas por un consumidor, contenidas en la Directiva 83/2011, nos parece que pudiera generarse un caso en que este consumidor que encarga la fabricación de un bien bajo determinadas especificaciones sí puede ser considerado como un productor. Desde luego, se requieren ciertas condiciones o circunstancias para que esta hipótesis se verifique, que iremos comentando enseguida.

En efecto, la Directiva 83/2011 define consumidor en su artículo 2 número 1) como *"...toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva¹¹⁹⁶, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión"*, definición que nos obliga a poner cuidado en las expresiones *"...con un propósito ajeno a su actividad..."*, pues permite columbrar la posibilidad de que existan actos de consumo amparados por contratos con doble finalidad o mixtos, en que el consumidor en realidad se desdobra, pues detenta al mismo tiempo la calidad de consumidor y de comerciante, precisando el Considerando 17º de esta Directiva que para discernir si estamos o no frente a un consumidor en los contratos con doble finalidad, es necesario distinguir si su objeto se relaciona o no con la actividad comercial del sujeto o, si por el contrario, esa relación es tan limitada o tenue que no predomina en el contexto general del contrato. Por ende, se puede concluir que hay actos de consumo en que si bien el consumidor no pierde su carácter de tal, es posible concebir que también tiene un rol comercial o económico.

Enseguida, el numeral 4 del artículo 2 de la directriz en cita, define lo que se entiende por bienes elaborados conforme a las especificaciones de un consumidor como *"...aquellos bienes no prefabricados para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor."* De modo que si entendemos que el consumidor en ciertos casos realiza actividades que además de consumo son de intermediación para él, y asumiendo que en tales casos se trata de una actividad no esporádica -aunque tampoco industrializada-, como podría ser la fabricación y venta de un vehículo terrestre de tracción a vela, que construye para él, que emplea un tiempo y que luego decide vender (es decir, lo pone en el mercado), repitiendo este esquema cada tanto para ir perfeccionando su trineo de viento y obtener alguna ganancia, empieza a surgir un germen de duda sobre su eventual calidad de productor, pues en una figura como la descrita, es plausible vislumbrar la existencia de una cierta organización de medios de producción, con la cual se lucra por el organizador y controlador de esta actividad. Si a ello le sumamos que alguno de estos trineos de viento portan un defecto de diseño o de

¹¹⁹⁶ El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 83/2011, explicita que el ámbito de aplicación de esta norma comunitaria son *"...los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor..., ...los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual."*

fabricación, que luego devienen en un daño para sus posteriores adquirentes o usuarios, pareciera ser que concurren todos los elementos estructurales de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, pues estamos ante un producto defectuoso, es puesto en circulación, se produce un daño (por ende hay un perjudicado distinto al consumidor) y existe un agente económico, aunque sea a nivel muy básico e independientemente de su categorización como formal o informal, que obtiene una ganancia con su actividad empresarial o semi-empresarial. Todo lo cual, nos parece, justifica suficientemente la aplicación de la tesis del riesgo creado o la del riesgo de empresa.

De hecho, un supuesto como el descrito no es tan inusual en estos tiempos, pues existen un sinnúmero de pasatiempos que en algún momento se transforman en un negocio o emprendimiento. Pensemos, por ejemplo, en los *tunning* de automóviles y motocicletas, la construcción y/o adaptación de embarcaciones de remo o vela, la construcción de ultralivianos y alas delta, etcétera. De ahí que resulte interesante ponderar si además de las posibilidades de intentar una acción resarcitoria por responsabilidad contractual o extracontractual, según las circunstancias concomitantes, sea posible enderezar una demanda en un caso como este invocando la calidad de productor y bajo este sistema especial de responsabilidad. Nuestra opinión es que ello es viable, como queda indicado.

4.5.- La responsabilidad del productor (final) frente a un defecto de una parte integrante o de una materia prima que se incorpora o integra al producto terminado.

Sólo al productor de una parte integrante y se debe entender que también al productor de una materia prima¹¹⁹⁷, le es permitido exonerarse demostrando que el defecto del producto terminado es ajeno a su intervención, por ser "*...imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto*", dispone el artículo 140.2 del TR. *Ratio legis* que no es sino reiteración del artículo 7.f) de la Directiva 85/374.¹¹⁹⁸

En cambio, el productor final responde, en palabras de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, "*...por cualquier defecto de dicho producto, incluidos los que puedan derivar de su presentación (envases, envoltorios, elementos de protección), siempre que dicha presentación sea la utilizada por él para su puesta en circulación.*"¹¹⁹⁹ También responde de los daños que tienen su origen en un defecto de la materia prima o de

¹¹⁹⁷ Se formula esta precisión, pues si bien el TR no lo incluye, tal omisión podría obedecer a la conocida exclusión inicial de las materias primas del ámbito de aplicación de esta legislación especial.

¹¹⁹⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.f). "*o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.*"

¹¹⁹⁹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento*", en EC, n° 34, 1995, págs. 126-127.

una parte integrante del producto acabado, según lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de las AP.

Nótese que en el caso de una parte componente o materia prima defectuosa, nos encontramos ante bienes muebles unidos o incorporados a un producto final, al que contaminan, haciéndolo defectuoso y que son la causa precisa del daño sufrido por el perjudicado. En este caso, el productor del producto terminado es responsable, pues siempre tiene la obligación de controlar y supervisar las partes componentes o materias primas que utiliza en sus productos, con el fin de evitar daños a sus usuarios o consumidores. Es así como la SAP de Cantabria, de 19 de junio de 2002¹²⁰⁰, se pronuncia por condenar al productor final -la empresa *INDELEVA*-, por un defecto imputado a una parte integrante de su producto. Se trataba de una plataforma cuya rotura causó diversas lesiones a los trabajadores que cayeron de ella, mientras reparaban la fachada de un edificio. El recurso de apelación que interpuso la empresa demandada, entre otros argumentos, sostiene que la falta de resistencia de la referida plataforma tenía su origen en un defecto de fabricación de la orejeta que servía de enganche entre sus dos módulos centrales, orejeta defectuosa que le había suministrado un tercero y que ella se había limitado a incorporar a su producto, en un evidente intento de eximirse de responsabilidad. La AP de Cantabria no dudó en rechazar tal alegato, pues con independencia de que la orejeta fuese fabricada por un tercero, concluyó que *"...no por ello se elude el concepto de fabricante de producto terminado que tiene la apelante..."*, ya que se acreditó que la demandada llevaba a cabo *"...el proceso de realización final de las plataformas, a partir de los diferentes elementos suministrados, por lo que tiene la consideración de fabricante del producto final. Ni siquiera puede advertirse que, en su caso, la existencia del defecto en el producto sea responsabilidad única y exclusiva del particular fabricante del elemento..."*, pues *"...el producto final está sometido al proceso de transformación y control en todos sus elementos de la sociedad fabricante de las plataformas. Ésta es la que dirige y supervisa la integración y resultado de los diferentes elementos..."* y, *"...por tanto, igualmente a la misma incumbe el control del acabado final del producto terminado que introduce en el mercado."*

En el mismo sentido resuelve la SAP de Barcelona, de 9 de mayo de 2002¹²⁰¹, que condena al productor final de una embarcación de recreo que adolecía de un defecto de fabricación. Para arribar a su convicción condenatoria, el juzgador recuerda que la derogada LPD consideraba fabricante -léase productor-, entre otras hipótesis, al de un producto terminado, vale decir, la embarcación acabada, a efectos de lo cual, realza que la demandada construyó el producto en su fábrica de Italia, ensamblando los distintos elementos que lo componen y, en consecuencia, *"...con independencia de la responsabilidad imputable al fabricante de cualquier"*

¹²⁰⁰ Vid. JUR 2002212110.

¹²⁰¹ Vid. JUR 2002269162.

elemento integrado en el producto terminado, no puede aquél excusar su responsabilidad por el producto terminado." A mayor abundamiento, la SAP de Granada, de 12 de febrero de 2000¹²⁰², reitera estas nociones, al no permitir al productor exculparse alegando que el defecto nacía de un componente del producto final, haciéndolo responsable de las lesiones sufridas por una menor al tomar un refresco, por un defecto del tapón de rosca de su envase. Y, con el mismo criterio, se pronuncia la SAP de Barcelona, de 9 mayo de 2002¹²⁰³, las SAPS de Zaragoza, de 10 febrero y de 16 de septiembre de 2004¹²⁰⁴, la SAP de La Coruña, de 25 de abril de 2006¹²⁰⁵ y la SAP de Madrid, de 17 marzo de 2009.¹²⁰⁶

Es decir, el productor del producto terminado no puede liberarse de responsabilidad probando que el defecto es imputable a alguna de las partes integrantes o a la materia prima con que ha sido confeccionado. De hecho, el mencionado artículo 7.f) de la norma Comunitaria, no le concede este derecho a exonerarse de responsabilidad, como tampoco lo hace el artículo 140 del TR y si se analizan las letras b) de ambos artículos¹²⁰⁷, que establecen la exención de responsabilidad del productor si prueba que, acorde las circunstancias del caso, sea probable que el defecto que causó el daño - o sea posible presumirlo- no existía al momento en que él puso el producto en circulación, es dable concluir, a *contrario sensu*, que el productor final sigue siendo responsable de los defectos existentes en el producto que pone en circulación, aun cuando el defecto provenga del producto componente o de una materia prima.

Según la doctrina, hay varias razones que explican este trato dispar del legislador. Por lo pronto: (i) el productor del producto terminado es quien pone el producto en circulación; (ii) el producto ya adolecía del defecto al momento de ser introducido en el mercado, por mucho que fuera a causa de la parte integrante o de la materia prima incorporada al mismo; (iii) el productor final es quien tuvo el control sobre el producto y pudo modificarlo para evitar el defecto; y (iv) de no haber sido causante del defecto que originó el daño, el productor final goza de una acción de repetición en contra del verdadero responsable, por los montos que haya debido pagar al perjudicado.

4.6.- Responsabilidad solidaria de los sujetos responsables por productos defectuosos.

¹²⁰² Vid. AC 2000\851.

¹²⁰³ Vid. JUR 2002269162.

¹²⁰⁴ Vid. JUR 200492259 y JUR 2004262357 respectivamente.

¹²⁰⁵ Vid. JUR 2006/152372.

¹²⁰⁶ Vid. JUR 2009249156.

¹²⁰⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.b). "*o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;...*". / TR, artículo 140.b). "*Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.*"

Como vimos con antelación, la Directiva 85/374 establece un sistema objetivo de responsabilidad para el productor, al decir su artículo 1 que *“El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.”* Pero además, da cuenta de la existencia de una serie de sujetos que se equiparan a la figura central del productor, lo que genera una consecuencia bastante clara: frente a un daño causado por un producto defectuoso, no sería extraño ni infrecuente encontrar varios posibles responsables ante el perjudicado. El artículo 5 de la Directiva 85/374 regula ésta situación, imponiendo la solidaridad entre todos estos potenciales obligados¹²⁰⁸, solución que brinda al perjudicado la mejor garantía de ser real y efectivamente indemnizado de todo daño sufrido, al tiempo que simplifica el ejercicio de la acción indemnizatoria, pues le basta emplazar a cualquiera de los codeudores solidarios. Dispone expresamente el artículo 5 de la Directiva 85/374: *“Si en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir.”* La misma regla de solidaridad consagra el artículo 132 del TR, que dispone: *“Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño.”* Esta responsabilidad solidaria busca hacer efectiva la protección del perjudicado, según lee el Considerando 5º de la Directiva 85/374, disponiendo que *“...en aquellos casos en que varias personas fueran responsables del mismo daño, la protección del consumidor exige que el perjudicado pueda reclamarle a cualquiera de ellas la reparación íntegra del daño causado...”*¹²⁰⁹, permitiéndole optar por dirigir su acción contra alguno o conjuntamente contra varios o contra todos los responsables¹²¹⁰ y, por cierto, elegir al más solvente de ellos, reclamándole la totalidad del pago indemnizatorio.¹²¹¹

Recordemos que, en general, se define obligación solidaria como *“...aquellas en que existiendo pluralidad de sujetos, cada acreedor puede demandar el total adeudado y cada deudor está obligado al pago del total de la obligación, siendo uno solo el objeto*

¹²⁰⁸ A modo ejemplar, esta responsabilidad solidaria podía tener lugar entre: el productor y el importador Comunitario; el productor real y el productor aparente; el productor final de un producto terminado y el de alguna de sus partes integrantes; el productor final de un producto y el productor de la materia prima que se le ha integrado; el productor y el ensamblador; el productor y el proveedor; el productor que facilita el producto a sabiendas de la existencia del defecto; etcétera.

¹²⁰⁹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 5º. *“Considerando que, en aquellos casos en que varias personas fueran responsables del mismo daño, la protección del consumidor exige que el perjudicado pueda reclamarle a cualquiera de ellas la reparación íntegra del daño causado;...”*

¹²¹⁰ Que recordemos están señalados en los artículos 3 de la Directiva 85/374 y 5 y 138 del TR.

¹²¹¹ Vid. SOTO NIETO, F., *“La dinámica de la obligación in solidum”*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1220, 1980; *“Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva”*, en Revista de Derecho Privado, 1980; *“La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias”*, Montecorvo, Madrid, 1982; VAZQUEZ DE CASTRO, J. M., *“Notas típicas de la solidaridad”*, Revista de Derecho Español e Iberoamericano, 1959; PUIG I FERRIOL, L., *‘Régimen jurídico de la solidaridad de deudores’*, en *“Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre”*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976; MONTES, A. C., *“Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil”*, Bosch, Barcelona, 1985.

debido".¹²¹² La doctrina mayoritaria plantea que su "...fundamento radica en la existencia por una parte, de muchos deudores, y por otra, de una deuda única, de modo que el vínculo es múltiple porque son varios los deudores; pero la unidad de la deuda, la unidad de la cosa debida, los hace aparecer a todos, frente al acreedor, como si fuera un solo deudor."¹²¹³ A diferencia de lo que sucede con la solidaridad activa, expresa LARRAIN, la importancia de la solidaridad pasiva es crucial para la vida comercial en estos tiempos, tanto que, a estas alturas "...los Códigos modernos la establecen como regla general, siempre que se obligan conjuntamente dos o más personas."¹²¹⁴ El principio *pro damnato* que inspira el régimen de solidaridad, como se ve, intenta simplificar al perjudicado el ejercicio de su acción judicial reparatoria, pues no le es preciso determinar en qué medida ha contribuido cada responsable a causar el daño, para señalar la cantidad que corresponda indemnizar a cada uno, ya que los puede emplazar solidariamente por todo perjuicio sufrido. Conviene resaltar que esta responsabilidad solidaria no significa responsabilidad complementaria o adicional, pues el resarcimiento íntegro es el límite indemnizatorio al que puede aspirar al perjudicado, no siéndole permitido instar por una pluralidad de indemnizaciones, esto es, tantas indemnizaciones como sujetos responsables solidarios existan.

Si comparamos este precepto del artículo 132 del TR¹²¹⁵ con el primitivo artículo 7 de la derogada LPD, que leía: "*Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente*", la primera conclusión a que arribamos, es que su ámbito de aplicación no está circunscrito únicamente al campo de los daños causados por productos defectuosos, pues ahora se extiende también al de los servicios defectuosos, lo que explica que se haya reemplazado la frase "*por aplicación de la presente Ley*" que aludía a los sujetos que la derogada LPD definía como responsables, por la frase "*por aplicación de este libro*" que contempla el artículo 132 del TR, para referirse a los sujetos responsables.

Para CAVANILLAS es un acierto que este artículo 132 del TR haya quedado incluido dentro de las disposiciones comunes a la responsabilidad por productos y por otros bienes y servicios¹²¹⁶, ya que la regla de solidaridad en todos esos casos aparecía recogida tanto en el derogado artículo 7 de la LPD, como en el artículo 27.2 de la LGDCU.¹²¹⁷ Con todo, es irrefutable que esta regulación única de

¹²¹² Vid. LARRAIN RIOS, H., "*Teoría general de las obligaciones*", LexisNexis Conosur, Santiago, 2002, pág. 29.

¹²¹³ Vid. LARRAIN RIOS, H., "*Teoría general de las obligaciones*", LexisNexis Conosur, Santiago, 2002, pág. 165.

¹²¹⁴ Vid. LARRAIN RIOS, H., "*Teoría general de las obligaciones*", LexisNexis Conosur, Santiago, 2002, pág. 165.

¹²¹⁵ Vid. TR, artículo 132. "*Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño.*"

¹²¹⁶ Este artículo 132 se ubica en el Título I del Libro Tercero del TR, sobre "*Disposiciones comunes en materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos.*"

¹²¹⁷ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "*El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*", en AC, núm. 1, 2008, pág. 45.

responsabilidad solidaria de productores y prestadores de servicios, generará una serie de problemas prácticos y distorsiones, como advierte desde ya GOMEZ LIGÜERRE.¹²¹⁸

El derogado artículo 7 de la LPD establecía esta misma responsabilidad solidaria, lo que en su momento, en opinión de FERNANDEZ ROMO, vino a representar matices novedosos, pues el perjudicado tenía la posibilidad, como sujeto activo, de elegir contra quién dirigir su acción resarcitoria "*...dentro de la cadena, es decir, puede reclamar a cualquiera de los sujetos..., en virtud del principio de la solidaridad, de manera, que es evidente, que en un mayor desarrollo de los preceptos de esta Ley, ese sujeto pasivo al que se va a reclamar será, sin duda, el que goce de mayor solvencia y poder económico...*"¹²¹⁹, comentario que -entendemos-, podemos repetir pacíficamente respecto del texto actual del artículo 132 del TR.

Esta regla de solidaridad persigue brindar una mejor protección al perjudicado, pues, en resumen: (i) simplifica el ejercicio de la acción judicial¹²²⁰; (ii) le facilita elegir entre los posibles responsables, al más solvente; (iii) hace factible demandar al responsable con más peculio, el pago íntegro de la indemnización de sus perjuicios; (iv) al ser solidarios los responsables, no es necesario establecer la contribución de cada sujeto en el daño, para determinar el monto de la indemnización que toca a cada uno en favor del perjudicado, lo que obviamente es una facilidad de cara al litigio indemnizatorio.

Entre los numerosos fallos que han sancionado la responsabilidad solidaria de los responsables en materia de productos defectuosos, cabe mencionar los siguientes: la SAP de Pontevedra, de 15 de septiembre de 2005¹²²¹; la SAP de Madrid, de 23 de enero de 2006¹²²²; la SAP de Granada, de 31 de marzo de 2006¹²²³; la SAP de Baleares, de 28 de diciembre de 2006¹²²⁴; la SAP de Barcelona, de 29 de noviembre de 2004¹²²⁵; la SAP de Zaragoza, de 1 de abril de 2009.¹²²⁶

La implementación de una solución de solidaridad pasiva en la Directiva 85/374, no es compartida unánimemente por la doctrina. Para BERCOVITZ RODRIGUEZ-

¹²¹⁸ Vid. GOMEZ LIGÜERRE, C., "Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos", en RDP, julio-agosto, 2009, págs. 49 y ss.

¹²¹⁹ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "La responsabilidad civil del producto", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 69.

¹²²⁰ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985', en "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 270.

¹²²¹ Vid. JUR 2006/25241.

¹²²² Vid. JUR 2006/93342.

¹²²³ Vid. JUR 2006/184688.

¹²²⁴ Vid. AC 2007/155.

¹²²⁵ Vid. AC 2004/2017.

¹²²⁶ Vid. JUR 2009221249.

CANO, es una solución adecuada.¹²²⁷ Pero ALCOVER, en cambio, se plantean dudas sobre su pertinencia, sobre todo por las dificultades que importa aplicar en un sistema de responsabilidad objetiva, que es ajeno a la tradición del Derecho común, las cuotas de responsabilidad de los codeudores en la faz interna de su relación, al intentar asignar y distribuir la contribución en la indemnización debida entre los diversos responsables objetivos.¹²²⁸

Por último, esta solidaridad pasiva se complementa con un derecho de repetición en favor de quien haya indemnizado al perjudicado, cuya regulación queda entregada a las soluciones que al afecto contemplan las legislaciones domésticas de cada Estado miembro de la UE, conforme lee el citado artículo 5 de la Directiva 85/374, lo que también se plasma en el artículo 132 del TR, norma de actuación de la citada Directiva¹²²⁹, en evitación de desequilibrios entre los agentes de la cadena de valor, pues en la acción de reintegro si será necesario identificar a los culpables del defecto que ha causado el daño que originó la obligación de resarcir y definir su contribución en la indemnización. Es decir, una vez pagada la totalidad de la obligación solidaria, ella se extingue, así como la solidaridad. Sin embargo, como toda la contribución a la obligación indemnizatoria no debe ser soportada exclusivamente por el codeudor que pagó, sino por todos aquellos codeudores que tenían interés en ella, se concede al codeudor que pagó una acción de reintegro o reembolso, para perseguir de los demás codeudores la cuota que a cada uno correspondía. En el caso español, ese derecho está recogido en el artículo 1145 del CC, para todos los casos de obligaciones con solidaridad pasiva.¹²³⁰

Sobre este tema volveremos en la Parte III de este trabajo, a propósito de los casos en que es el proveedor quien paga la indemnización de perjuicios del perjudicado por un producto defectuoso, para determinar cómo opera la acción de reembolso en comento.

5.- El Perjudicado.

5.1.- Algunas reflexiones sobre el sujeto protegido por la Directiva 85/374 y por el TR.

¹²²⁷ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985", en EC, nº 7, 1986, págs. 106 y ss.

¹²²⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 112.

¹²²⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 5. "Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir." / TR, artículo 132. "Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño."

¹²³⁰ Según señala el artículo 1145 del CC, el demandado solidario que pague, puede reclamar de los demás codeudores la parte o cuota que les corresponda en la causación del daño. Y si no es posible determinar la responsabilidad de cada uno de los sujetos solidarios, la contribución al reembolso se prorratea en partes iguales, conforme lo dispone el artículo 1138 del CC.

La Directiva 85/374 y el TR dispensan su protección a cualquier persona que haya padecido un daño a causa de un producto defectuoso, sin distinguir si se trata del adquirente del producto, del consumidor, del usuario, de un tercero e, incluso, si es quien sufre un daño por hallarse próximo al producto defectuoso, esto es, el llamado *bystander*¹²³¹, por cuanto, sintetiza MARCO, se protege "...a cualquier individuo que, aun sin haber llegado usar aquél, pueda verse alcanzado por su onda expansiva...".¹²³² Es decir, se le dispensa protección "...incluso si sufre el daño al margen del consumo..." expresa RODRIGUEZ LLAMAS.¹²³³ Por su parte, RODRIGUEZ CARRION, confirmando esta aseveración, apunta que este régimen especial no protege únicamente a los consumidores finales, "...sino a cualquier perjudicado por los daños referidos., ...por tratarse de personas que, sin ser destinatarios finales, adquieren, utilizan o consumen bienes o servicios."¹²³⁴

Por ello la norma Comunitaria emplea constantemente la voz perjudicado para referirse al sujeto activo de la regulación que implementa, en un afán evidente de ampliar la aplicación de éstas normas a quien sea que sufra un daño por un producto defectuoso, pues ese sujeto es quien configura el elemento subjetivo activo, o si se quiere, el legitimado activo, que en su condición de víctima, queda titulado para reclamar las indemnizaciones por perjuicios por daños causados por productos defectuosos regulados por esta nomenclatura especial. Ello no es fruto del azar, pues se ha querido dispensar una protección integral de cara a los daños por productos, execrando todo distingo que aliente la diferenciación entre consumidores contratantes y no contratantes, sedes de responsabilidad contractual y extracontractual y otras odiosas diferenciaciones que en el pasado tuvieron lugar en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que sólo redundaron en desprotección para las víctimas de esta clase de perjuicios.

La finalidad esencial perseguida por la Directiva 85/374 al conceptualizar a este sujeto activo en términos amplios, fue evitar la injusticia de que fuese el desafortunado que sufría el perjuicio, quien tuviese que soportar individualmente el daño causado por un producto defectuoso. Se le quiso poner, ante todo, a cubierto de los daños y lesiones físicas y sólo por extensión, repararle el daño en

¹²³¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 82. En sentido contrario opinan ROJO y CRESPO, entre otros, pues entienden que en cualquier caso obtendría protección como perjudicado la víctima de un daño causado por un producto defectuoso, sin necesidad de acudir a la figura del *bystander*. Vid ROJO FERNANDEZ-RIO, A., 'La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE', en *"Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor"*, coord. por FONT GALAN, J., LOPEZ MENUDO, F., Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pág. 151; CRESPO PARRA, G., *"La responsabilidad del fabricante español por daños transfronterizos"*, en EC, n° 31, 1994, pág. 330.

¹²³² Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 103.

¹²³³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 74.

¹²³⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 41.

sus bienes de uso personal y en aquellos de uso mixto, esto es, personal y profesional, siempre que hayan sido principalmente destinados a un uso privado.

5.2.- Definición de perjudicado.

El perjudicado no está definido especialmente en la Directiva 85/374 ni en el TR, salvo por una referencia general a quien sufre el daño o menoscabo causado por el defecto de un producto. GUTIERREZ SANTIAGO destaca que la derogada LPD, tampoco indicaba a quién se protegía, pues se limitaba a establecer que los productores y los sujetos equiparados a él, debían responder de los daños causados por los defectos de sus productos, pero sin especificar en favor de quién, debiendo entenderse -nos dice esta autora- que *"...se parte, pues, de un principio de protección universalista que ofrece cobertura a todas las víctimas; lo cual no empecé para que, en la práctica, tengan a menudo aquéllas la cualidad de consumidores del producto defectuoso, ni para que en relación con determinada clase de daños... sea obligada en el perjudicado la condición de consumidor (del bien dañado)."*¹²³⁵

Volviendo a la Directiva 85/374, ocurre que en su artículo 4¹²³⁶ se institucionaliza el deber probatorio en caso de una reclamación por daños causados por el defecto de un producto, pues el perjudicado que insta por una indemnización de perjuicios queda obligado a demostrar: (i) su propio daño; (ii) la condición defectuosa del producto en cuestión; y, (iii) el nexo causal que conecta el daño alegado, con el defecto de que se trate.¹²³⁷ El TR, en su artículo 139¹²³⁸, no hace más que reproducir el concepto del artículo 4 de la Directriz Comunitaria. Sin embargo, para LUCEA la importancia de esta regulación no está determinada exclusivamente por conformar el presupuesto procesal recién comentado, sino porque *"...evidencia fundamentalmente la aparición de la figura del consumidor (si bien con otra denominación) que adquiere capacidad de accionar contra el fabricante con independencia de si existe o no título jurídico de naturaleza obligacional entre ambos..."*.¹²³⁹ Entonces, la importancia de estos artículos, desde el ángulo subjetivo de esta legislación especial, está dada por cuanto la figura del consumidor, ahora con la denominación de perjudicado, adquiere capacidad jurídica o legitimación activa para accionar contra el productor, con total independencia de la existencia o inexistencia de algún título jurídico de naturaleza obligacional o contractual entre ambos, ya que la simple situación de haber estado en contacto o relación con el

¹²³⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 308.

¹²³⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 4. *"El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño."*

¹²³⁷ Vale decir, quién, en carácter de perjudicado desee instar por una reclamación por daños causados por productos defectuosos, soporta el peso o carga de la prueba, en el sentido de tener que acreditar los supuestos que se indican, para que pueda prosperar su demanda.

¹²³⁸ Vid. TR, artículo 139. *"Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."*

¹²³⁹ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 23.

producto, a cualquier título, le habilita para demandar un resarcimiento por los daños causados por los defectos que el producto pudiera portar.

En la misma línea, la SAP de Vizcaya, de 22 de mayo de 2001¹²⁴⁰, destaca que esta legislación especial no es exclusiva de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, sino que protege por igual a quienes lo son y quienes no lo son. A mayor abundamiento, la SAP de Almería, de 31 mayo 2005¹²⁴¹, dispone que la protección que brinda esta nomenclatura especial opera en favor de la víctima, con independencia de que coincida o no con quien adquiere el producto. Entendemos que esta doctrina, así como la jurisprudencia citada, no hacen sino reflejar el principio absoluto de proteger por la vía del resarcimiento al perjudicado por un daño generado por un producto defectuoso, predicamentos todos que podemos reiterar sin ningún problema respecto del TR, que tampoco define al perjudicado, pese a que lo nombra innumerables veces. Y ello, por cuanto el principio básico que asienta el TR en su artículo 135¹²⁴², es que el productor responde por el daño causado por sus productos defectuosos, obligación que se traduce en la indemnización que debe al perjudicado, pues, a este último, el artículo 139 del TR¹²⁴³ le pone la carga de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, si es que desea ser resarcido, de lo que se sigue -sin mucho esfuerzo- que perjudicado es el dañado por el producto defectuoso y como dice TORRALBA, "...con independencia de que se tenga o no la condición de consumidores en sentido estricto..."¹²⁴⁴, pues el TR no lo limita.

En buenas cuentas, perjudicado puede ser cualquiera que use, goce, consuma o este cerca del producto defectuoso y a raíz de ello, resulte dañado. O si se quiere, cualquier sujeto que haya sufrido un daño a causa del uso, consumo o cercanía (*bystander*) con un producto defectuoso, incluso, nos dice DE LA VEGA, cualquier persona que sufra daños¹²⁴⁵ como consecuencia del uso o consumo que realice otra persona del producto defectuoso, cuál sería el caso de una recién nacido con malformaciones causadas por un remedio consumido por su madre durante el período de gestación, como ocurrió con el tristemente célebre DES¹²⁴⁶; o, en opinión de JIMENEZ LIEBANA, un no consumidor cualquiera.¹²⁴⁷ Por ello, el párrafo 5 de la EM de la derogada LPD, lo denominaba sujeto protegido, principio

¹²⁴⁰ Vid. AC 2001/1933.

¹²⁴¹ Vid. JUR 2005/225345.

¹²⁴² Vid. TR, artículo 135. "*Principio general. Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen.*"

¹²⁴³ Vid. TR, artículo 139. "*Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.*"

¹²⁴⁴ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., "*La Responsabilidad del Fabricante*", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 214.

¹²⁴⁵ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., "*Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*", Civitas, Madrid, 1998, pág. 102.

¹²⁴⁶ Vid. SKLAW, H., "*Responsabilità per danni da prodotti difettosi in USA: caso DES*", Temi Romana, nº 1-2, Germania-Giugno, 1989.

¹²⁴⁷ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., "*Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*", McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 288.

tutelar que nos parece plenamente vigente, pues el perjudicado, en buenas cuentas, es el sujeto protegido por esta nomenclatura especial.

Para ALCOVER, de la definición de daño que consagra el artículo 9 de la Directiva 85/374¹²⁴⁸, debe extraerse el concepto de perjudicado, en cuanto es posible deducir el círculo de personas protegidas por el texto Comunitario.¹²⁴⁹ De la exégesis de esta disposición, surge la unívoca conclusión que se protege a toda persona por los daños personales que puedan haber experimentado, sea que se trate del adquirente, o de quien realiza una actividad de consumo empresarial o profesional, a cualquiera que utilice o use el producto e incluso a quien sufre un daño por hallarse próximo a éste. Y sólo se protege a las personas por los daños materiales, si realizan una actividad de consumo privado, con bienes de esa clase. Consistente con esta interpretación, GUTIERREZ SANTIAGO asevera que el ámbito subjetivo de tutela *"...no se circunscribe a los consumidores, sino que, también en principio, abarca a cualquier perjudicado."*¹²⁵⁰

Siempre en opinión de ALCOVER, *"...parece que la protección tan solo se ofrece a las personas físicas, ya que las jurídicas no pueden obviamente sufrir daños personales y en principio puede estimarse que no realizan consumo privado aunque la imprecisión de este término no permite pronunciamientos definitivos..."*¹²⁵¹, comentario que nos parece acertado, pues la realidad comercial nos muestra que, cada día más, hay relaciones de consumo en que la parte débil es una persona jurídica, caso en el cual, ellas pueden reclamar para sí la condición de consumidores y si bien no pueden resultar muertas ni lesionadas, todavía les quedan otros ámbitos de daños que si pueden sufrir y que están cubiertos por esta legislación especial, pues no se divisa motivo para excluirlos de su cobertura, sólo por ser una persona moral.

Nótese, por último, que muchas veces se emplean las palabras perjudicado y víctima por la doctrina y la jurisprudencia como sinónimos, aunque en puridad no lo son, pues puede acontecer que ambas cualidades no siempre concurren en la misma persona. Piénsese en el caso de fallecimiento de la víctima, donde los perjudicados pueden ser sus deudos. De ahí que la Directiva 85/374 y el TR

¹²⁴⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 9. *"A los efectos del artículo 1, se entiende por daños: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados.."* Nótese que el artículo 135 del TR, establece el principio general de que el productor responde de los daños causados por los defectos de los productos que fabrique o importe y el artículo 142 del mismo texto, se limita a decir que no son indemnizables los daños materiales en el propio producto, sin dar definición especial alguna de la voz daño que emplea en sus enunciados normativos.

¹²⁴⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 82.

¹²⁵⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 307.

¹²⁵¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 82.

empleen la voz perjudicado con un afán de precisión y rigor conceptual totalmente justificado.

5.3.- El concepto de perjudicado y su relación con la noción de consumidor.

Una primera impresión podría conducirnos a pensar que el sujeto activo de esta nomenclatura especial es el consumidor. Sin embargo, no es así, pues, precisamente, en aras de lograr una protección amplia del fenómeno dañoso causado por productos defectuosos, se habla en la Directiva 85/374 y en el TR de perjudicado y no de consumidor, como hemos visto en el apartado anterior.

De hecho, la noción de consumidor final no es clara y ha recibido un variado tratamiento doctrinal.¹²⁵² Uno de los criterios más aceptados, es aquél que atiende al uso privado del bien, es decir, al destino que la persona le da a un producto. De ahí que ANDORNO señale que *"...se considera consumidor a quien, al contratar, quiere obtener un bien o un servicio con miras a satisfacer una necesidad personal o familiar, excluyendo por ende, una necesidad profesional..."*.¹²⁵³ De suerte que si el destino del bien es la satisfacción de sus necesidades privadas, familiares o domésticas, con independencia que se trate de una persona jurídica o de una persona natural, se trata de un consumidor final. En esa línea se inscribe la definición de consumidor del artículo 1.1 de la LPCch, que los caracteriza como: *"...las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios."* De esta definición se concluye, según MENANTEAU, que la protección legal que se dispensa al consumidor *"...tiene lugar en la fase terminal de la cadena; por lo que nunca podrá ser considerado consumidor la persona que compra para revender, o el componente o insumo necesario para una actividad industrial o comercial..."*¹²⁵⁴, admitiendo que esa persona puede ser natural -física- o jurídica. A su turno, el artículo 2 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, de 1990, en una fórmula precisa y breve, expresa que: *"Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final..."*, precepto a cuya luz queda claro que consumidor también puede ser una persona jurídica. Además, para una acabada comprensión de esta disposición, es útil aclarar que se entiende por destinatario final, que se define como aquél que adquiere, utiliza o disfruta bienes o productos para la satisfacción de necesidades personales o familiares, por lo que tales bienes quedan dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado.

¹²⁵² Ver *supra* apartado 2.- ¿Quién es consumidor? o ¿Cómo conceptualizar al consumidor? / Capítulo I EL CONSUMO Y LA PRODUCCION EN MASA, SELLOS DISTINTIVOS DE LA SOCIEDAD MODERNA Y FUENTES DE NUEVOS DAÑOS. LA PARADOJA DEL BIENESTAR SOCIAL, A COSTA DE PRODUCTOS PELIGROSOS Y DEFECTUOSOS / PARTE I.

¹²⁵³ Vid. ANDORNO, L., *"La protección del consumidor en el derecho francés"*, La Plata, 1984, pág. 11.

¹²⁵⁴ Vid. MENANTEAU HORTA, M., *"Manual de Derecho de Protección al Consumidor"*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2000, pág. 21.

Ahora bien, todas estas definiciones de consumidor o destinatario final presentan un grave problema, pues, en general, pareciera ser que consumidor es aquél que ha adquirido el producto a través de un título oneroso o negociable. En la práctica, esa también fue la interpretación histórica respecto de las relaciones de consumo en que se producían daños por productos defectuosos, exégesis que, según hemos señalado con anterioridad, dejó en la más flagrante indefensión a todos aquellos que sin tener un contrato traslativo de dominio o negocio jurídico con quien les entregó el producto defectuoso, sufrían daños a consecuencia de su uso o empleo.¹²⁵⁵ Como se sabe, la superación de esta situación de indefensión explota con un caso de la jurisprudencia norteamericana¹²⁵⁶, en el cual se estableció que era innecesario exigir un vínculo contractual para dispensar protección al perjudicado por un accidente de consumo. Nos referimos al caso *McPherson vs. Buick Motor Co.*¹²⁵⁷, cuyo fallo, nos recuerdan HIDALGO y OLAYA, “...supuso la ruptura con el principio de la necesidad de la existencia del vínculo contractual en el amparo de los intereses del usuario...”¹²⁵⁸; sentencia que claramente se inspira en la idea de dispensar una real protección a los consumidores, sobrevolando las amarras que hasta ese entonces suponían las exigencias de ligaduras contractuales para hacer efectiva la responsabilidad del productor de productos defectuosos.

Lo dicho debe ponderarse con atención, pues no siempre las legislaciones de consumo declaran el derecho a resarcimiento de los daños provocados por accidentes de consumo a favor de quienes no califican como consumidores. En el caso de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, hubo que esperar una larga evolución jurisprudencial y legislativa para hacer conciencia de la necesidad de proteger a cualquier persona que, en carácter no profesional, entre en contacto con un producto y resulte dañado. Así surgió el concepto de perjudicado, diferenciándose del de consumidor.

5.4.- ¿Pueden ser perjudicado para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR las personas jurídicas?

La Directiva 85/374 considera perjudicado a cualquier persona física que sufra un daño, incluso si no ha adquirido, usado o consumido el producto defectuoso. Así se

¹²⁵⁵ Vid. *supra* apartados 2.- La protección del consumidor como una expresión más de la tutela integral de la persona, es decir, como un derecho fundamental; 3.- El surgimiento del movimiento de protección del consumidor y la convicción de que era necesario contar con herramientas jurídicas que aseguraran su completo resarcimiento, frente a un daño de consumo / Capítulo II EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION / PARTE I; *supra* apartado 2.- El surgimiento del tópico de la responsabilidad por productos defectuosos / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹²⁵⁶ Vid. *supra* apartado 3.1.- La experiencia de Los Estados Unidos de Norteamérica / Capítulo II EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION / PARTE I; *supra* apartado 4.3.- Síntesis del camino recorrido para instaurar un sistema de *Strict Liability* en materia de productos defectuosos (*Product Liability*) / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

¹²⁵⁷ Vid. *MacPherson vs. Buick Motor Co.*, 217 NY 382, 111 NE 1050 (1916).

¹²⁵⁸ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., “*Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*”, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 274.

deduce de sus artículos 1 y 9, que no limitan, en modo alguno, las personas que hipotéticamente podrían ser considerados perjudicados.

De esta afirmación surge una pregunta: ¿Podrían considerarse perjudicados, a estos propósitos, las personas jurídicas? La respuesta es, hasta cierto punto, bastante clara. Si la persona jurídica usa o consume el producto causante del daño, no con motivo de una actividad empresarial o en verdad es un *bystander*, puede concluirse que están titulados para reclamar las indemnizaciones que conceden la Directiva 85/374 y el TR, aunque claro está, restringido a los daños materiales, pues los daños personales o corporales son imposibles y el daño moral, que cierta doctrina acepta para las personas jurídicas sin fines de lucro, está expresamente excluido de esta nomenclatura especial. De hecho y con las exclusiones expresadas, recordemos que las citadas definiciones de consumidor del artículo 1.1 de la LPCch y del artículo 2 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil antes referidas, consideran indudablemente a las personas jurídicas como consumidores.

Con todo, con una opinión contraria se anotan los BERCOVITZ, quienes advierten que si se piensa que el consumo protegido por la Directiva 85/374 es "*...el consumo individual de las personas físicas, no parece que, finalmente, exista margen alguno en la Directiva para la indemnización de una persona jurídica.*"¹²⁵⁹

5.5.- Situaciones borde, donde no queda claro si el dañado por un producto defectuoso es un consumidor -en sentido lato-, o un productor.

Pueden surgir casos limítrofes, en que la frontera entre consumidor en sentido lato y productor sean difusas. FERNANDEZ ROMO da un ejemplo que no es rebuscado y que grafica claramente este tipo de situaciones borde: apunta al caso de un producto que ha sido puesto en circulación, que en un momento dado requiere de la intervención de un tercero no consumidor en sentido estricto, como un operario de un servicio técnico, que al entrar en contacto con el producto resulta lesionado a raíz de un defecto que portaba el producto, sin que le sea atribuible ningún grado de negligencia en el daño sufrido.¹²⁶⁰ Simplemente la lesión es causada por el defecto del producto.

¿Es aplicable la nomenclatura especial de productos defectuosos en este caso? ¿Es consumidor en sentido amplio o usuario del producto este operario? La respuesta no es uniforme. Si se entiende que el operario es un usuario del producto o un consumidor en sentido lato, la conclusión es que resulta aplicable esta legislación especial. Si por el contrario, entendemos que la manipulación o uso del producto es en carácter profesional o empresarial -como un eslabón más de la cadena de

¹²⁵⁹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., "*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*", Tecnos, Madrid, 1987, págs. 274 y 275.

¹²⁶⁰ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "*La responsabilidad civil del producto*", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 72.

intermediarios del producto- y no un consumidor, angostando la extensión de este concepto, la conclusión es que no tiene cabida esta disciplina especial.

En nuestra opinión, en este caso debiera aplicarse esta legislación especial, pues el alcance vasto que se ha intentado dar a la figura del consumidor en la doctrina y en la jurisprudencia, así como el que en la Directiva 85/374 resulte protegido prácticamente cualquiera que entre en contacto con el producto, siempre que no sea un agente económico responsable según este mismo cuerpo normativo, parecen ser buenas razones para concluir que resulta pertinente acudir a este régimen especial. Sin embargo, debe quedar claro que se trata de un tópico discutible.

5.6.- ¿Quién no califica como perjudicado en la Directiva 85/374 y en el TR? No puede considerarse perjudicado por un daño causado por un producto defectuoso, según la Directiva 85/374 y el TR, a quien ha sufrido daños en bienes que se han introducido en un tráfico industrial o mercantil, casos en los que las reclamaciones por estos perjuicios quedan sometidas a las normas del Derecho común, al margen de ésta compilación especial.

5.7.- ¿Qué daños debe haber sufrido una persona para ser considerado perjudicado?

El artículo 9 de la Directiva 85/374¹²⁶¹ nos permite concluir que se protege a toda persona que realice una actividad de consumo que no sea empresarial o profesional¹²⁶², por los daños personales que pueda sufrir con ocasión de un producto defectuoso, excluidos los daños inmateriales. En cambio, en relación a los daños materiales, sólo se les protege por los que sufra respecto de bienes de consumo privado, reunidos ciertos requisitos legales que veremos en el Capítulo referido a los daños causados por productos defectuosos en la Parte II de este trabajo.¹²⁶³

6.- La puesta en circulación de un producto y su importancia en la Directiva 85/374 y en el TR.

6.1.- La puesta en circulación como condición de aplicabilidad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374.

¹²⁶¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 9. "A los efectos del artículo 1, se entiende por daños: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. / El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales."

¹²⁶² Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 312.

¹²⁶³ Vid. *infra* Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

El artículo 17 de la Directiva 85/374, establece que sólo estarán sometidos a este régimen especial, los productos que se pongan en circulación después de la entrada en vigor de las disposiciones de Derecho interno que desarrollen esta Directiva Comunitaria, para lo cual existía un plazo de 3 años a contar de su notificación, conforme indica el artículo 19 del texto Comunitario. Así se constata del aludido precepto, que instruye lo siguiente: *"La presente Directiva no se aplicará a aquellos productos que se pongan en circulación antes de la fecha en la que entren en vigor las disposiciones a que se refiere el artículo 19."*¹²⁶⁴

La importancia de este concepto estriba, según LARROUMET, en que la puesta en circulación de un producto enmarca su destino como objeto de consumo¹²⁶⁵, pues además de ser un producto fabril, inserto en una producción profesional, se transforma en un producto posible de consumir al decir de ALCOVER, que, por lo mismo, está en condiciones de llegar al consumidor y, por ende, de causarle daños de ser portador de un defecto.¹²⁶⁶ La misma conclusión opera en el Derecho norteamericano, desde el fallo del caso *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*¹²⁶⁷, que implantó la tesis de que el productor responde objetivamente de los daños causados por defectos de su producto, desde que pone el producto en el mercado, asumiendo o conociendo que el mismo va a ser usado o consumido y siempre que se pruebe que el producto adolecía de un defecto que causó el daño.

Ello explica que el productor sólo sea responsable si pone el producto en circulación y en ese momento el producto es defectuoso.¹²⁶⁸ Esto permite deducir, en opinión de ALCOVER, que el acto que gatilla la responsabilidad del productor *"...no es propiamente el de fabricación del producto defectuoso, sino el de su puesta en circulación."*¹²⁶⁹ Por ende, puede concluirse, según CONCEPCION RODRIGUEZ, que la puesta en circulación voluntaria del producto defectuoso, *"...constituye el eje alrededor del cual ha de girar el sistema de responsabilidad de la ley..."*, por lo que puede afirmarse que es *"...su introducción en el circuito comercial y no propiamente su fabricación, lo que determina que el fabricante responda..."*¹²⁷⁰ El mismo criterio se encuentra en el Derecho norteamericano, que declara que el productor es responsable si el producto es defectuoso al salir del ámbito de su control. Tal criterio generó algún inconveniente cuando el producto, antes de llegar al

¹²⁶⁴ El artículo 19 de la Directiva 85/374 dispone: *"Los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación e informarán de ello inmediatamente a la Comisión."*

¹²⁶⁵ Vid. LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 91 y ss.

¹²⁶⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptaciones al derecho español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 118.

¹²⁶⁷ Vid. *Greenman vs. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal.2d 57 (1963).

¹²⁶⁸ Vid. CORDERO CUTILLAS, I., *"La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en EC, n° 53, 2000.

¹²⁶⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 118.

¹²⁷⁰ Vid. CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *"Derecho de Daños"*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 429.

consumidor, había pasado por otros agentes intermediarios, es decir, había sido objeto de 2 o más puestas en circulación, sin que hubiese claridad acerca de quien introdujo el defecto en el producto. Es así como en el asunto *Friedman vs. General Motors Corp.*¹²⁷¹, el vendedor del vehículo, a la sazón concesionario de la compañía fabricante, manifestó que nunca había ajustado la transmisión del vehículo y, por su parte, el comprador señaló que jamás lo había hecho andar desde la posición *drive*, por lo que nunca pudo percatarse de la falla o defecto que generaba la aceleración de las ruedas del auto. En base a estos 2 testimonios, sumados a la regla *res ipsa loquitur*, se falló que el defecto existía al tiempo en que el producto dejó las manos del productor.¹²⁷² Visto así, es evidente que para la aplicación de este régimen especial no basta con que el producto sea defectuoso, pues es necesario que produzca un daño y ello sólo puede ocurrir si el producto defectuoso ha sido puesto en circulación, esto es, introducido voluntariamente al mercado por el productor.

Ahora bien, como hoy la mayoría de los productos se fabrican en serie, es relevante dilucidar si el momento de puesta en circulación debe vincularse o no a la puesta en circulación de la concreta unidad causante del daño. La opinión mayoritaria de la doctrina coincide en que ése es el momento decisivo, pues *"...optar por un criterio distinto y centrar la atención en el momento de puesta en circulación, bien del primer ejemplar de la serie, bien del último, conduciría a una solución que, con toda probabilidad, no quiso el legislador Comunitario, porque comportaría beneficiar al consumidor del producto o al fabricante, según el caso, quebrando así el equilibrio de intereses buscado por la Directiva."*¹²⁷³

En suma, nos dice RODRIGUEZ CARRION, la puesta en circulación del producto marca *"...el momento inicial para comenzar a correr el riesgo a cargo del fabricante, suministrador e importador,"*¹²⁷⁴ así como el plazo de prescripción de su responsabilidad y de caducidad de los derechos que se le conceden al perjudicado en esta legislación especial. Asimismo, el momento de la puesta en circulación es relevante respecto de los productos que están expuestos a un deterioro natural, a raíz del solo transcurso del tiempo. Hablamos de productos perecederos, de la mayoría de los alimentos, etcétera, situación que debiera ser apreciada por el juez, llamado normativamente a ponderar todas las circunstancias al calificar un producto como defectuoso.

¹²⁷¹ Vid. *Friedman vs. General Motors Corp.*, 331 N.E.2d 702 (Ohio 1975).

¹²⁷² Es destacable el sustento del fallo, porque aplicando la regla *res ipsa loquitur*, el tribunal sorteó toda dificultad probatoria en favor del perjudicado, pues estimó concluyente que el daño sobrevino a causa del vicio de fábrica, lo que basta para probar la culpa del productor. Vid. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del Fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 41.

¹²⁷³ Vid. AAVV, *'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU'*, en *"Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano"*, Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792, pág. 798.

¹²⁷⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 101.

6.2.- Definición de puesta en circulación.

Ni la Directiva 85/374 ni el TR definen que ha de entenderse por puesta en circulación de un producto, hito que, como hemos dicho, marca el inicio de la responsabilidad por productos que estas compilaciones regulan. De nuevo nos encontramos aquí con un concepto no acotado por esta normativa especial, que ha dado lugar a más de una interpretación, a dudas y a controversias, siendo destacable que incluso algunas de las legislaciones nacionales de adaptación de la Directiva 85/374 que sí la han definido, tampoco han logrado despejar su sentido y alcance de forma pacífica.

Para ALCOVER, la decisión Comunitaria de no definir la puesta en circulación no es acertada, *"...ya que parece necesario precisar un concepto que incide en la solución de múltiples cuestiones: el momento de la puesta en circulación es un elemento a considerar para decidir si un producto es defectuoso...; no sé responde si los defectos son posteriores a la puesta en circulación...; tampoco se responde si el defecto era un riesgo de desarrollo en el momento de la misma...; el plazo de caducidad que establece la Directiva tiene por inició la puesta en circulación del producto...; las normas internas de adaptación de la directiva no se aplican a aquellos productos que se pongan en circulación con anterioridad a su entrada en vigor..."*¹²⁷⁵, etcétera.

Pues bien, más allá de esa crítica, podemos definir la puesta en circulación como el acto voluntario del productor, al que se puede conectar el resultado dañoso, ya que es lo que posibilita el despliegue de la potencialidad dañosa del producto defectuoso, que consiste en introducir el producto en la cadena de distribución. RODRIGUEZ LLAMAS entiende que la puesta en circulación consiste en la entrega de los productos por el fabricante al distribuidor.¹²⁷⁶ Esto es, comercializarlo o situarlo en el mercado a disposición no solamente de los consumidores y usuarios, sino también de cualquiera persona, incluidos quienes se propongan integrarlo en el proceso de producción o transformación para su unión o incorporación a otros productos.

Esta puesta en circulación que hemos intentado definir, es la denominada inicial u originaria¹²⁷⁷, que según LOIS CABALLE, corresponde a la llevada a cabo por el productor o por el importador Comunitario, según sea el caso. Conforme dispone el Convenio de Estrasburgo, equivale a la puesta a disposición del producto a favor de otra persona. Por lo que debe entenderse que se alude al momento en que el

¹²⁷⁵ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 119.

¹²⁷⁶ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 112.

¹²⁷⁷ Que debe distinguirse de otras puestas en circulación, que pueden efectuar otros agentes económicos en la cadena de comercialización del producto, como el distribuidor o el proveedor, que se denominan puestas en circulación secundarias o *a posteriori*. Vid. LOIS CABALLE, A. I., *"La Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en DN, n° 54, 1995, pág. 15.

productor pierde los medios para ejercer un control directo sobre la utilización del producto o en que le resulta imposible modificar sus condiciones, como consecuencia de que el producto ha abandonado el ámbito donde discurre su actividad -su esfera de control-, para integrarse al canal de comercialización. Aunque, en todo caso, la puesta en circulación sólo ocurre si el producto ha sido incorporado al mercado voluntariamente, esto es, con el consentimiento del productor.¹²⁷⁸ Por ello, la doctrina imperante considera que el momento de la puesta en circulación *"...coincide con el de la entrega voluntaria del producto por el productor..."*¹²⁷⁹, pues en ese instante el producto abandona la esfera de control del productor, ingresando en la cadena de valor, quedando en condición de ser usado o consumido y, obviamente, de dañar. Por lo mismo, se debe considerar también, que el producto fue puesto en circulación toda vez que se *"...da al producto un destino -que supera la estricta fase interna de producción-, que expone a un número considerable de personas externas a la esfera del productor a los riesgos derivados del defecto."*¹²⁸⁰ Con un pensamiento afín a lo expuesto, LOIS CABALLE sostiene que un producto ha sido puesto en circulación cuando su productor o importador, voluntariamente, lo distribuye y/o comercializa en el ámbito de su actividad económica.¹²⁸¹ Para RODRIGUEZ CARRION, *"...poner en circulación el producto equivale a comercializarlo; es decir, colocarlo en los establecimientos donde pueda ser adquirido por el consumidor, o por cualquiera que pretenda integrarlo en un proceso de producción o transformación, para su incorporación a otros productos. También entregarlo a la red de distribución; es decir, la puesta del producto en el mercado a través de la cadena de distribución y comercialización, de manera que sea accesible al consumidor."*¹²⁸² ROJO, por su parte, define la puesta en circulación como *"...el acto voluntario del fabricante al que se le puede conectar el resultado dañoso."*¹²⁸³ A su turno, REGLERO la conceptualiza como *"...la integración en la cadena de comercialización del producto, considerándose como tal a las campañas promocionales, siempre que se distribuyan unidades del producto, aún de forma gratuita..."*.¹²⁸⁴ Un ilustrativo concepto nace de CAVANILLAS, para quien *"...la puesta en circulación, se produce cuando a la vista del proceso productivo organizado por el fabricante, el producto no va a ser sometido a ningún control*

¹²⁷⁸ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 131.

¹²⁷⁹ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792, pág. 797.

¹²⁸⁰ Vid. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 2003. Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano", Thomson, Civitas, Madrid, 1983, pág. 792, pág. 793.

¹²⁸¹ Vid. LOIS CABALLE, A. I., "La Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en DN, n° 54, 1995, págs. 14 y 15.

¹²⁸² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 208.

¹²⁸³ Vid. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "La responsabilidad civil del fabricante", Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974, pág. 183.

¹²⁸⁴ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 160.

ulterior que pueda identificar el defecto que efectivamente padece."¹²⁸⁵ ALCOVER, por su lado, entiende que *"...la puesta en circulación implica siempre la entrega a otra persona, la inserción del bien en el canal distributivo..."*.¹²⁸⁶ Con un enfoque similar, algunos autores entienden que la puesta en circulación tiene lugar una vez que el productor pierde el control sobre el producto. Ello significa, al decir de CILLERO DE CABO, que aun cuando el producto se haya entregado a un distribuidor, *"...si no se ha abandonado dicho control, por ser el distribuidor dependiente del fabricante, no habrá habido puesta en circulación. Por el contrario, se entenderá que el producto ha sido puesto en circulación, aunque no se haya hecho entrega de él a un distribuidor, si se ha perdido el control sobre él."*¹²⁸⁷ En este mismo sentido, KRÄMER apunta que *"...El criterio consiste en si el productor ha perdido el control sobre el producto de modo que éste pueda tener impacto sobre otras personas..."*¹²⁸⁸, siendo así posible definir si ha habido o no una puesta en circulación del producto.

Para SOLE I FELIU¹²⁸⁹, el concepto de puesta en circulación encierra 2 aspectos fundamentales: (i) uno subjetivo, consistente en un acto específico de voluntad del productor, destinado a introducir el producto en el canal comercial. Por lo mismo, no hay puesta en circulación en los casos de pérdida del poder de disposición sobre el producto involuntariamente, como ocurre si le ha sido robado o hurtado; y (ii) uno objetivo, consistente en la entrega material del producto y su salida de la esfera de poder del productor. Por ende, no hay puesta en circulación si el producto se entrega a un trabajador de la propia empresa o a otro empresario, pero conservando el productor el poder real de disposición sobre el producto.¹²⁹⁰

Sin embargo, fuerza es decirlo, SOLE I FELIU ha matizado estas exigencias, pues más tarde ha dicho junto con MARTIN, que aun cuando no se verifiquen rigurosamente los 2 requisitos mencionados, igualmente habrá puesta en circulación *"...siempre que se dé al producto un destino que lo sitúa más allá de la estricta fase de producción, y expone a un número considerable de personas ajenas a la esfera interna del productor a los riesgos que derivan del defecto. Por consiguiente, habrá puesta en circulación en aquellos casos en que el producto defectuoso causa*

¹²⁸⁵ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 44.

¹²⁸⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, págs. 118 y 119.

¹²⁸⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 158.

¹²⁸⁸ Vid. KRÄMER, L., "EEC Consumer Law", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1986, pág. 282.

¹²⁸⁹ Vid. SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos)", en RJC, 1995-4, pág. 967.

¹²⁹⁰ Vid. GHESTIN, J., "La Directive Communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux", en Recueil Dalloz, Sirey, XXIII, Paris, 1986, pág. 117; BIN, M., 'L'esclusione della responsabilità', en "Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia. vol. XIII", dirigido por Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1989, pág. 124; MARTIN, M., SOLE I FELIU, J., "La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas", en Derecho Privado Europeo, 2003, págs. 923 y 924.

*daños mientras se encuentra expuesto en ferias y exposiciones, o se cede a prueba; o cuando una vez concluido el proceso de fabricación, el fabricante destina el producto a un uso interno dentro de la propia empresa...".*¹²⁹¹

Apoyo de texto positivo a estas definiciones doctrinales, se encuentra en diferentes leyes de transposición de la Directiva 85/374 que, por regla general, han vinculado la puesta en circulación a la entrega voluntaria del producto por parte del productor. Verbigracia, el artículo 6 de la Ley belga, define puesta en circulación como *"...el primer acto que materializa la intención del productor de dar al producto la afectación a que lo destina mediante la transferencia a un tercero o utilización en beneficio de éste."* Por su parte, el artículo 1386-5 del CC francés, señala que *"...un producto se pone en circulación cuando el productor se desprende de él voluntariamente."* A su turno, el artículo 7 del Decreto italiano, considera que el producto se pone en circulación *"...cuando se ha entregado al adquirente, al usuario, o a un auxiliar de éstos, incluso en examen o en prueba."*

El mismo criterio definidor que emplea la doctrina, se plasma en la sentencia *Veedfald* del TJCE¹²⁹², al considerar que existe puesta en circulación en los casos en que, no habiendo una entrega material en sentido estricto, debe considerarse que el producto circuló *"...porque la misma persona a la que está destinado debe acudir a la "esfera de control" del productor, como ocurre cuando la víctima es un paciente que acude al hospital en el que sufre los daños causados por un producto defectuoso."*¹²⁹³

En suma, se considera que un producto ha sido puesto en circulación cuando ha sido insertado en la cadena de distribución y está en condiciones de ser usado o consumido por el gran público, lo que significa que ha entrado al mercado y como bien transable, puede llegar a ser consumido o usado por cualquiera, quién, además, la mayoría de las veces y muy razonablemente, alentará una legítima expectativa de confianza respecto de ese bien, toda vez que está en el mercado.

6.3.- La importancia de la puesta en circulación como elemento constitutivo de la definición normativa de producto defectuoso de la Directiva 85/374 y del TR.

¹²⁹¹ Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Aplicación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación"*, en La Ley, núm. 5807, 2003, pág. 4.

¹²⁹² Vid. *Henning Veedfald vs. Arthus Amtskommune*, sentencia del TJCE de fecha 10 de mayo de 2001, Asunto C-203/1999, núm. 17.

¹²⁹³ Vid. GONZALEZ VAQUE, L., *"La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos en la jurisprudencia del TJCE: de los riesgos del desarrollo a la franquicia de 500 euros"*, en Unión Europea Aranzadi, n° 1, 2003, págs. 6 y 7; *"El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica algunos conceptos relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el ámbito hospitalario (Directiva 85/374/CEE): la sentencia Veedfald"*, en Gaceta Jurídica de la UE, n° 215, 2001, págs. 105 a 117.

El momento de puesta en circulación del producto es otro de los hitos a que se debe atender para integrar la noción de defecto, según la definición legal de producto defectuoso que consagran la Directiva 85/374 y el TR. En efecto, en términos amplios, este concepto comprende el análisis del tiempo transcurrido desde que tiene lugar y el uso al que se ha sometido el producto. Por eso es que ALCOVER dice que de un producto que ya ha sido distribuido y usado, "...no se puede esperar legítimamente la seguridad que de uno nuevo, de un producto deteriorable no se puede esperar que sea seguro tiempo después de su puesta en circulación..."¹²⁹⁴ y es precisamente en el momento de su lanzamiento al mercado, donde deben ponderarse todos los elementos que integran la definición legal de producto defectuoso. Por ello SOLE I FELIU sentencia que a dicho momento es al que deben reconducirse "*todas las circunstancias*"¹²⁹⁵ a que aluden tanto la Directiva 85/374, como el TR¹²⁹⁶ al definir producto defectuoso.

La referencia en la definición normativa de producto defectuoso al elemento de la puesta en circulación, y las dificultades anotadas en torno a su definición, reafirman nuestras precitadas opiniones acerca de la laxitud con que se ha llevado a cabo la conceptualización de este elemento trascendental del sistema de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, abriéndose, por esta vía, campo fértil a nuevas y posibles tendencias interpretativas, cuestión que no siempre resulta suficientemente destacada en los textos que glosan este régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

De suerte que, cualquier otro hecho o factor que sobrevenga sobre el producto después de su ingreso al mercado, es irrelevante y no debe considerarse para valorar su posible defectuosidad. Consistentemente con lo dicho, los artículos 6.2 de la Directiva 85/374 y 137.2 del TR¹²⁹⁷, se encargan de explicitar que no hay defecto por el solo hecho de que se ponga posteriormente en circulación un producto más perfecto. Así, el mero hecho que un productor lance al mercado un modelo mejorado, más seguro, que un producto que ya había introducido antes al canal comercial, *per-se* no configura ninguna responsabilidad para él.¹²⁹⁸ Nótese,

¹²⁹⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 74.

¹²⁹⁵ Vid. SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños causados por productos Defectuosos)", en RJC, 1995-4, págs. 966 y 967.

¹²⁹⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.1. "Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso:..." / TR, artículo 137.1. "Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente,..."

¹²⁹⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.2. "Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado."; TR, artículo 137.2. "En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."

¹²⁹⁸ Vid. *supra* apartado 3.5.- El sentido de la frase: "Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada..."; empleada primero por el derogado artículo 3.3 de la LPD y más tarde por el artículo 137.3 del TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

como acertadamente destaca GUTIERREZ SANTIAGO, que esta disposición precisa que el producto no se entenderá defectuoso "...por el solo hecho..." de la puesta en circulación de otro producto de la misma clase más perfeccionado¹²⁹⁹, lo que significa, a *contrario sensu*, que sí puede haber responsabilidad del productor, si además de la innovación en seguridad que se adiciona al nuevo modelo - probablemente porque los avances técnicos y científicos lo posibilitan-, concurren otras circunstancias que configuren un defecto y que aparezcan ahora de manifiesto.

6.4.- ¿Cuándo se pone en circulación un producto?

Creemos que esta pregunta no tiene una sola respuesta posible, pues dependerá bastante de cuál de los posibles sujetos responsables, según esta legislación especial, es de quién nos estamos preguntando. Una primera señal nos las da CAVANILLAS, en cuya opinión la puesta en circulación se verifica "*...cuando el fabricante da por bueno un producto que está destinado a su circulación comercial, lo cual permitirá aplicar la Ley a los accidentes producidos en la fase del transporte y a los ocurridos durante su exposición al público (en grandes superficies por ejemplo). También sería de aplicación cuando los daños se producen en el propio establecimiento del fabricante, ya que su personal, que sufriese los daños tendría la consideración de bystander, al tratarse de una legislación que no trata de proteger precisamente al consumidor, sino a todo aquel que sufra daños por la falta de seguridad de un producto.*"¹³⁰⁰

De modo que se pueden distinguir varias situaciones posibles, de las cuales mencionaremos enseguida las más interesantes.

En el caso del productor, la respuesta es sencilla, pues según hemos visto con precedencia, la puesta en circulación se produce en el momento en que, con su consentimiento, el producto abandona su esfera empresarial e ingresa al mercado. Otro tanto diremos acerca del importador Comunitario.

Tratándose del productor de una parte integrante o de materia prima, él pone en circulación su producto cuando, voluntariamente, lo comercializa. Sin embargo, esta aseveración admite una inflexión, pues si el producto es luego incorporado a otro producto, como parte integrante. ¿Cuál fecha debe considerarse la de la puesta en circulación: la fecha en que se entrega el producto para ser incorporado a otro producto o la fecha de introducción del producto terminado al mercado, que es

REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹²⁹⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 149.

¹³⁰⁰ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "*Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 44.

realmente el momento en que puede dañar? LARROUMET opina que es preferible entender que, en este supuesto, la fecha de puesta en circulación relevante para los efectos de esta legislación especial, es la del producto final o terminado, máxime si ambos productores son solidariamente responsables ante el perjudicado, por expreso mandato del artículo 5 de la Directiva 85/374¹³⁰¹, disposición que el TR repite en su artículo 132¹³⁰², y, además, el único producto que el consumidor o usuario puede llegar a consumir o usar es el producto final, como juiciosamente destaca este autor.¹³⁰³ Por último, es evidente que esta interpretación que venimos comentando, va en ayuda del perjudicado, pues retrasa la fecha en que se considera verificada la puesta en circulación del producto, dilatando así los plazos de caducidad y prescripción que corren en su contra a partir de ese evento, según disponen la Directiva 85/374 y el TR.¹³⁰⁴

Si del productor aparente hablamos, el parecer de la doctrina es que su puesta en circulación del producto, debe analizarse exactamente con las mismas reglas que se aplican al productor. RODRIGUEZ LLAMAS considera que este agente económico *"...realiza la puesta en circulación del producto cuando al tiempo que se presenta al público como fabricante, comercializa o distribuye el producto mismo."*¹³⁰⁵ Con todo, es conveniente precisar que si las marcas, nombre o signos distintivos se hubieran incorporado al producto en contra de su voluntad o sin su conocimiento, dejaría de ser productor aparente, por lo que ya no se trataría de un problema de definición acerca de si ha tenido lugar o no una puesta en circulación atribuible a él, sino que, más bien, una discusión acerca de la aplicabilidad de esta legislación especial.

Sobre la posible puesta en circulación del proveedor, una opinión es entender que el proveedor realmente no hace ninguna puesta en circulación, pues en realidad son otros agentes económicos los que introducen el producto en el mercado, por lo que, salvo que en un mismo sujeto coincidan la calidad de productor, productor de parte integrante o materia prima, productor aparente o importador Comunitario con la de proveedor, este último en verdad no realiza una puesta en circulación. A él le llega el producto para su venta, porque alguien lo hizo circular. Sin embargo, LOIS CABALLE piensa algo distinto, pues entiende que el proveedor sí lleva a cabo una puesta en circulación del producto, puesto que lo distribuye o facilita, aunque

¹³⁰¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 5. *"Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir."*

¹³⁰² Vid. TR, artículo 132. *"Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño."*

¹³⁰³ Vid. LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 92.

¹³⁰⁴ Vid. *infra* apartado 2.7.1.- La prescripción; apartado 2.7.2.- La caducidad / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN, DE EXENCIÓN Y DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹³⁰⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 113.

en este caso no se trata de una puesta en circulación originaria, sino que secundaria o *a posteriori*, una vez que el producto ya ha ingresado al mercado.¹³⁰⁶ Opinión que, insistimos, puede ser rebatida, pues en la etapa de comercialización en que interviene este agente económico, es bastante claro que el producto ya ha ingresado al mercado, por lo que, técnicamente, el proveedor no realiza una puesta en circulación, pues el producto ya estaba circulando.

También ha habido alguna discusión acerca del momento en que se verifica la puesta en circulación de productos fabricados en serie, pues cabe la duda: ¿La fecha que se debe tener en cuenta como la de puesta en circulación del producto es la de la primera puesta en circulación de una serie de productos idénticos o la fecha de la puesta en circulación del producto concreto que causa el daño? RODRIGUEZ CARRION despeja la discusión, diciendo que en este caso "*...la puesta en circulación habrá de ser referida, no a la del primero ni al último de la serie, sino a la correspondiente al producto defectuoso en concreto...*".¹³⁰⁷ Ahora bien, su opinión cuenta con un poderoso apoyo en el artículo 11 de la Directiva 85/374 (que el artículo 144 del TR repite en términos muy similares)¹³⁰⁸, que se decanta por la opción de atender al producto concreto, ya que al normar la caducidad de los derechos que confiere a los perjudicados por un producto defectuoso, expresa que ellos tendrán un plazo de vigencia de 10 años a contar de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que le causó el daño, para instar por su indemnización. Lo que a nuestro entender singulariza la situación, focalizándola en el concreto producto defectuoso que le infirió el daño. Lo que también significa, al decir de LARROUMET, que para una serie de ejemplares de un producto, habrá tantas puestas en circulación como ejemplares lleguen al mercado.¹³⁰⁹

En el caso de productos que están en la etapa de transporte, desde la fábrica al distribuidor, la puesta en circulación se verifica con la entrega del producto al transportista, dado que a partir de ese momento el productor pierde vigilancia y tuición sobre el producto, pues éste ha salido de su esfera de control y ha quedado a disposición de cualquier hipotético destinatario.

¹³⁰⁶ Vid. LOIS CABALLE, A. I., "La Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en DN, n° 54, 1995, pág. 15.

¹³⁰⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 106.

¹³⁰⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 11. "Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor." / TR, artículo 144. "Extinción de la responsabilidad. Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial."

¹³⁰⁹ Vid. LARROUMET, C., "Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 92.

6.5.- Responsabilidad del productor cuando el producto ha circulado, pero no por su voluntad.

Hemos visto que las distintas definiciones de puesta en circulación, coinciden en que ella es un acto voluntario del productor.

Pues bien, surge la pregunta del epígrafe, cuando la puesta en circulación no obedece a una decisión voluntaria y consciente del productor. Los artículos 7.a) de la Directiva 85/374¹³¹⁰ y 140.1.a) del TR¹³¹¹, se ponen en el supuesto que la introducción al mercado del producto defectuoso es involuntaria, configurando una causal de exoneración de responsabilidad del productor. En tal evento, mandan estas disposiciones, el productor no es responsable, ya que, al decir de ALCOVER, sólo si existe un acto voluntario de su parte, en orden a poner el producto en condición de ser consumido o usado, es que verdaderamente lo ha puesto en circulación y, por ende, debe responder.¹³¹²

6.6.- Análisis de la situación de un producto defectuoso que causa un daño antes de haber sido puesto en circulación por el productor.

Una situación de difícil estudio, es el caso en que el producto defectuoso causa daño a una persona, cuando aun no ha sido puesto en circulación por el productor, normalmente un trabajador dependiente de la empresa del productor, como podría ser el caso en que el producto aún está en las bodegas del productor y allí sucede el evento dañoso.

Este producto no ha sido puesto en circulación, como queda de manifiesto de las definiciones de puesta en circulación que hemos tenido oportunidad de ver con antelación, por lo que pensamos que no se puede acudir a la nomenclatura de la Directiva 85/374 ni del TR para buscar resarcimiento del daño, sin perjuicio de que tengan cabida las normas laborales, civiles y penales pertinentes, según las circunstancias del caso.

6.7.- ¿Existe una sola puesta en circulación o son posibles varias puestas en circulación? Y de ser posible esto último, ¿Cuál de ellas es relevante para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR?

Esta pregunta parte de la base de que, dado que la Directiva 85/374 y el TR consagran un elenco de responsables, es posible constatar que existen varias puestas en circulación, como vimos recién.¹³¹³ Pensemos, teóricamente, que

¹³¹⁰ Directiva 85/374, artículo 7.a). *"En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación;..."*.

¹³¹¹ Vid. TR, artículo 140.1.a). *"Causas de exoneración de la responsabilidad.1.El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto."*

¹³¹² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 120.

¹³¹³ Vid. *supra* apartado 6.7.- ¿Existe una sola puesta en circulación o son posibles varias puestas en circulación? Y de ser posible esto último, ¿Cuál de ellas es relevante para los efectos de la Directiva 85/374 y del TR? / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

respecto de un mismo producto puede haber una puesta en circulación del productor, luego del importador Comunitario y luego del proveedor. Desde otro ángulo, especulemos que desde la puesta en circulación del producto por parte de su productor han transcurrido 11 años y desde la del productor aparente 9 años. ¿Cuál de ellas es la que debe tomarse en cuenta para determinar el transcurso del plazo de caducidad de las acciones que consagra la Directiva 85/374 y el TR? O bien, ¿Qué ocurre si el defecto aparece en el lapso que media entre la puesta en circulación del productor y la que hace el importador Comunitario?

Si bien un producto puede ser objeto de diversas etapas de comercialización, o si se quiere, de diversas puestas en circulación, la doctrina mayoritaria, representada por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, opina que la puesta en circulación relevante de un producto es la que hace el productor, no la del importador Comunitario, ni la de cualquier otro intermediario en la cadena de valor, pues sobre él pesa el deber de estar al corriente de los conocimientos científicos y técnicos referidos a su producto.¹³¹⁴ Tal obligación se traduce, por lo demás, en su deber *"...de no distribuir los productos acabados y almacenados si detectara la existencia de defectos, producto de los avances existentes en ese momento."*¹³¹⁵ Desde un punto de vista finalista, para CORDERO pareciera ser que *"...la puesta en circulación es única con diferentes sujetos que se subrogan para hacer llegar el producto a su destino final."*¹³¹⁶ Al decir de ALCOVER, la puesta en circulación relevante *"... sólo puede ser la de los fabricantes y no la del resto de los legitimados sean éstos directos o supletorios. Cualquier otra solución no parece aceptable, ya que gravan la posición de los distribuidores cuando ya no hay razones para proteger a los consumidores frente a los fabricantes, que son los auténticamente responsables."*¹³¹⁷ Por ello es destacable la Ley de adaptación francesa, de 19 de mayo de 1998, que puntualiza que un producto *"...no es objeto más que de una sola puesta en circulación..."*, bajo condición de que sea hecha por el productor voluntariamente, según vimos con antelación, precisión de la mayor importancia, pues da una respuesta normativa tajante acerca de la discusión en comentario.

6.8.- Efectos de la puesta en circulación de un producto.

Una vez introducido el producto en los canales de distribución, esto es, puesto en el mercado, por ese sólo hecho se gatillan importantes efectos desde la óptica de la

DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹³¹⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La adaptación del Derecho Español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en EC, n° 12, 1997, pág. 116.

¹³¹⁵ Vid. CORDERO CUTILLAS, I., "La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos", en EC, n° 53, 2000, pág. 55.

¹³¹⁶ Vid. CORDERO CUTILLAS, I., "La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos", en EC, n° 53, 2000, pág. 48.

¹³¹⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 122.

responsabilidad por daños causados por productos defectuosos del productor, o de los sujetos asimilados a él.

Por lo pronto, podemos mencionar, al menos, los siguientes efectos: (i) tanto la Directiva 85/374, como el TR, se vuelven aplicables; (ii) permite definir quién es productor en ese momento, encadenando a su eventual responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso, a los sujetos que se le han equiparado; (iii) permite delimitar el concepto de producto y si éste es defectuoso, con objeto de definir si le es aplicable o no esta nomenclatura especial¹³¹⁸; (iv) si en dicho momento el defecto no existe, no hay responsabilidad del productor¹³¹⁹, pues los que aparecieren después serían defectos sobrevinientes, probablemente de responsabilidad del proveedor o de un tercero y que en tales términos es ageno a esta legislación especial; (v) permite atender y delinear la causal de exoneración de responsabilidad del productor conocida como riesgos del desarrollo¹³²⁰ y, en general, analizar si existen otras causales de exoneración de responsabilidad en ese momento; (vi) cataliza el inicio del cómputo del plazo de 10 años de caducidad de las acciones contra el productor¹³²¹; (vii) marca el inicio del *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de 3 años de las acciones resarcitorias que contemplan la Directiva 85/374 y el TR¹³²²; (viii) permite aplicar este régimen especial de responsabilidad a los productos en fase de transporte, a menos que debiesen volver a manos del productor para su terminación o algún control; (ix) habilita para aplicar esta nomenclatura especial, a los casos de exhibición de productos en almacenes y tiendas; (x) no se responde si la puesta en circulación no es realizada por alguno de los legitimados pasivos¹³²³; y (xi) las legislaciones internas de adaptación de la Directiva 85/374, no se aplican a aquellos productos que fueron puestos en circulación antes de sus respectivas entradas en vigencia.¹³²⁴

6.9.- Profesionalidad de quien realiza la puesta en circulación de un producto y carácter económico de ella, como requisitos para la aplicación de la Directiva 85/374 y del TR.

Este es otro tópico que da para reflexión. Según se desprende de los artículos 7.c) de la Directiva 85/374 y 140.1.c) del TR¹³²⁵, la puesta en circulación debe ser

¹³¹⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.1.c).

¹³¹⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.a).

¹³²⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.e).

¹³²¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 11.

¹³²² Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Tecnos, Madrid, 1987, pág. 281.

¹³²³ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.b).

¹³²⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 17.

¹³²⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.c). "En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;..." / TR, artículo 140.1.c). "Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial."

realizada por un profesional, aunque según GOMEZ CALERO “...no se requiera ser comerciante...”¹³²⁶, y siempre con una finalidad económica. De suerte que, en opinión de CORDERO, “...toda persona que profesionalmente se dedique a elaborar productos, tanto en masa como específicos para un determinado cliente...”¹³²⁷, se encuentra sujeta a esta disciplina especial, pues es de suyo evidente que estas disposiciones sólo exigen notas de profesionalidad con fines económicos y puesta en circulación del eventual responsable. JIMENEZ LIEBANA, a su turno, expresa que mientras no se den estos 2 requisitos, este régimen especial de responsabilidad no es de aplicación y tampoco opera, si aun concurriendo los requisitos de profesionalidad y puesta en circulación, los productos se ha entregado graciosamente, como ocurre con las muestras gratuitas o ventas promocionales.¹³²⁸ Situación que como ya hemos dicho, admite discusión, pues no es menos cierto que tras esas actividades aparentemente gratuitas, puede esconderse una finalidad económica que haría plenamente aplicable esta legislación especial.

Por oposición, el régimen norteamericano es más vasto en este punto, pues la regla de responsabilidad objetiva en el suministro de productos -la *Strict Liability*¹³²⁹-, si bien se inició a propósito del vendedor de productos, con el tiempo empezó a aplicarse a otros casos, como el del constructor vendedor de casas, conforme al precedente *McDonald vs. Mianeki*¹³³⁰; en arriendo de productos, según lo resuelto en el caso *Cintrone vs. Hertz Truck Leasing & Rental Service*¹³³¹; en productos que favorecen la venta de otros productos, conforme el asunto *Shaffer vs. Victoria Station, Inc.*¹³³²; etcétera. En suma, para el sistema norteamericano, cualquiera que pone en el mercado un producto defectuoso responde objetivamente de los daños ocasionados por tal producto, justificándose este criterio -al decir de CORDERO-, en la “...escasa probabilidad de probar la negligencia de un vendedor no fabricante, ya que éstos son meros conductores, sin un deber positivo de inspeccionar los defectos latentes.”¹³³³ Aunque no está demás advertirlo, este prurito tutelar ha llevado a decir a la jurisprudencia norteamericana que cualquier proveedor o intermediario en la cadena de distribución puede llegar a ser responsable, por no haber desplegado un cuidado o diligencia razonable al inspeccionar, examinar, probar o ensamblar un producto, extremo que puede prestarse, obviamente, a una serie de abusos o situaciones de inequidad, que lentamente la jurisprudencia

¹³²⁶ Vid. GOMEZ CALERO, J., “Responsabilidad civil por productos defectuosos”, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 75.

¹³²⁷ Vid. CORDERO CUTILLAS, I., “La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos”, en EC, nº 53, 2000, pág. 49.

¹³²⁸ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., “Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos”, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 311 y 312.

¹³²⁹ Alojada en el *Restatement of Torts, Second*, Sección 402-A y en el *Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability*.

¹³³⁰ Vid. *McDonald vs. Mianeki* 79 N.J. 275, 398 A.2d 1283 (N.J. 1979).

¹³³¹ Vid. *Cintrone vs. Hertz Truck Leasing & Rental Service*, 45 N.J. 434, 212 A.2d 769 (N.J. 1965).

¹³³² Vid. *Shaffer vs. Victoria Station, Inc.* 91 Wash.2d 295, 588 P-2d 233 (Wash. 1978).

¹³³³ Vid. CORDERO CUTILLAS, I., “La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos”, en EC, nº 53, 2000, pág. 52.

norteamericana ha comenzado a morigerar, al entrar en crisis el sistema de la *Strict Liability*, según tuvimos oportunidad de comentar con antelación.¹³³⁴

6.10.- La puesta en circulación voluntaria de un producto defectuoso.

Si analizamos el artículo 7.a) de la Directiva 85/374 y el artículo 140.1.a) del TR¹³³⁵, ambos preceptos regulan una causal de exoneración de responsabilidad del productor en el evento que la introducción del producto defectuoso en el mercado no haya obedecido a su voluntad. Por ende, es pacífico concluir que el productor no es responsable en caso de que la puesta en circulación no haya sido voluntaria. Es por ello que ALCOVER dice que esta responsabilidad sólo existe si el productor *"...puede tener la oportunidad de decidir con libertad cuando su producto está listo para el consumo."*¹³³⁶

Nótese que en el caso de los desperdicios o residuos, aunque son consecuencia del proceso de fabricación del productor y se lanzan fuera de su esfera de control de forma voluntaria, ellos no se ponen en circulación, pues no se entregan a un distribuidor para ser comercializados. Salvo que se trate de una situación distinta, como dice ALCOVER, en que ellos se entreguen a otra persona, en un contexto comercial o profesional, caso que sí estaría incluido dentro del ámbito objetivo de la Directiva 85/374 y del TR.¹³³⁷

6.11.- La puesta en circulación de un producto mejorado.

Aunque ya nos hemos referido a este supuesto con precedencia, reiteramos que el mero hecho de que se ponga en circulación un producto mejorado o más perfecto, no determina que los productos análogos puestos en circulación con anterioridad sean defectuosos. Vale decir, un producto es defectuoso si al momento de su puesta en circulación y atendidos los conocimientos científicos y técnicos era irrazonablemente peligroso¹³³⁸, *"...pero no por el mero hecho de que aparezca con posterioridad un producto con un grado de seguridad más elevado..."* debe concluirse que el producto es defectuoso, nos advierte ALCOVER.¹³³⁹

¹³³⁴ Vid. *supra* apartado 4.4.3.- Crisis del sistema de *Strict Liability* creado por el *Restatement of Torts Second* / Capítulo V LA EVOLUCION DE LA EXPERIENCIA NORTEAMERICANA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ANTECEDENTE DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE I.

¹³³⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.a). *"En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación;..."* / TR, artículo 140.1.a). *"Causas de exoneración de la responsabilidad.1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto."*

¹³³⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 120.

¹³³⁷ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 68.

¹³³⁸ Sobre este tema volveremos al analizar la exigente de responsabilidad conocida como los riesgos del desarrollo. Vid. *infra*, apartado 2.5.- Quinta causal: que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir o apreciar la existencia del defecto (los riesgos del desarrollo o *development risks*) / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹³³⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 74.

Por lo demás, al analizar el concepto de defecto en la Directiva 85/374 y en el TR, tuvimos oportunidad de explicar, latamente, que la introducción posterior en el mercado de un producto más seguro -en ese sentido perfeccionado-, no constituía un defecto o un reconocimiento de un defecto, a lo que nos remitimos.¹³⁴⁰

¹³⁴⁰ Vid. *supra* apartado 3.5.- El sentido de la frase: *"Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada..."*, empleada primero por el derogado artículo 3.3 de la LPD y más tarde por el artículo 137.3 del TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

CAPITULO X

EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION.

SUMARIO: 1.- EL DEBER DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD IMPUESTO POR LA DIRECTIVA 85/373 Y EL TR. 1.1.- NECESARIA DELIMITACION CONCEPTUAL DEL TERMINO DAÑO. 1.2.- LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS DEL PERJUDICADO COMO UNA DE LAS FINALIDADES PERSEGUIDA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR. 1.3.- LA DEFINICION NORMATIVA DE DAÑO CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 9 DE LA DIRECTIVA 85/374. 2.- LEGITIMACION ACTIVA, CARGA DE LA PRUEBA Y REQUISITOS PARA OBTENER UNA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 2.1.- LEGITIMACION ACTIVA. 2.2.- LA CARGA DE LA PRUEBA U *ONUS PROBANDI* QUE CORRESPONDE AL PERJUDICADO: EL DAÑO, EL DEFECTO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD. 2.2.1.- LA PRUEBA DEL DAÑO. 2.2.2.- LA PRUEBA DEL DEFECTO. 2.2.3.- LA PRUEBA DE LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL DEFECTO Y EL DAÑO. 2.2.4.- ¿ES NECESARIO PROBAR LA RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE EL DEFECTO DEL PRODUCTO Y LA ACTIVIDAD DEL PRODUCTOR? 2.3.- ¿DEBE PROBARSE QUE EL PRODUCTO DEFECTUOSO QUE HA CAUSADO EL DAÑO HA SIDO FABRICADO POR EL PRODUCTOR QUE SE INTENTA DEMANDAR? 2.4.- CRITICA AL *ONUS PROBANDI* QUE PESA SOBRE EL PERJUDICADO DE ACUERDO A LOS ARTICULOS 4 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 139 DEL TR. 3.- DAÑOS INDEMNIZABLES POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) DAÑOS PERSONALES; Y, (II) DAÑOS MATERIALES CAUSADOS A BIENES DIVERSOS AL PRODUCTO DEFECTUOSO. 3.1.- DAÑOS PERSONALES. 3.1.1.- LA MUERTE DEL PERJUDICADO. 3.1.2.- LESIONES SUFRIDAS POR EL PERJUDICADO. 3.1.3.- LIMITES RESARCITORIOS PARA LOS DAÑOS PERSONALES CONTEMPLADOS EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 3.2.- DAÑOS MATERIALES. 3.2.1.- CONCEPTO DE DAÑOS MATERIALES. 3.2.2.- REQUISITOS QUE EXIGEN LOS ARTICULOS 9.B) DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 129.1 DEL TR, PARA QUE SE CONFIGURE UN DAÑO MATERIAL. 3.2.2.1.- NO SE TRATA DEL PROPIO PRODUCTO DEFECTUOSO. 3.2.2.2.- LA COSA DAÑADA TIENE COMO OBJETIVO ULTIMO, EL USO O CONSUMO PRIVADO. 3.2.2.3.- LA UTILIZACION PRINCIPAL DE LA COSA DAÑADA ES SU USO O CONSUMO PRIVADO. 3.2.2.4.- POR APLICACION DE LA FRANQUICIA PREVISTA EN LA DIRECTIVA 85/374, QUEDAN EXCLUIDOS LOS DAÑOS MATERIALES INFERIORES A 500 ECUS, CIFRA QUE EL TR LLEVA A 390,66 EUROS. 3.3.- DAÑOS EXCLUIDOS DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR: (I) LOS DAÑOS MORALES; (II) DAÑOS OCASIONADOS AL PROPIO PRODUCTO DEFECTUOSO; (III) LOS DAÑOS MATERIALES AL PRODUCTO TERMINADO CON PARTES INTEGRANTES. EVENTUAL OBLIGACION DE RESARCIR LOS DAÑOS DE LAS PARTES INTEGRANTES -PRODUCTOS- NO DEFECTUOSAS; (IV) DAÑOS MATERIALES QUE NO SUPEREN LA FRANQUICIA LEGAL CONTEMPLADA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR; (V) DAÑOS CAUSADOS EN BIENES EMPRESARIALES O PROFESIONALES; (VI) EL LUCRO CESANTE DERIVADO DE LOS DAÑOS MATERIALES; (VII) DAÑOS NUCLEARES; Y (VIII) DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO PELIGROSO NO DEFECTUOSO. 3.3.1.- LOS DAÑOS MORALES. 3.3.2.- DAÑOS OCASIONADOS AL PROPIO PRODUCTO DEFECTUOSO. 3.3.3.- LOS DAÑOS MATERIALES AL PRODUCTO TERMINADO CON PARTES INTEGRANTES. EVENTUAL OBLIGACION DE RESARCIR LOS DAÑOS DE LAS PARTES INTEGRANTES -PRODUCTOS- NO DEFECTUOSAS. 3.3.4.- DAÑOS MATERIALES QUE NO SUPEREN LA FRANQUICIA LEGAL CONTEMPLADA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR. 3.3.5.- DAÑOS CAUSADOS EN BIENES EMPRESARIALES O PROFESIONALES. 3.3.6.- EL LUCRO CESANTE DERIVADO DE LOS DAÑOS MATERIALES. 3.3.7.- DAÑOS NUCLEARES. 3.3.8.- DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO PELIGROSO NO DEFECTUOSO. 4.- RECURSO A OTROS CUERPOS LEGALES PARA OBTENER LA REPARACION DE LOS DAÑOS EXCLUIDOS DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR.

1.- El deber de indemnizar los daños causados por productos defectuosos, como elemento esencial del sistema de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/373 y el TR.

1.1.- Necesaria delimitación conceptual del término daño.

La reparación del perjudicado es la finalidad indiscutible y fundamental de todo sistema de responsabilidad civil y deriva del viejo principio romano *alterum non laedere*, esto es, no dañarás o no dañar a otro. Históricamente, la reparación de la víctima fue una primerísima función del Derecho, recalca MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, pues las faltas "...aparecían como una ruptura del orden social y hasta del orden cósmico. Pero a medida que el ilícito civil se separó del crimen y del pecado, fue ganando su identidad propia..."¹³⁴¹, surgiendo el tópico de la indemnización del perjudicado como uno de sus objetivos fundamentales y, por cierto, en la forma "...de una sanción resarcitoria..." puntualiza CONTRERAS.¹³⁴² Sin embargo, modernamente, la atención del Derecho de Daños pasó del responsable del ilícito hacia la víctima y su reparación. Surgió así el concepto de debilidad de la víctima y, por ende, de la necesidad de protegerla. Esta debilidad, como se sabe, no alude a la inferioridad económica del perjudicado, sino a su notoria indefensión frente a las fuentes modernas de los daños, como ocurre con los mártires de accidentes nucleares o de daños ecológicos; las víctimas de intromisiones en la vida privada por medios sofisticados; los perjudicados por daños causados por las tecnologías actuales, o por productos de consumo masivo o por productos defectuosos, quienes no poseen los recursos necesarios para repeler y reaccionar contra tales agentes dañosos; etcétera.

Ahora bien, en ausencia de una definición legal de daño, éste debe entenderse en su sentido propio, conforme manda el artículo 3.1 del CC.¹³⁴³ Para ello, acudimos al Diccionario de la Lengua Española, que conceptualiza daño como "*efecto de dañar*", que a su turno significa "*causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia*."¹³⁴⁴ La Jurisprudencia lo define en términos similares, expresando que daño es "...*todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial*."¹³⁴⁵ En términos muy coloquiales, podríamos decir que el daño es la lesión a un interés jurídico de carácter económico, con lo que, obviamente, estaríamos circunscribiendo esta voz a algo de índole patrimonial. Pero si consideramos que esta lesión puede afectar un interés espiritual o extra-

¹³⁴¹ Vid. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., 'Función Actual de la Responsabilidad Civil', en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), *"Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe"*, La Roca, Buenos Aires, 1996, pág. 51.

¹³⁴² Vid. CONTRERAS MORENO, C., *"La Responsabilidad Civil Extracontractual"*, Editorial Parlamento Limitada, R. Pröschle G. & S. Soto B. editores, Santiago, 2009, pág. 18.

¹³⁴³ Vid. CC, artículo 3.1. *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas."*

¹³⁴⁴ Vid. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Edición, 1984.

¹³⁴⁵ Igual predicamento se constata en sentencia de la CA de Santiago, de 3 de junio de 1973, RDJ T. LXX, sec. 4a., 65; y en sentencia de la CS, de 3 de junio de 1973, RDJ, t. 70, sec. 4a., pág. 75.

patrimonial, el daño es moral, pese que aun hoy queda remanente alguna discusión acerca de si es procedente indemnizarlo o no, en todos los ámbitos de la responsabilidad por daños.

El tema de la definición de daño y específicamente del daño indemnizable, es menos pacífico de lo que aparenta.¹³⁴⁶ Una primera pista nos la da ALTERINI, quien explica que el concepto de daño tiene 2 dimensiones distintas, pues en sentido amplio, hay daño toda vez que se lesiona un interés subjetivo y en un sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera, en determinadas circunstancias, una sanción patrimonial.¹³⁴⁷ Enseguida, VAZQUEZ FERREYRA define daño como "*...la lesión a un interés jurídico.*"¹³⁴⁸ Según LAFAILLE, "*...daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca asimismo el beneficio que no pudo hacerse efectivo.*"¹³⁴⁹ Para LARENZ, se trata del "*...menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.*"¹³⁵⁰ Por último, la CS lo ha definido como "*...la lesión o perturbación a un simple interés de que sea titular una persona o de la situación de hecho en que éste se encuentre.*"¹³⁵¹ En otra oportunidad, lo ha conceptualizado como "*...todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufra un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, etc.*"¹³⁵² En fin, MOSSET ITURRASPE, refiriéndose a la verdadera inflación de los daños, expresa que "*...la noción de daño jurídico o resarcible aparece enriquecida. Perjuicios que antes no se consideraban tales, sea por juzgar a la responsabilidad como excepcional, sea para evitar la catarata de damnificados, o bien porque se partía de una visión parcializada del ser humano, hombre-máquina, ser productivo o trabajador; o de una apreciación incompleta del patrimonio y, por tanto, del objeto que puede ser dañado, son hoy merecedores de indemnización.*"¹³⁵³

¹³⁴⁶ Sobre el concepto de daño, como elemento esencial de la responsabilidad civil, Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, con especial atención a la reparación del daño*", Civitas, Madrid, 1995; YZQUIERDO TOLSADA, M., "*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*", Dykinson, Madrid, 2001, págs. 143 y ss.; SANTOS BRIZ, J., "*La responsabilidad civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*", séptima edición, Montecorvo, Madrid, 1993, págs. 147 y ss.; SALVI, C., "*Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*", Jovene, Nápoles, 1985; SCONAMIGLIO, C., 'Appunti sulla nozione di danno', en "*Studi in onore di Gioacchino Scaduto*", Cedam, Padova, 1996, págs. 516 y ss.; BARGAGNA, M., BUSNELLI, F. D., "*Prospettive europee di razionalizzazione del risarcimento del danno non economico*", en *Danno e Resp.*, núm. 1, 2001, págs. 12 y ss.; DE CUPIS, A., "*El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*", Traducción de la Segunda Edición Italiana, Bosch, Barcelona, 1975.

¹³⁴⁷ Vid. ALTERINI, A. A., "*La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 11.

¹³⁴⁸ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., "*Responsabilidad por Daños (Elementos)*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 174.

¹³⁴⁹ Vid. LAFAILLE, H., "*Tratado de las obligaciones*", Ediar, Buenos Aires, 1943, pág. 195.

¹³⁵⁰ Vid. LARENZ, K., "*Derecho de Obligaciones*", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 193.

¹³⁵¹ Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 44, secc. 1a., pág. 130.

¹³⁵² Vid. SCHOPF OLEA, A., GARCIA MACHMAR, W., "*La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*", Lexis Nexis, Santiago, 2007, pág. 30.

¹³⁵³ Vid. MOSSET ITURRASPE, J., "*Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*", en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado n° 1, Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1977, pág. 143.

En España, el CC no define la voz daño, utilizando en forma indistinta los términos daño y perjuicio. Sin embargo, la doctrina se encarga de recordarnos que se pueden definir separadamente ambos conceptos, como hacen HIDALGO y OLAYA, *"...entendiendo por: Daños: los menoscabos directos, por ejemplo: la muerte, las lesiones, la pérdida o deterioro de un bien mueble o inmueble. Perjuicios: los menoscabos derivados de los daños (indirectos), por ejemplo: los gastos de entierro, los dolores físicos, gastos sanitarios, el valor de la cosa deteriorada o destruida."*¹³⁵⁴ La misma situación nos presenta la Directiva 85/374 y el TR, pues ninguno de estos cuerpos normativos define daño, aunque obviamente se refieren a él en repetidas ocasiones.

Entonces, SANTOS BRIZ, reconociendo las dificultades de enunciar un concepto unitario de daño, por los diversos matices que comprende y de lo que hemos tenido una muestra menor en los párrafos precedentes, intenta arribar a una definición comprensiva, focalizándose en los efectos del daño, pues entiende que en materia de responsabilidad, a los daños no se los considera en sí mismos, sino en la medida en que deben ser resarcidos, esto es, en sus efectos. Por otro lado, el concepto debe incluir la nota de antijuricidad, pues debe existir una infracción a la norma jurídica para que el daño sea resarcible. Entonces, considerando todo lo dicho, lo define como *"...todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra."*¹³⁵⁵ Y entiende este autor, que contribuye a perfilar el concepto de daño, la noción de interés, *"...por el cual se entiende el daño en abstracto, es decir, la diferencia de valoración que el daño representa para el patrimonio lesionado."*¹³⁵⁶ El interés, a su turno, se define por CIFUENTES como *"...todo aquello que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor."*¹³⁵⁷

Para concluir con el tópico de la definición de daño, lo interesante es que producido un daño indemnizable, se deben resarcir los perjuicios sufridos. Se intenta que el perjudicado, acreedor de una indemnización de perjuicios, obtenga un cumplimiento por equivalencia y su fundamento, sintetiza LARRAIN, se encuentra en el intento de *"...evitar una lesión injusta al patrimonio del acreedor..."*.¹³⁵⁸ Esta lesión injusta que sufre el patrimonio del acreedor, es lo que se conoce bajo el nombre de perjuicio. Es decir, el perjuicio consiste en la disminución que sufre el patrimonio del acreedor a consecuencia de la infracción de la obligación o del ilícito civil, sea que se trate de una pérdida real o efectiva o

¹³⁵⁴ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 144.

¹³⁵⁵ Vid. SANTOS BRIZ, J., *"La responsabilidad civil"*, Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 135.

¹³⁵⁶ Vid. SANTOS BRIZ, J., *"La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal"*, séptima edición, Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 147.

¹³⁵⁷ Vid. CIFUENTES, S., *"Derecho de Daños. Primera Parte"*, La Roca, Buenos Aires, 1991.

¹³⁵⁸ Vid. LARRAIN RIOS, H., *"Teoría general de las obligaciones"*, LexisNexis Conosur, Santiago, 2002, pág. 212.

simplemente de la pérdida de una ventaja. Así las cosas, la indemnización de perjuicios es la materialización concreta de la responsabilidad civil, que la CA de Concepción, en fallo de 10 de agosto de 2000, expone en los siguientes términos: *"...la responsabilidad es un concepto jurídico que en su acepción civil implica la obligación en que se encuentra una persona de reparar y satisfacer el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definirse como la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra."*¹³⁵⁹

1.2.- La indemnización de perjuicios del perjudicado como una de las finalidades perseguida por la Directiva 85/374 y por el TR.

Acerca del modo cómo engarza la Directiva 85/374 con las políticas Comunitarias de protección al consumidor, es conveniente acudir al Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información de los consumidores, que consagra el deber de reparación de los daños sufridos por productos, como un derecho fundamental del consumidor; axioma que se repite en una resolución del Consejo del año 1975, que contiene una verdadera carta de los consumidores, en la que se declara que, en adelante, el consumidor no sería considerado sólo como un comprador y usuario de bienes y servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona implicada e involucrada en los diferentes aspectos del consumo, digna de protección, principio que se reconduce a la aspiración de una indemnización de perjuicios integral, para toda persona que resulte perjudicada por un accidente de consumo.

Por ende, puede decirse que el objetivo de la Directiva 85/374 no es únicamente satisfacer los daños causados por un producto defectuoso, pues la UE tuvo en vista razones más amplias al instaurarla, tanto de índole económica, como políticas y sociales.¹³⁶⁰

Es por ello que CILLERO DE CABO pone de manifiesto que el régimen indemnizatorio de daños causados por productos defectuosos *"...comprende todos los casos en que un producto defectuoso causa daños, independientemente del momento en que haya tenido lugar la producción del defecto, es decir, se trate del proceso de producción o del de distribución, e independientemente de la persona que haya llevado a cabo la actividad de producción o distribución en cuyo desarrollo haya tenido su origen el defecto..."*¹³⁶¹; destacando, correctamente a nuestro entender, que la responsabilidad del productor y de los sujetos asimilados a él, son todas partes de la misma entelequia: la responsabilidad civil por daños provocados por productos defectuosos.

¹³⁵⁹ Vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *"De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 11.

¹³⁶⁰ Vid. *supra* apartados 1.- Orígenes de la Directiva 85/374; 2.- Objetivos perseguidos con la dictación de la Directiva 85/374 / Capítulo II LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE II.

¹³⁶¹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 46.

Y bajo ese paradigma, es de destacar que los daños por los que se responde, no tienen por qué ser sufridos por el consumidor o usuario del producto, pues el mero contacto o cercanía con el producto defectuoso agente del daño, titula al perjudicado para perseguir una indemnización de los perjuicios que haya sufrido. Todo lo cual es coherente con la idea de que no se protege al consumidor, sino a cualquier dañado -léase perjudicado-, según ya vimos con precedencia.¹³⁶²

1.3.- La definición normativa de daño contemplada en el artículo 9 de la Directiva 85/374.

Sin embargo, es preciso atender a la definición normativa de daño que contiene el artículo 9 de la Directiva 85/374, pues sólo esos daños están amparados por la norma Comunitaria y sus leyes tributarias, entre las que se encuentra el TR.¹³⁶³

Este precepto del artículo 9 en comento¹³⁶⁴, dispone que a los efectos del artículo 1 del texto Comunitario -referido como sabemos a la responsabilidad del productor por sus productos defectuosos-, se entiende por daños: (i) los causados por muerte o lesiones corporales; (ii) los causados a una cosa o a la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: (ii.i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privado; y (ii.ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. Agrega esta disposición que la regulación que implementa, no obsta a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales, entiéndase daños morales. A su turno, el artículo 129.1 del TR, sin definir daño, alude a que se amparan los daños personales, incluida la muerte y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.

2.- Legitimación activa, carga de la prueba y requisitos para obtener una indemnización de perjuicios a la luz de la Directiva 85/374 y del TR.

2.1.- Legitimación activa.

¹³⁶² Vid. *supra* apartado 5.- El Perjudicado / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹³⁶³ Nótese, como dijimos antes, que el TR no define daño.

¹³⁶⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 9. "A los efectos del artículo 1, se entiende por daños: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. / El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales."

El legitimado activo es el perjudicado, a quien nos hemos referido ya latamente.¹³⁶⁵ Se trata de la persona que sufre un daño causado por el defecto de un producto. Ahora bien, el artículo 9 de la Directiva 85/374 no delimita ni concreta qué tipo de daños son indemnizables, su forma de reparación y quiénes son los legitimados para solicitar la indemnización, tópico especialmente problemático en los supuestos de muerte de la víctima. Al respecto, LASARTE apunta que ni la Directiva 85/373 ni la derogada LPD -entiéndase también el TR- han resuelto "...el viejo problema de la titularidad de las indemnizaciones en caso de muerte, procediendo aplicar aquí la doctrina científica y jurisprudencial de que están legitimados, por derecho propio, no como herederos de la víctima, quienes hayan sufrido personalmente los perjuicios por el fallecimiento..."¹³⁶⁶, conforme al criterio de la dependencia económica o de los lazos afectivos.

2.2.- La carga de la prueba u *onus probandi* que corresponde al perjudicado: el daño, el defecto y la relación de causalidad.

Por el sólo hecho de que la Directiva 85/374 haya implementado un sistema de responsabilidad cuasi objetivo, no puede concluirse que el perjudicado quede liberado de toda carga probatoria¹³⁶⁷, bastando el resultado dañoso para configurar el deber del productor de indemnizar, pues siempre y en todo caso, deberá probar 3 hitos fundamentales: (i) el daño; (ii) el defecto; y, (iii) el nexo causal entre el defecto y el daño sufrido.¹³⁶⁸ Así lo indica el artículo 4 de la Directiva 85/374, disposición que reitera el artículo 139 del TR¹³⁶⁹, prueba que el perjudicado podrá proporcionar a través de toda clase de medios probatorios, incluidas las presunciones.¹³⁷⁰ De hecho, la SAP de Cantabria, de 7 de noviembre de 2000¹³⁷¹, en su FD 2º, expresa que: "...es el perjudicado quien debe acreditar el defecto del producto, el daño y la relación de causalidad; pero esto no quiere decir que las pruebas deban ser directas y que no se admita la prueba por presunciones y a través de juicios de inferencia, lo que en los más de los casos resulta inevitable si no se quiere que esa nueva legislación dirigida precisamente a ampliar y facilitar la protección del consumidor se vuelva en su contra...", en un evidente afán tutelar.

¹³⁶⁵ Vid. *supra* apartado 5.- El Perjudicado / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹³⁶⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Manual sobre protección de consumidores y usuarios", Dykinson, Madrid, 2003, págs. 294 y 295.

¹³⁶⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "Responsabilidad por productos defectuosos. Reflexiones en torno a la carga de la prueba", en Estudios de Deusto, Bilbao, enero-junio, 1996; GOMEZ POMAR, F., "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", en InDret, nº 1, 2001.

¹³⁶⁸ Nótese que en un régimen de responsabilidad subjetivo o por culpa, la víctima debería probar un cuarto extremo: la culpa del productor.

¹³⁶⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 4. "El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño." / TR, artículo 139. "Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."

¹³⁷⁰ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 136.

¹³⁷¹ Vid. JUR 2001\47513.

Esta exigencia probatoria sobre el perjudicado, busca evitar que el productor quede sometido a un régimen de responsabilidad objetiva absoluto. Entonces, de conformidad con los aludidos preceptos, para poder hacer efectiva la responsabilidad por daños por productos defectuosos que sancionan estos 2 cuerpos normativos, es menester que exista un perjudicado, sujeto activo de la acción de resarcimiento, a quien el uso, consumo o la simple cercanía con el producto defectuoso le ha causado un daño, quien deberá cumplir con la carga probatoria recién indicada (el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ambos) y si lo hace, el productor deberá responder, indemnizando aquellos daños amparados por esta preceptiva especial, a menos que, a su vez, pruebe la concurrencia de alguna de las causales de exoneración de responsabilidad que consagran la Directiva 85/374 en sus artículos 7 y 8 y el TR en sus artículos 140 y 145, respectivamente.

Han habido voces que reclaman sobre esta exigencia probatoria que se le ha impuesto al perjudicado, entendiéndolo, nos dice VELA, que *"...parece desdibujar el cuadro de imputación objetiva..."*¹³⁷² consagrado por esta legislación especial, pues al tener que acreditar el defecto, en definitiva se termina pidiendo una prueba referida a un acto culpable o negligente del productor que ha sido la causa concreta de la aparición del defecto durante el proceso fabril del producto, tratándose de anomalías de fabricación, de diseño o concepción, o de información o advertencias. Y ya puestos a pensar sobre esta crítica, cabe preguntarse: ¿qué diferencia habría con el régimen de responsabilidad por daños instaurado por el artículo 1902 del CC en este caso? Dejamos la pregunta planteada, pues parece interesante meditar al respecto. Con todo, volveremos sobre ella en las Conclusiones de este trabajo, aunque podemos adelantar que, limpiando de todo adorno este régimen especial de responsabilidad, no parecieran haber muchas diferencias.

Por último, es conveniente recordar que el productor tiene la opción de probar, para eximirse de responsabilidad, que al tiempo de introducir el producto en el mercado éste no era defectuoso, de conformidad a lo prevenido en los artículos 7.a) de la Directiva 85/374 y 140.1.a) del TR, como contramedida de defensa respecto de la prueba que se le exige al perjudicado.

2.2.1.- La prueba del daño.

¹³⁷² Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 149.

El perjudicado debe probar haber sufrido un daño de los que refiere esta legislación especial como indemnizables a su amparo, a los que nos referiremos más adelante.¹³⁷³

2.2.2.- La prueba del defecto.

Al perjudicado también le incumbe demostrar que el producto ya era defectuoso cuando se puso en circulación. Es decir, que se trata de un defecto generado en el ámbito de actividad propia del productor¹³⁷⁴, esto es, dentro de su esfera de control.

Con una opinión distinta, CALVO sostiene que no se debe probar que el defecto existía en el momento en que el producto fue puesto en circulación, pues al perjudicado *"...le basta con imputar el defecto a la esfera de organización del fabricante..."*¹³⁷⁵ En la misma línea se inscriben SALVADOR y SOLE I FELIU, para quienes es posible inferir que *"...el daño sufrido por el actor fue causado por un defecto que ya existía en el momento de la comercialización del producto y sin necesidad de probar la existencia del defecto si el accidente que dañó al actor era de tal naturaleza que normalmente resulta de un defecto del producto y, en el caso, no fue consecuencia de causas ajenas al defecto en cuestión..."*¹³⁷⁶, en lo que resulta una evidente invocación a la regla del *res ipsa loquitur* por parte de estos autores, aunque no lo digan expresamente.

Con una aproximación diferente, pues se focalizan en el hecho del daño, para los BERCOVITZ, la existencia del defecto *"...queda probada en principio por el daño mismo cuya indemnización se reclama si no tiene otra explicación."*¹³⁷⁷ Es de suyo evidente que estos autores están pensando en la regla del *res ipsa loquitur*, dado que conforme las circunstancias del siniestro, es posible afirmar que *"las cosas hablan por sí mismas"*¹³⁷⁸, puesto que si sobre el productor pesa el deber de no poner en el mercado un producto defectuoso y luego sobreviene un daño derivado del uso o consumo de ese producto, en opinión de LLAMBIAS, ello basta para

¹³⁷³ Vid. *infra* apartado 2.2.1.- La prueba del daño; apartado 3.- Daños indemnizables por la Directiva 85/374 y por el TR: (i) daños personales; y, (ii) daños materiales causados a bienes diversos al producto defectuoso / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

¹³⁷⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, *"Contratación y Consumo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 134.

¹³⁷⁵ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 44.

¹³⁷⁶ Vid. SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., *"Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto"*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 91.

¹³⁷⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 288.

¹³⁷⁸ La síntesis de las decisiones judiciales que aplican la regla del *res ipsa loquitur*, podría resumirse en la exigencia de 3 requisitos: (i) que el accidente de consumo sea de una índole tal, que no hubiera podido producirse de no mediar un defecto en el producto utilizado, sin que exista otra posible explicación para él; (ii) que el control sobre el producto haya correspondido exclusivamente al productor, pudiendo descartarse la incidencia de factores o hechos externos como causa del siniestro; y (iii) debe haber habido un correcto uso del producto por parte del perjudicado, que permita descartar cualquier grado de culpa o negligencia imputable a él.

probar la culpa del productor, a quien se le puede reprochar que no haya previsto lo que era previsible.¹³⁷⁹ Así lo reafirma la SAP de Burgos, de 13 de febrero de 2003¹³⁸⁰, al decir que *"...no siempre es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no pueda determinarse la clase del mismo. Si la responsabilidad del fabricante del producto surge por la sola aparición del defecto y de su relación causal con el daño, habría que añadir, independientemente de cuál haya sido éste, entonces no es necesaria la prueba del concreto defecto."*

Tampoco es descartable la prueba del defecto por medio de indicios y presunciones judiciales. Confirma este aserto, la opinión de RODRIGUEZ LLAMAS, para quien la prueba del defecto es posible de abordar por medio de *"...indicios y presunciones judiciales que demuestren a través de un procedimiento lógico deductivo que el daño se ha producido porque el producto adolecía de un defecto..."*.¹³⁸¹ Así, GUTIERREZ SANTIAGO rescata la STS, de 25 de marzo de 1991¹³⁸², que declara responsable al productor de un cohete por las lesiones que sufrió el encargado de encender su mecha, por la vía de presumir la existencia de un defecto en el cohete, así como su relación causal con el estallido causante de la lesión, expresando que *"...la prueba de presunciones constituye medio tan válido como otro cualquiera, máxime en aquellos casos en que no se puede obtener una prueba directa..."*.¹³⁸³ En Italia, con alguna reserva, también se acepta la vía de las presunciones judiciales para probar la existencia del defecto, apunta CARNEVALI.¹³⁸⁴ Y con un sentido similar, encontramos la SAP de Zamora, de 7 de mayo de 2001¹³⁸⁵, que se pronunció sobre una demanda indemnizatoria sustentada en el mal funcionamiento del sistema de airbag de un vehículo que se despistó, causando la muerte de su conductora, declarando responsable al productor del vehículo, ya que *"...si el airbag no se activó pese a darse todas las circunstancias exigidas para ello, esto únicamente puede ser debido a un defecto en la instalación o fabricación del mismo..."*, siendo evidente que quien adquiere o conduce un vehículo con sistema de airbag, espera razonable y legítimamente que en caso de un accidente, éste se active, evitándole daños graves o la muerte. En este caso ello no ocurrió, lo que sumado al llamado criterio de apartamiento de la serie -expresa BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO-, permitió dar por acreditado el defecto del airbag de este vehículo.¹³⁸⁶

¹³⁷⁹ Vid. LLAMBIAS, J. J., "Daños causados por productos elaborados", en LL, 1979-B-1100.

¹³⁸⁰ Vid. JUR 2003/122404.

¹³⁸¹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 148 y 149.

¹³⁸² Vid. RJA 1991/2443.

¹³⁸³ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 292.

¹³⁸⁴ Vid. CARNEVALI, U., "Responsabilità del produttore e prova per presunzioni", en Resp. civ. e prev., 1996, págs. 381 y ss.

¹³⁸⁵ Vid. AC 2001/796.

¹³⁸⁶ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Airbag", en AC, núm. 14, 2000, págs. 12 y ss.

En suma, es importante destacar que el perjudicado no tiene la obligación de probar un tipo o clase de defecto específico, pues conforme a la Directiva 85/374 y al TR¹³⁸⁷, le basta demostrar que el producto no presenta la seguridad que legítimamente cabía esperar, que es lo que se corresponde con la definición normativa de defecto por la que optó la Directiva 85/374 y sus normas de adaptación. Defecto que seguramente se encuadrará en algunos de los defectos cuya tipología hemos tenido oportunidad de mencionar con antelación.¹³⁸⁸

Nótese que el perjudicado tampoco tiene que probar que ha usado diligentemente el producto, pues una vez acreditado que el daño es consecuencia de la falta de seguridad del producto, innegablemente se configura la responsabilidad del productor. Con tal convicción, la STS, de 23 junio de 1993¹³⁸⁹, expresa que al perjudicado no *"...le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso, sino al fabricante la prueba de que fue incorrecto, para liberarse de su obligación de responder."*

No obstante lo dicho hasta aquí sobre el deber de probar que pesa sobre el perjudicado, hay que recordar que existe una presunción probatoria a favor de él, alojada en el artículo 137.2 del TR¹³⁹⁰, precepto que presume la existencia del defecto si el producto *"...no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."* Esta presunción de apartamiento de la serie, en todo caso, sería *iuris tantum*, por lo que se admitiría prueba en contrario del productor, quien debería acreditar, en opinión de MARTIN y de SOLE I FELIU, que, pese al menor nivel de seguridad que ofrece el producto en cuestión comparado con los demás ejemplares de la misma serie, el producto no es defectuoso, en cuanto igualmente ofrece la seguridad que cabía legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias.¹³⁹¹ Particularmente representativa de las decisiones judiciales que aplican este criterio del apartamiento de la serie para presumir la existencia de un defecto, es la STS, de 15 de noviembre de 2000¹³⁹², que dictamina que, aunque no logró probarse la incorrecta manipulación del producto por el personal médico que lo aplicaba, debe presumirse el carácter

¹³⁸⁷ Regla básica asentada en el artículo 1 de la Directiva 85/374 que dispone: *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos"*, misma que refrenda el artículo 135 del TR, que como principio general ordena que: *"Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*

¹³⁸⁸ Vid. *supra* apartado 3.9.- Tipos de defectos que pueden presentar los productos / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹³⁸⁹ Vid. LATORRE LOPEZ, A., 'La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso', en *"Valoración Judicial de daños y Perjuicios"*, JESUS FERNANDEZ ENTRALGO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 2, 1999, pág. 427.

¹³⁹⁰ Vid. TR, artículo 137.2. *"En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie."*

¹³⁹¹ Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Aplicación de la Ley de Responsabilidad por Productos Defectuosos: la explosión de una botella y el defecto de fabricación"*, en la Ley, núm. 5807, 2003, págs. 4 y 5.

¹³⁹² Vid. RJ 2000/8987.

intrínsecamente defectuoso de un catéter que se rompió y quedó alojado en la arteria pulmonar de un paciente, mientras le era aplicado. Ahora bien, el problema es que, se quiera o no, esta disposición sólo puede referirse a los defectos de fabricación, cuestión que no puede perderse de vista a la hora de aplicar esta disposición y la presunción probatoria simplemente legal que habilita.

2.2.3.- La prueba de la relación de causalidad entre el defecto y el daño.

Como sabemos, la Directiva 85/374 y el TR exigen que el perjudicado pruebe la existencia del defecto, del daño y de la relación de causalidad entre ambos. El nexo causal, al decir de DIAZ-AMBRONA, *"...es un concepto puente entre el daño y el juicio de valor sobre la conducta del que lo causó o entre la acción y el resultado."*¹³⁹³ En otras palabras, la relación de causalidad busca encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.¹³⁹⁴ Conforme ello, RODRIGUEZ CARRION nos dice que *"...no bastará con probar que el daño fue causado como consecuencia del uso del producto, ni tampoco probar que el producto era defectuoso, sino que se exige la prueba de que el daño fue la consecuencia del defecto del producto utilizado."*¹³⁹⁵ En resumidas cuentas, puntualiza VAZQUEZ FERREYRA, *"...la causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado..."*.¹³⁹⁶ Aunque, fuerza es decirlo, su determinación puede resultar muy compleja, por cuanto es raro que un hecho o un daño tenga una única causa.

La prueba del nexo causal, según la STS, de 5 octubre 1999¹³⁹⁷, es una cuestión esencial en la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, aunque, se debe precisar que no se trata de probar que el defecto obedece a una conducta culpable o negligente del productor, dado que la Directiva 85/374, como se sabe, implanta un sistema de responsabilidad cuasi objetiva. Vale decir, en lo referido a la exigencia del nexo causal, al perjudicado sólo le corresponde probar la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño producido, *"...sin*

¹³⁹³ Vid. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., (Coord.), *"Cuestiones sobre Responsabilidad Civil"*, Estudios UNED, Madrid, 2000, pág. 46.

¹³⁹⁴ Vid. REGLERO CAMPOS, F., 'El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002; SALVADOR CODERCH, P., *"Causalidad y responsabilidad"*, en InDret, nº 94, junio, 2002; PANTALEON PRIETO, F., *"Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación"*, en Centenario del CC, II, 1990; PIZARRO, D., 'Causalidad adecuada y factores extraños', en *"Derecho de daños"*, La Roca, Buenos Aires, 1989; BREBBIA, R. H., *"La relación de causalidad en el Derecho Civil"*, Edición Iuris, Rosario, sin fecha; DE COSSIO, A., *"La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de Derecho español"*, en ADC, t. II, 1966; DE CUEVILLAS M. I., *"La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños"*, Tirant lo Blanch, 2000; GOLDENBERG, I. H., *"La relación de causalidad en la responsabilidad civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984; ARCOS VIEIRA, M. L., *"Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva"*, en la Jurisprudencia, Aranzadi, Pamplona, 2005; INFANTE RUIZ, F. J., *"La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y causas hipotéticas"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; GESUALDI, D. M., *"Responsabilidad: factores objetivos de atribución; relación de causalidad"*, Ghersi-Carrozzo, Buenos Aires, 1987.

¹³⁹⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 161.

¹³⁹⁶ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 224.

¹³⁹⁷ Vid. RJA 1999/7853.

atender a culpabilidad alguna por parte del sujeto responsable..." enfatiza RODRIGUEZ CARRION.¹³⁹⁸

Asimismo, debe reafirmarse que la relación causal que interesa, es aquella existente entre el defecto y el daño y no entre el producto y el daño.¹³⁹⁹ Por ende, en rigor no basta demostrar que el daño fue causado por el producto en cuestión, error que se constata en más de una sentencia. GUTIERREZ SANTIAGO resalta un yerro de esta clase en la SAP de Ciudad Real, de 26 de noviembre de 2001, que expresa que *"...la responsabilidad del fabricante se asienta sobre la propia relación de causalidad, de modo que basta comprobar que el producto haya sido fabricado por aquél y que ese producto haya ocasionado el daño, para proclamar la responsabilidad..."*¹⁴⁰⁰, omitiéndose por el sentenciador toda ponderación referida al nexo causal con el defecto del producto en cuestión, incluso por la vía de darlo por establecido a través de presunciones, pretiriendo un elemento clave en la responsabilidad del productor.

La prueba del nexo de causalidad reviste alguna particularidad, cuando el defecto que se imputa al producto es un defecto de información. Sobre este particular se pronuncia la conocida STS, de 29 de mayo de 1993¹⁴⁰¹, recaída en el caso *Casilda D. B. con Comercial Farmacéutica Castellana, S.A. y Ridruejo Hermanos S.L.* Los hechos son los siguientes: la señora Casilda adquirió en un establecimiento de Burgos una botella de benceno nitración para la limpieza de ropa. El producto, envasado por *Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.*, llevaba una etiqueta que indicaba que se trataba de un producto inflamable, tóxico, así como los riesgos derivados de su utilización, además de instrucciones para su uso. Con todo, en ninguna parte se advertía que se trataba de un producto no apto para el uso doméstico, incumpliendo de este modo el RD 842/1985, de 5 de mayo, de desarrollo de lo dispuesto en el Capítulo IX del Código Alimentario español sobre las condiciones generales que, para uso doméstico y de la población infantil, deben reunir los disolventes, colas, pegamentos, pinturas, tintas, barnices y otros materiales análogos. Pues bien, la compradora, desatendiendo las advertencias e instrucciones sobre uso del producto informadas en la etiqueta adherida al envase, abrió la botella en su cocina, mientras tenía encendidos los fuegos de la misma, lo

¹³⁹⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 164.

¹³⁹⁹ Justo sería decir que, para algunos autores, la prueba del defecto en verdad es una prueba de identificación del producto y de las circunstancias en que su uso dio lugar al daño. Es decir, una prueba de hechos, de cómo se usó o no se usó el producto. En un sentido finalista, de causalidad física. Y la calificación del producto como defectuoso, esto es, que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, es una tema de imputación objetiva. Si se quiere, de valoración jurídica, tarea de competencia exclusiva y excluyente del juez y no del demandante. Por todos los que sostienen esa idea, Vid. PASQUAU LIAÑO, M., *"La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 124.

¹⁴⁰⁰ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 252 y 253.

¹⁴⁰¹ Vid. *"La responsabilidad civil de productos por defecto de información. La relevancia del incumplimiento de normas reglamentarias (comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1993)"*, en INIURIA I, 1994.

que dio lugar a que al derramarse el líquido sobre el suelo y sobre las ropas de ella, se produjese el incendio origen de los daños y perjuicios reclamados en este juicio. Si bien el Juzgado de Primera Instancia y la AP desestimaron la demanda de indemnización de perjuicios, el TS revocó dichos fallos de instancia, concediendo una indemnización de perjuicios inferior a la solicitada. El fundamento de esta sentencia revocatoria, que da lugar a la demanda parcialmente, es que se considera que la actuación de la sociedad envasadora y distribuidora fue negligente, ya que infringió el deber de información acerca del producto, al omitir en la etiqueta del envase la indicación de que no era apto para el uso doméstico. Aunque advierte que, en su opinión, han concurrido al resultado dañoso 2 actividades culposas: (i) la de la actora perjudicada, que manejó el producto desatendiendo las claras y precisas instrucciones que sobre su uso se contenían en la etiqueta del producto; y (ii) la de la empresa fabricante, al haberse omitido advertencias sobre usos prohibidos del producto en cuestión, lo que da lugar a una verdadera compensación de culpas, pues la indemnización de perjuicios se reduce notablemente, ya que ha de ser proporcional a la relación directa que cada una de las actividades culposas concurrentes ha tenido en la producción del resultado dañoso, como lee el FD 4º de ésta sentencia. En tal sentido, discurre el juzgador que la mayor entidad culposa es imputable a la demandante, quien manipuló la botella de benceno en las proximidades de los focos de fuego de la cocina, pese a la prohibición expresa y terminante contenida en la etiqueta, por lo que aquella deberá asumir un 80% de los daños causados y, consecuentemente, se le impone una condena indemnizatoria a la demandada *Comercial Farmacéutica Castellana S.A.*, igual al 20% restante de los daños sufridos por la demandante. En suma, la infracción a las normas reglamentarias que imponían a la demandada hacer una advertencia específica en la etiqueta, consistente en que el producto no era apto para el uso doméstico, es considerado por el TS como un defecto de información que acarrea su responsabilidad. Con todo, es de toda evidencia, como apunta MARIN, que la comprobación de la existencia del nexo causal entre tal defecto de información y el daño sufrido por el perjudicado, *"...tendría que haber discurredo por otros derroteros, pues debería de haberse comprobado si la causa de los daños fue, en efecto, el defecto de información. Dicho en otros términos, el Tribunal tendría que haber emitido un juicio hipotético sobre si la víctima no habría sufrido los daños de haber figurado en el etiquetado del productor la advertencia "no apto para uso doméstico". La respuesta seguramente habría sido negativa, pues, si bien es cierto que no figuraba esa leyenda, y que por tanto existía una infracción de la normativa administrativa, había en la etiqueta otras advertencias claras sobre el no uso del producto cerca del fuego, dada su condición de producto inflamable."*¹⁴⁰² Sin embargo, el TS no se mete en este tema, pues al parecer consideró acreditado el nexo causal por el simple incumplimiento de la norma reglamentaria antes citada.

¹⁴⁰² Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 86 y 87.

En este contexto, es de destacar que muchas veces acreditado que sea el defecto del producto, el tribunal llamado a juzgar, presume o infiere la relación causal entre éste y el daño, sin más miramientos. De hecho, al decir de VELA, en torno a la prueba de la relación causal la jurisprudencia "*...viene fijando un solapamiento de la cuestión de la causalidad mediante el examen del título de imputación -el riesgo creado-, lo que se traduce en su presunción de hecho, en una inversión de la carga de la prueba de la causalidad, en definitiva, en un instrumento más de la objetivación de la imputación de la responsabilidad.*"¹⁴⁰³ En opinión de MARCO, no es raro que en ocasiones esta inferencia "*...llega a realizarse, aun sin una prueba terminante del defecto, en base al mero comportamiento anormal del producto, estimándose entonces que el desarrollo de los hechos es de por sí lo suficientemente elocuente o significativo de la relación causal entre el producto, que, prima facie, se revela defectuoso, dado su anormal funcionamiento, y el daño padecido, dado que a falta de otros factores externos el evento dañoso sólo puede haberse producido a causa de la existencia de un defecto...*"¹⁴⁰⁴, lo que representa una aplicación -más o menos evidente- de la regla presuntiva ya tantas veces citada del *res ipsa loquitur*¹⁴⁰⁵, que persigue evitar que la imposibilidad de acreditar cómo se produjo el daño, repercuta sobre el perjudicado, ya que se asume que el productor es quien cuenta con la mejor información al respecto y, por ende, a quien incumbe y está en mejor posición de destruir esta presunción, por la vía de una prueba que debiéramos catalogar de dinámica, en lo que nos parece una disimulada inversión de la carga de la prueba en perjuicio del productor, pues contraría el texto expreso de los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR, que ponen de cargo del perjudicado una específica carga probatoria.

VATTIER, con una evidente visión protectora, ha llegado a decir que "*...la relación de causalidad no sólo debería presumirse en ciertos casos, sino que podría quedar exenta de prueba cuando sea evidente.*"¹⁴⁰⁶ Y en esa misma línea argumental, REGLERO sostiene que tratándose de actividades profesionales o empresariales en que puede resultar particularmente costoso al perjudicado averiguar la causa del hecho dañoso -que es precisamente el caso de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos-, "*...no ha de ser estrictamente exigible una certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, sino que debe considerarse suficiente una razonable probabilidad de su existencia, medible atendiendo a las circunstancias del caso... Se trataría siempre, naturalmente, de una presunción iuris tantum en cuanto aquél [el demandado] puede acreditar que existió otra causa*

¹⁴⁰³ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "*Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Comares, Granada, 2004, págs. 150 y 151.

¹⁴⁰⁴ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 197.

¹⁴⁰⁵ Vid. *supra* Nota 470, definición de la regla *res ipsa loquitur* en el contexto de la *Strict Liability*; Nota 1350, síntesis de las decisiones judiciales que aplican la regla del *res ipsa loquitur*.

¹⁴⁰⁶ Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., "*La responsabilidad civil por alimentos defectuosos*", en AC, n° 8, 2002, pág. 286.

determinante que le era totalmente ajena, o que no le era objetivamente imputable...".¹⁴⁰⁷

2.2.4.- ¿Es necesario probar la relación de causalidad entre el defecto del producto y la actividad del productor?

Alguna discusión se ha generado acerca de este punto. RODRIGUEZ LLAMAS expresa que un aspecto de la mayor importancia estriba en el nexo causal entre el producto defectuoso y la actividad del productor, aunque ni la Directiva 85/374 ni el TR hacen alusión expresa a él, refiriéndose sólo al nexo causal entre el defecto y el daño.¹⁴⁰⁸

En su opinión, si reparamos en que la exigencia legal no impone al perjudicado probar el vínculo causal entre el defecto del producto y la actividad del productor, sino que la relación causal entre el defecto del producto y el daño, ello no puede significar que se esté prescindiendo de la primera relación causal enunciada, pues si así fuese, significaría que la responsabilidad del productor *"...se estaría basando en la mera causación del daño por el producto defectuoso..."*¹⁴⁰⁹, perdiendo de vista que lo que justifica la atribución de responsabilidad objetiva al productor, es el riesgo que crea con su actividad empresarial y no el que simplemente se emplee o consuma un producto defectuoso. Al menos no es así en la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias, como el TR. Y si el perjudicado *"...no ha de probar el nexo causal entre el defecto y la actividad del fabricante es porque se presume que los defectos existentes en los productos han sido causados automáticamente por su fabricante..."*¹⁴¹⁰, quien ha de responder por ellos.

No conocemos más debates sobre este punto que levanta RODRIGUEZ LLAMAS. Pero de *lege lata*, nos parece que la exigencia probatoria que imponen los referidos artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR es clarísima. Por lo que al perjudicado le basta acreditar la relación de causalidad entre el defecto y el daño. Por el contrario, si el productor acredita que no existe relación causal entre su conducta y el defecto, en realidad está configurando la causal de exclusión de responsabilidad contemplada en el artículo 7.b) de la Directiva 85/374¹⁴¹¹ y 140.1.b) del TR¹⁴¹², con lo que se resuelve el cuestionamiento de esta autora, pues

¹⁴⁰⁷ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., 'El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 319 y 320.

¹⁴⁰⁸ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 105.

¹⁴⁰⁹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 105.

¹⁴¹⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 106.

¹⁴¹¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.b). *"o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;..."*

¹⁴¹² Vid. TR, artículo 140.1.b). *"Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto."*

nos parece que lo que el legislador ha hecho, coherentemente, es prescindir de esa primera relación causal, pues la dificultad probatoria del perjudicado sería enorme y porque racionalmente, una vez verificado el daño, que se relaciona causalmente con el defecto, quien debe responder es el controlador del riesgo fabril, esto es, el productor. Sin embargo, a él se le faculta para probar que esa racionalidad, basada en indicios o presunciones, puede ser desacreditada por la vía de demostrar que al poner en circulación el producto, éste no era defectuoso, lo que implícitamente significa descartar la relación causal entre su conducta fabril y el defecto.

2.3.- ¿Debe probarse que el producto defectuoso que ha causado el daño ha sido fabricado por el productor que se intenta demandar?

Si bien las citadas disposiciones de los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR, no exigen que el perjudicado pruebe que el producto defectuoso que ha causado el daño fue fabricado por el productor, pareciera ser que ello no puede ser entendido de otro modo, si nos detenemos a reflexionar sobre el principio que funda los artículos 6.2 de la Directiva 85/374 y 137.3 del TR¹⁴¹³, que al definir producto defectuoso expresan, esencialmente, que un producto no es defectuoso por la sola razón de que posteriormente se haya puesto en circulación un producto más seguro o más perfecto, de lo que se sigue, por conclusión lógica, que se está discutiendo sobre la persona del productor. Sólo pensando en el productor del producto defectuoso, es que las disposiciones en referencia tienen sentido. De suerte que podemos afirmar que el perjudicado debe probar que el producto defectuoso lo fabricó o distribuyó el responsable principal que pretende demandar, sea éste el productor, el productor aparente o el importador Comunitario. Si no lo puede hacer, por el motivo que sea, tiene la opción de dirigirse y probar quien fue su proveedor, según le habilitan los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.¹⁴¹⁴ En tal evento, se invierte la situación probatoria, pues será el proveedor el que tendrá la carga de probar quién ha sido el productor -real o aparente-, o el importador Comunitario o cualquier distribuidor anterior dentro del plazo legal, a fin de verse librado de responsabilidad.¹⁴¹⁵ Si no es capaz de hacerlo, como sabemos, deberá responder ante el perjudicado.

¹⁴¹³ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.2. "Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado." / TR, artículo 137.3. "Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."

¹⁴¹⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor." / TR 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."

¹⁴¹⁵ Lo que en teoría no debiera ser una prueba difícil, pues contará con las facturas de compra, contabilidad, cartas y el entramado comercial habitual.

2.4.- Crítica al *onus probandi* que pesa sobre el perjudicado de acuerdo a los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR.

La obligación probatoria que al perjudicado asiste en este ámbito, conforme los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR, no es bien evaluada por la doctrina mayoritaria, pues se estima que transforma en ilusorio este régimen especial de protección, ya que la prueba sigue siendo sumamente ardorosa. Así, BOTANA y RUIZ MUÑOZ sugieren que se trata "*...de un precepto enormemente gravoso para el dañado, que puede impedir en la práctica la propia efectividad de la ley y por tanto de la Directiva...*".¹⁴¹⁶ GUTIERREZ SANTIAGO también se suma a esta crítica, en cuanto entiende que en "*...contraste con la relativa facilidad de la prueba del daño sufrido, no puede ignorarse la gravosa carga que el art. 5 -entiéndase de la derogada LPD- hace pesar sobre la víctima cuando le exige probar el defecto del producto y la relación causal entre el defecto y el daño.*"¹⁴¹⁷

Sin embargo y sin perder de vista lo acertado de estas diatribas, es posible afirmar que en los casos reales sometidos a la decisión de un tribunal de justicia, la prueba en cuestión pueden resultar facilitada por la práctica judicial que, respecto de la carga probatoria del perjudicado, normalmente procura darla por cumplida: (i) por medio de meras presunciones; (ii) a través de la inversión de la carga de la prueba; (iii) en virtud de la aplicación de la regla del *res ipsa loquitur*; (iv) etcétera.¹⁴¹⁸ De hecho, ROGEL enfatiza este tipo de soluciones judiciales, que liberan al perjudicado de la prueba de esta triada, pues en su opinión -construida sobre el artículo 5 de la derogada LPD- "*...no se entiende en modo alguno que el perjudicado tenga que probar, en base al art. 5 de la Ley 22/1994, el defecto del producto, amén del daño habido y la relación de causalidad entre ambos. Con el art. 1902 del Código Civil en mano, interpretado por la jurisprudencia, el defecto se presume por la mera producción del daño, jugando al respecto expedientes jurisprudenciales paliativos del sistema de responsabilidad por culpa, tales como el del agotamiento de la diligencia, el de la inversión de la carga de la prueba, el de la presunción *iuris tantum* de culpa del agente o el del principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio de la víctima. Con el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por delante, a la víctima no se le exige prueba alguna del defecto del producto. No se le exige ni tan siquiera con el 25 de la misma Ley. Por todo ello -termina diciendo este autor-, hay que prescindir del art. 5 de la Ley 22/1994 en los que a la prueba del defecto a cargo de la víctima se*

¹⁴¹⁶ Vid. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 517.

¹⁴¹⁷ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 250.

¹⁴¹⁸ Vid. *supra* apartado 5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374 / Capítulo II LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE II.

refiere..."¹⁴¹⁹, ponencia que nos parece seguir siendo perfectamente válida al tenor del TR.

Con todo, y este es el riesgo, lo que no debiera ocurrir es que el sentenciador, frente a la innegable dificultad de la prueba que pesa sobre el perjudicado, ceda al impulso de extralimitarse en la ponderación de las presunciones y la prueba indiciaria, para dar por acreditado el daño, el defecto y la relación causal entre ambos, sin ningún cuidado jurídico-dogmático y por el mero deseo de indemnizar al perjudicado, más bien por consideraciones humanitarias, que por el mérito del proceso judicial indemnizatorio. Una advertencia sobre los peligros que encierra la exacerbación de las presunciones judiciales, se encuentra en la STS, de 30 de junio de 2000¹⁴²⁰, comentada por GUTIERREZ SANTIAGO¹⁴²¹, referida a una explosión de gas que provocó la muerte y lesiones a los moradores de una vivienda, en que se absuelve a la empresa *Repsol*, bajo el predicamento que "*...para la imputación de responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal... ...requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina de la inversión de la carga de la prueba ni en la objetivación de la responsabilidad, y cuya prueba incumbe al actor.*"

3.- Daños indemnizables por la Directiva 85/374 y por el TR: (i) daños personales; y, (ii) daños materiales causados a bienes diversos al producto defectuoso.

En cuanto a los perjuicios o daños que se pueden indemnizar por aplicación de estos cuerpos normativos especiales, el principio general es que cualquier daño personal es indemnizable, así como ciertos daños materiales¹⁴²², pues se excluyen, expresamente, los daños morales y los daños causados al producto mismo, según tendremos oportunidad de analizar enseguida.¹⁴²³

¹⁴¹⁹ Vid. ROGEL VIDE, C., "Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la Jurisprudencia en la mano", en RGLJ, núm. 5, 1999, pág. 605.

¹⁴²⁰ Vid. RJA 2000/5918.

¹⁴²¹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 297.

¹⁴²² Vid. TRIGO REPRESAS, F. A., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", en LL 1979-C-790; AZPEITIA, G. A., LOZADA, E., MOLDES, A. J. E., "El daño a las personas: sistemas de reparación Doctrina y jurisprudencia", Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998; DE LA FUENTE, H., "Concepto jurídico de daño. Daño patrimonial y daño moral", en ED, 87-915; MCINTOSH, D., HOLMES, M., "Indemnizaciones por lesiones personales en los países de la CEE", Colex, Madrid, 1992; GOLDENBERG, I. H., "Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación", Hammurabi, Buenos Aires, 1993.

¹⁴²³ Vid. *infra* apartado 3.3.- Daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR: (i) Los daños morales; (ii) Daños ocasionados al propio producto defectuoso; (iii) Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas; (iv) Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR; (v) Daños causados en bienes empresariales o profesionales; (vi) El lucro cesante derivado de los daños materiales; (vii) Daños Nucleares; y (viii) Daños causados por un producto peligroso no defectuoso / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

En efecto, el artículo 9 de la Directiva 85/374¹⁴²⁴ define que se entiende por daños a fin de responsabilizar al productor por los daños causados por un producto defectuoso, estimando tales a los daños causados por muerte o por lesiones corporales y a los daños causados a una cosa o su destrucción, siempre que no se trate del propio producto defectuoso y se cumplan ciertos requisitos que la misma disposición se encarga de señalar. Reitera esta idea el artículo 129.1 del TR¹⁴²⁵, que dispone, en términos muy similares, que el régimen de responsabilidad que instaure protege tanto los daños personales, incluida la muerte, como los daños materiales, siempre que éstos últimos reúnan ciertos requisitos que este precepto exige. A su turno, el Considerando 9º de la Directiva 85/374 razona sobre esta regulación, en orden a que *"...la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como las de los daños causados a los bienes..."*¹⁴²⁶, acotando su ámbito de aplicación. En este sentido, es destacable la STJCE en el asunto *Veefald* -que trae a colación GONZALEZ VAQUE-, que estimó que el artículo 9 de la Directiva 85/374 *"...debe interpretarse en el sentido de que, a excepción del daño moral cuya reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del Derecho nacional y de las exclusiones que resultan de las precisiones aportadas por esta disposición en lo que respecta a los daños causados a una cosa, un Estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados..."*¹⁴²⁷

Es decir, se declaran indemnizables los supuestos de muerte, lesiones corporales y daños producidos en cosas distintas del propio producto defectuoso, sin importar si el perjudicado es el adquirente directo del producto, su usuario a cualquier título, un mero tenedor o simplemente por haber estado en contacto con el producto. Por ende, es posible inferir que esta legislación especial ampara a todo aquél a quien la utilización o consumo de un producto defectuoso le haya causado un daño de los mencionados, sin *"...establecer ningún criterio restrictivo respecto al período de disfrute de los bienes. Es más, ni siquiera exige que la utilización o consumo del producto se haya realizado de manera constante."*¹⁴²⁸ Por las mismas

¹⁴²⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 9. "A los efectos del artículo 1, se entiende por daños: a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o a la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) Sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privado, y ii) El perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados."

¹⁴²⁵ Vid. TR, artículo 129.1. "El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado."

¹⁴²⁶ Vid. Directiva 85/374, Considerando 9º. "Considerando que la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios;..."

¹⁴²⁷ Vid. GONZALEZ VAQUE, L., "La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas al debate Comunitario", en EC, nº 64, 2003, pág. 29.

¹⁴²⁸ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 145.

razones, se deben incluir los usos meramente accidentales o circunstanciales de un producto defectuoso, siempre que el producto pueda considerarse en circulación, vale decir, dentro del mercado. Con todo, no debe perderse de vista que se excluyen ciertos daños, como veremos más adelante.¹⁴²⁹

En síntesis, concluyen HIDALGO y OLAYA, puede decirse que los daños personales y los daños materiales que son objeto de protección por parte de la Directiva 85/374 y del TR, se conceptualizan como “...*el menoscabo producido en la persona o bienes del perjudicado por acto ilícito o civil de un producto defectuoso...*”¹⁴³⁰; mismo que puede producirse como consecuencia de: (i) la muerte del perjudicado; (ii) las lesiones sufridas por el perjudicado; y, (iii) la pérdida o deterioro de un bien mueble o inmueble, con algunas excepciones que las mismas normas en comento consagran.

Veamos cuáles son estos daños cubiertos por la Directiva 85/374 y por el TR.

3.1.- Daños personales.

Por daños personales se entiende aquellos que derivan de la muerte o lesiones corporales del perjudicado.

Los daños personales son los que gozan de mayor protección en la Directiva 85/374, lo cual es consistente con el énfasis prioritario que en temas de consumo Comunitario tienen la vida y la salud de las personas¹⁴³¹, al decir de ALCOVER.¹⁴³² Es conveniente recordar que, en el contexto de los daños personales que protege la Directiva 85/374, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad, es uno de los primeros derechos fundamentales reconocidos a los consumidores en el ámbito de la UE.¹⁴³³ Tanto, que la CPOL, a través de su artículo 15, registra el derecho a la vida, a la integridad física y moral, como un derecho esencial de la persona. Supone esta disposición, asimismo, la afirmación al derecho de la salud y otros derechos afines, tales como las mejoras en la calidad de vida, la defensa del medio ambiente y la defensa de los consumidores. A mayor abundamiento, el artículo 43 de la misma Carta Política, consagra el derecho a la protección de la

¹⁴²⁹ Vid. *infra* apartado 3.3.- Daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR: (i) Los daños morales; (ii) Daños ocasionados al propio producto defectuoso; (iii) Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas; (iv) Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR; (v) Daños causados en bienes empresariales o profesionales; (vi) El lucro cesante derivado de los daños materiales; (vii) Daños Nucleares; y (viii) Daños causados por un producto peligroso no defectuoso / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACIÓN / PARTE II.

¹⁴³⁰ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., “*Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante*”, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 144.

¹⁴³¹ La salud está definida por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1996, como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

¹⁴³² Vid. ALCOVER GARAU, G., “*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 79.

¹⁴³³ Vid., por todos, PARRA LUCAN, M. A., “*Daños por productos y protección del consumidor*”, Bosch, Barcelona, 1990.

salud y su artículo 51 ordena a los poderes públicos que garanticen la defensa de los consumidores, protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses de ellos, ordenándoles que establezcan procedimientos eficaces para ello. Y sabido es que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pues regulan y limitan su actuar de cara al ciudadano. Como dice TEJEDOR, no cabe duda *"...que la salud constituye uno de los más anhelados bienes del hombre. Cuando carecemos de ella y tenemos alguna enfermedad confiamos en que los medicamentos nos puedan curar, aliviar o ayudar a traer la enfermedad."*¹⁴³⁴

Es en este sentido que HIDALGO y OLAYA afirman que los daños personales *"...en virtud de los principios generales trazados a nivel comunitario y estatal de protección de la salud y de la seguridad del consumidor, son los que gozan de mayor protección."*¹⁴³⁵ LASARTE, por su parte, es de la opinión que, en *"...lo que se refiere a los daños personales, la protección abarca a todo tipo de sujetos sin distinción en tanto que perjudicados, ya sean consumidores o no..."*.¹⁴³⁶ Es decir, a efectos del daño, es indiferente que la relación con el producto se produzca como consumidor, usuario o como un tercero ajeno al acto de consumo -es decir, un no contratante-, por lo que fuerza es concluir que cualquier persona, incluidos los *bystanders*, quedan amparados por esta legislación especial de cara a daños de este tipo.

En cuanto a los daños que quedan cubiertos bajo la voz daños personales¹⁴³⁷, debe concluirse, siguiendo en esto a ALCOVER, que *"...todo daño consecuencia de la muerte o de las lesiones queda cubierto tanto si constituye daño emergente (y aquí y se deben incluir entre otros los gastos necesarios encaminados al restablecimiento de la salud personal) como el lucro cesante (en donde deben comprenderse las ganancias dejadas de obtener por no poder realizar la actividad habitual)."* ¹⁴³⁸

3.1.1.- La muerte del perjudicado.

Tanto el artículo 9 de la Directiva 85/374, como el artículo 129.1 del TR, aluden a la muerte, instituto que obviamente no plantea ninguna duda sobre su alcance.

Apunta ALCOVER, que la Directiva 85/374 -y tampoco lo hace el TR-, no resuelve la cuestión que se suscita en caso de muerte de la víctima y el derecho a ser indemnizado, en orden a que se estime que esa indemnización ingresa al patrimonio del *de cuius*, siendo parte de su herencia, o en realidad es un derecho del cónyuge sobreviviente o de sus hijos o parientes más cercanos, en cuanto

¹⁴³⁴ Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., "La responsabilidad por medicamentos defectuosos", en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2764.

¹⁴³⁵ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., "Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante", Bosch, Barcelona, 1997, pág. 141.

¹⁴³⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Manual sobre protección de consumidores y usuarios", Dykinson, Madrid, 2003, pág. 294.

¹⁴³⁷ Vid. VICENTE DOMINGO, E., "Los daños corporales: tipología y valoración", Bosch, Barcelona, 1994.

¹⁴³⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 79.

perjudicados directamente con la muerte de la víctima.¹⁴³⁹ Con todo, la vida humana, al fin del día, también constituye un interés económico, por lo que el fallecimiento puede dar lugar a una obligación indemnizatoria de cargo del responsable de la muerte, que deba cubrir el daño emergente y el lucro cesante de aquellos que dependían del difunto -léase víctima-, quienes serían los perjudicados, así como los gastos realizados, ora médicos, o de farmacia, pérdidas de rentas, sueldos, costes del entierro, etcétera.¹⁴⁴⁰ En tal caso, entiende LUCEA, el resarcimiento de los deudos del perjudicado debiera "*...basarse en un criterio de perjuicio sufrido por la víctima...*".¹⁴⁴¹

3.1.2.- Lesiones sufridas por el perjudicado.

Dentro de las lesiones a que aluden el artículo 9 de la Directiva 85/374 y el artículo 129.1 del TR, deben entenderse comprendidas las lesiones corporales de todo tipo, físicas y psíquicas, incluyendo además las enfermedades, así como los gastos de curación y recuperación de la salud y todos los demás gastos derivados de tales lesiones e, incluso, el lucro cesante consecuencia de las mismas, piensa GUTIERREZ SANTIAGO¹⁴⁴², incluidas las prestaciones resarcitorias equivalentes a la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de las lesiones sufridas, así como las pérdidas patrimoniales sufridas durante los periodos de inactividad total o parcial, sea transitoria o definitiva.¹⁴⁴³ Bien vistos estos artículos, ellos no especifican el alcance de las lesiones cubiertas, por lo que, en buena lógica, deben entenderse incluidas toda clase de lesiones y sin ningún tipo de limitación respecto de sus cuantías.¹⁴⁴⁴ Los BERCOVITZ son enfáticos en este punto, expresando que las palabras lesiones corporales deben entenderse en su sentido más amplio, "*...ya que una interpretación estricta del término carecería de justificación y dejaría sin la protección de la Directiva a la mayor parte de los casos de lesión del derecho a la salud derivada del consumo de productos defectuosos. Los gastos sanitarios son daño incluso cuando no consiguen su objetivo, como ocurre manifiestamente cuando se produce posteriormente la muerte.*"¹⁴⁴⁵

¹⁴³⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 80.

¹⁴⁴⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, págs. 42 y 43.

¹⁴⁴¹ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 25.

¹⁴⁴² Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 170.

¹⁴⁴³ En relación a la capacidad de trabajo del perjudicado, alguna doctrina cree que la invalidez (transitoria o permanente), no está considerada dentro del ámbito de protección de esta legislación especial, sino que debe ser cubierta por la legislación laboral y por la de Seguridad Social.

¹⁴⁴⁴ A mayor abundamiento, hay un argumento a *contrario sensu* en favor de esta afirmación, pues respecto de los daños materiales sí se establecen límites de cuantía y determinadas exclusiones a texto expreso, según se lee en los artículos 9.b) de la Directiva 85/374 y 129 del TR.

¹⁴⁴⁵ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., "*Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*", Tecnos, Madrid, 1987, pág. 275.

Con todo, no es pacífico en la doctrina que estén cubiertas las lesiones psíquicas. Por ejemplo, GOMEZ CALERO e HIDALGO y OLAYA estiman que no es así¹⁴⁴⁶, pero RODRIGUEZ CARRION y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO piensan que están incluidas.¹⁴⁴⁷ LASARTE también se decanta por esta última opción, expresando que "...también deben ser indemnizadas..."¹⁴⁴⁸; aserto que encuentra apoyo en múltiples fallos del TS, que han indicado "...que los daños de muerte y lesiones deben incluir el daño emergente, el lucro cesante, y el daño moral..."¹⁴⁴⁹, aunque sabemos que el daño moral está excluido de esta legislación especial.¹⁴⁵⁰

3.1.3.- Límites resarcitorios para los daños personales contemplados en la Directiva 85/374 y en el TR.

En cuanto feudatarias de un régimen de responsabilidad objetivo o cuasi objetivo, la Directiva 85/374 y el TR consagran un límite máximo de indemnización de los daños personales por cada accidente de consumo. Para MORALES y SANCHO, la evolución hacia una responsabilidad objetiva muestra en el Derecho comparado una disminución de los daños indemnizables y esta legislación especial "...es prueba de ello..."¹⁴⁵¹ Frente a un sistema objetivo de responsabilidad, esta limitación de responsabilidad está justificada, nos dice RODRIGUEZ CARRION, pues es un "...mecanismo de moderación o atemperación del rigor inherente al sistema de la responsabilidad objetiva..."¹⁴⁵² Tampoco es descartable que se haya permitido esta limitación de responsabilidad, en reconocimiento de las distintas realidades de cada Estado miembro de la UE anteriores a la Directiva 85/374 en este ámbito de la responsabilidad, pero siempre cautelando una cifra suficiente para asegurar una adecuada protección de las posibles víctimas.¹⁴⁵³

Es por ello que el artículo 16.1 de la Directiva 85/374¹⁴⁵⁴, dispone que cada Estado miembro de la UE establecerá el límite resarcitorio que desee, respecto de la

¹⁴⁴⁶ Vid. GOMEZ CALERO, J., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 119; HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., "Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante", Bosch, Barcelona, 1997, pág. 147.

¹⁴⁴⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 44; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985", en EC, n° 7, 1986, pág. 110.

¹⁴⁴⁸ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Manual sobre protección de consumidores y usuarios", Dykinson, Madrid, 2003, pág. 294.

¹⁴⁴⁹ Vid. MORALES & SANCHO ABOGADOS, "Manual Práctico de Responsabilidad Civil", segunda edición, Comares, Granada, 1995, pág. 885.

¹⁴⁵⁰ Vid. *infra* apartado 3.3.1.- Los daños morales / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

¹⁴⁵¹ Vid. MORALES & SANCHO ABOGADOS, "Manual Práctico de Responsabilidad Civil", segunda edición, Comares, Granada, 1995, pág. 885.

¹⁴⁵² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 255.

¹⁴⁵³ Resabio seguramente del Anexo del Convenio del Consejo de Europa de 1977, que permitió también la fijación de un tope máximo, tanto global como por persona.

¹⁴⁵⁴ Vid. Directiva 85/375, artículo 16.1. "Cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS."

responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por productos idénticos que presenten el mismo defecto, límite que no podrá estar por debajo de 70 millones de ECUS, lo que el artículo 141.b) del TR¹⁴⁵⁵ refrenda en lo esencial, fijando como tope la cantidad de 63.106.270,96 euros. Y fuerza es decirlo, la imposición de un límite indemnizatorio no nos debe extrañar, pues atendida la naturaleza de la producción en serie, un mismo defecto puede ocasionar un número ilimitado de perjudicados, por lo que la consideración de acotar los montos indemnizatorios también encuentra explicaciones de índole económica, no siempre concluyentes, pero pragmáticas. LASARTE, comentando este límite resarcitorio, expresa que se trata "*...de una técnica jurídica que va siendo habitual y sumamente preocupante en el tratamiento de la responsabilidad civil en general: conforme el criterio de imputación es más riguroso y se van sustituyendo los criterios subjetivos por objetivos, se acompañan tales criterios de límites cuantitativos al conjunto global de las indemnizaciones. La razón -no siempre convincente- está en facilitar la asegurabilidad del riesgo sin encarecer en exceso el producto o servicio de que se trate.*"¹⁴⁵⁶ En este sentido, se ha dicho que el establecimiento de este baremo por parte del legislador Comunitario, se correlaciona íntimamente con lo que en el campo de los seguros se denomina *siniestros en serie*, para los cuales se fija un límite máximo de cobertura a cargo del asegurador, atendida la naturaleza del vicio, un vicio en serie y oculto, que puede causar un número considerable de daños a distintas personas. De esta forma, por lo demás, se le permite al empresario valorar con mayor precisión el riesgo máximo al cual puede verse enfrentado y así poder someterlo a una cobertura de seguros apropiada, conjugando los montantes de indemnización con los costos de seguros de responsabilidad civil, sin transformar esa posibilidad indemnizatoria en un obstáculo para el desarrollo y la producción empresarial.¹⁴⁵⁷

Cabe advertir que para RODRIGUEZ CARRION, más que una limitación de responsabilidad, se trata de una "*...limitación de la deuda derivada de la responsabilidad del empresario...*"¹⁴⁵⁸, afirmación que compartimos, pues en realidad lo que hace el legislador Comunitario en este caso, es fijar un monto máximo de indemnización posible de reclamar, acudiendo a la técnica de baremar.

Nótese que este límite indemnizatorio opera globalmente, por lo que no se le permite a los Estados miembros de la UE introducir un límite cuantitativo para cada caso. Vale decir, se trata de un límite global basado en 4 requisitos: (i) se trata

¹⁴⁵⁵ Vid. TR, artículo 141.b). "*La responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros.*"

¹⁴⁵⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "*Manual sobre protección de consumidores y usuarios*", Dykinson, Madrid, 2003, pág. 295.

¹⁴⁵⁷ Vid. DUFWA, B. W., "*Responsabilité du fait des produits en droit suédois*", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, año XXIX N° 3, Ed. Libraires Techniques, Paris, julio-setiembre, 1977, pág. 527.

¹⁴⁵⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 252.

de artículos idénticos; (ii) presentan un mismo defecto; (iii) se trata de un mismo sujeto responsable; y, (iv) ellos provocan un resultado de muerte o lesiones corporales a varias personas.¹⁴⁵⁹

La redacción del artículo 16 de la Directiva 85/374 ha sido catalogada como deficiente por la doctrina, que incluso la acusa de problemática. Puntualmente, LUCEA denuncia que las expresiones empleadas por el legislador no son felices, pues dan pie a varias dudas. Por lo pronto: (i) se cuestiona que pueda "*...ser insuficiente y se echa en falta una mayor concreción del concepto artículo...*"; (ii) queda la duda "*...si la referencia al fabricante engloba a todos los que intervengan como suministradores de productos intermedios o no...*".¹⁴⁶⁰ Empero, nos parece que pueden ser considerados productos idénticos, los que han sido producidos por el mismo productor y puestos en circulación por él. O bien, razonar que se alude, genéricamente, a toda una serie de productos similares, elaborados o puestos en circulación por distintos productores, importadores o proveedores. Esta discusión, si bien posible según la doctrina, se ha superado a través de una interpretación que opta por entender que la limitación en comento "*...está referida al mismo fabricante y a una serie de sus productos que gocen de idénticas características...*".¹⁴⁶¹ En términos similares, JIMENEZ LIEBANA plantea que productos idénticos son "*...las unidades del producto producidos o fabricados en condiciones exactamente iguales...*".¹⁴⁶² Por lo que, tomando como base estas 2 definiciones, parece posible darle contenido conceptual a este precepto y fijar su significado de una manera coherente, asumiendo que el legislador está hablando de unidades producidas en forma idéntica por el mismo productor, pues en caso contrario, se generarían serios problemas probatorios para el perjudicado.

Una cuestión interesante, es el caso en que las reclamaciones que deba soportar el productor sobrepasen el límite consagrado por el artículo 141.b) del TR. ¿Qué se podría hacer en ese caso? Para RODRIGUEZ CARRION -aunque lo ha dicho a propósito de la LPD- lo pertinente es distribuir el exceso en forma "*...proporcional entre todos los perjudicados...*"¹⁴⁶³, debiendo concluirse, necesariamente, que los perjudicados habrán de perseguir las diferencias que no resulten cubiertas, a través de las acciones que les conceda el Derecho común para resarcirse de todo perjuicio remanente. Otra opción consiste en que el perjudicado acumule las acciones que le correspondan en conformidad al Derecho común para reclamar los

¹⁴⁵⁹ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "*La responsabilidad civil del producto*", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 74.

¹⁴⁶⁰ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "*Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros*", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, pág. 27.

¹⁴⁶¹ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "*Contratación y Consumo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 145.

¹⁴⁶² Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., "*Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*", McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 419.

¹⁴⁶³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 256.

perjuicios excluidos, con las acciones que le confiere esta legislación especial con el límite visto, acumulación que resulta totalmente legítima a la luz de lo prevenido en los artículos 153 y ss. de la LEC.¹⁴⁶⁴

Es de destacar que la Directiva 85/374 no fijó este límite de forma imperativa, ya que deja al criterio de los Estados miembros de la UE su determinación, según se lee de su artículo 16.1, cuando dice "...a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS...".¹⁴⁶⁵ España ha hecho uso de esta facultad, al igual que Alemania, Grecia y Portugal.

Por último, el límite indemnizatorio que recoge la Directiva 85/374, según lee su artículo 16.2¹⁴⁶⁶, debe ser revisado transcurridos 10 años a partir de la fecha de notificación de la Directiva, para efectos de lo cual, la Comisión debe someter al Consejo un informe sobre los efectos generados por la aplicación de los Estados miembros de la UE de este límite pecuniario y su repercusión en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del Mercado Común, para que, con el mérito de tal informe, el Consejo, a propuesta de la Comisión y en los términos que estipula el artículo 100 del Tratado de Roma, decida si deroga o no esta disposición. En esa línea, la Disposición final primera del TR¹⁴⁶⁷, concede al Gobierno español la facultad de modificar las cuantías que figuran en esta ley, lo que éste podrá hacer a través de un RD¹⁴⁶⁸, entre las cuales se encuentran, en lo que nos interesa, las referidas a los límites de responsabilidad del productor por los daños causados por productos defectuosos contemplados en el artículo 141 del TR¹⁴⁶⁹, aunque siempre en los términos previstos en la Directiva 85/374.

3.2.- Daños materiales.

3.2.1.- Concepto de daños materiales.

¹⁴⁶⁴ Vid. LEC, artículo 153. "El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí."

¹⁴⁶⁵ Vid. Directiva 85/375, artículo 16.1. "Cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS."

¹⁴⁶⁶ Artículo 16.2. "Transcurridos diez años a partir de la fecha de notificación de la presente Directiva, la Comisión someterá al Consejo un informe sobre los efectos de la aplicación del límite pecuniario de la responsabilidad, llevada a cabo por los Estados miembros que hayan hecho uso de la facultad a que se refiere el apartado 1, sobre la protección de los consumidores y el funcionamiento del mercado común. A la luz de este informe, el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión y en los términos que estipula el artículo 100 del Tratado, decidirá si deroga o no el apartado 1."

¹⁴⁶⁷ Vid. TR, Disposición final primera. "Modificación de cuantías. Se autoriza al Gobierno a modificar las cuantías establecidas esta norma. Las cuantías de los artículos 51 y 148 se modificarán teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo y las previstas en el artículo 141 para adaptarlas a las revisiones periódicas de la normativa comunitaria."

¹⁴⁶⁸ Fórmula que hace eficiente la modificación de las cuantías en comento para el Poder Ejecutivo, al no tener que sortear el trámite legislativo ante el Parlamento.

¹⁴⁶⁹ Vid. TR, artículo 141. "Límite de responsabilidad. La responsabilidad civil del productor por los daños causados por productos defectuosos, se ajustará a las siguientes reglas: a) De la cuantía de la indemnización de los daños materiales se deducirá una franquicia de 390,66 euros. b) La responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros."

Por daños materiales se entienden aquellos sufridos por el perjudicado y consisten en la destrucción, parcial o total, de una cosa¹⁴⁷⁰, siempre que no sea el propio producto defectuoso, previa la deducción de una franquicia y a condición de que la cosa deteriorada o destruida, cumpla con una serie de requisitos consagrados en el artículo 9.b) de la Directiva 85/374 y en el artículo 129.1 del TR, que analizaremos enseguida.

Adelantemos que, desde luego, la protección por los daños materiales que dispensa esta legislación especial, corresponde a la tutela de los intereses económicos del consumidor.

En todo caso, debe quedar claro que dentro de los daños materiales posibles, están los daños sufridos por el propio producto defectuoso, los causados a bienes empresariales y los provocados en bienes de consumo, que en realidad son los únicos que deben ser resarcidos al amparo de esta legislación especial, dejando en evidencia, como sostiene ALCOVER, que *"...no todo daño causado por el deterioro o destrucción de la cosa debe ser compensado..."*¹⁴⁷¹ de conformidad con la Directiva 85/374 y el TR.

Como decíamos, la Directiva 85/374 y el TR sólo contemplan la indemnización del daño emergente, entendido éste como el menoscabo o pérdida de una cosa¹⁴⁷², representado por su destrucción total o parcial, pero no el lucro cesante, pues, como afirman HIDALGO y OLAYA *"...sólo son objeto de protección en este ámbito de la responsabilidad civil, las cosas destinadas y utilizadas dentro del consumo privado, siendo incompatible el objeto protegido con el concepto de lucro cesante (entendido como ganancia dejada de obtener por el hecho lesivo)."* ¹⁴⁷³ La exclusión del lucro cesante, definido por RIBO y ELORRIAGA como la ganancia frustrada o lo que deja de ganar el ofendido a causa del hecho ilícito¹⁴⁷⁴, queda justificada porque, en principio, generalmente sólo se produce *"...en el tráfico empresarial, que está excluido..."*¹⁴⁷⁵ del ámbito de aplicación de esta legislación especial, que sólo se ocupa y pretende proteger el consumo y no la obtención de beneficios propios del campo empresarial.

¹⁴⁷⁰ Cosa se puede definir, bastamente, como todo objeto material. En la doctrina, CASTAN TOBEÑAS la define como *"...toda entidad material e inmaterial que teniendo una existencia autónoma es susceptible de ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad generalmente económica."* Vid. CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil español, común y foral, t. I, vol.2"*, REUS, Madrid, 1994, pág. 574.

¹⁴⁷¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 81.

¹⁴⁷² Recuérdese que daño emergente es el menoscabo directo que sufre la persona ofendida por un ilícito civil, en un bien, valor o interés que ya existe en su patrimonio. Se trata de un daño o pérdida real y efectivo.

¹⁴⁷³ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 148.

¹⁴⁷⁴ Vid. RIBO DURAN, L., *"Diccionario de Derecho"*, Bosch, Barcelona, 1995; ELORRIAGA DE BONIS, F., 'Daño físico y lucro cesante', en AAVV, *"Derecho de Daños"*, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 54.

¹⁴⁷⁵ Vid. MORALES & SANCHO ABOGADOS, *"Manual Práctico de Responsabilidad Civil"*, segunda edición, Comares, Granada, 1995, pág. 885.

De hecho, según RODRIGUEZ CARRION, el lucro cesante "...*quedaría englobado bajo la rúbrica de demás daños y perjuicios...*"¹⁴⁷⁶ que pueden ser reclamados en conformidad al Derecho común por el perjudicado, que en principio podría estimarse como irrelevante, al tratarse de bienes de consumo privado.

Esta solución de la Directiva 85/374, copiada por el TR, a nuestro entender es criticable, pues hace que la indemnización de perjuicios posible de obtener por el perjudicado parta truncada y, más grave aún, deja la sensación de que la protección que intenta brindar es incompleta. Ya lo advertía PUIG BRUTAU, para quien tanto el daño emergente como el lucro cesante "...*han de ser tenidos en cuenta si se quiere que el Derecho de daños cumpla su finalidad de reponer al perjudicado en la situación en la que se hallaría si el daño no se hubiere producido...*"¹⁴⁷⁷, reflexión plenamente aplicable al tópico de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, ya que de no ser así, el desaliento y la pérdida de fe en este sistema resarcitorio pueden ser notables.

3.2.2.- Requisitos que exigen los artículos 9.b) de la Directiva 85/374 y 129.1 del TR, para que se configure un daño material.

El concepto de daño material a que se refieren los citados preceptos, exige la concurrencia de una serie de requisitos¹⁴⁷⁸, que analizaremos a continuación.

3.2.2.1.- No se trata del propio producto defectuoso.

Un primer requisito es que lo dañado no sea el propio producto defectuoso, pues los daños que pueda sufrir, quedan excluidos de la protección brindada por estos cuerpos legales especiales, derivándose su reparación a las normas del Derecho común.

3.2.2.2.- La cosa dañada tiene como objetivo último, el uso o consumo privado.

Es decir, para gozar de amparo bajo este régimen especial, la cosa dañada debe estar destinada exclusivamente al uso o consumo privado, excluyéndose cualquier destino comercial, empresarial o profesional, pues, como menciona la Directiva 85/374, el bien dañado debe ser una cosa cuyo destino normalmente sea el uso o consumo privado. Es decir, no se indemnizan los daños causados a bienes empresariales. Así lo ratifica la SAP de Toledo, de 16 de marzo de 2000¹⁴⁷⁹, que a

¹⁴⁷⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 49.

¹⁴⁷⁷ Vid. PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho Civil II", Bosch, 1983, pág. 182.

¹⁴⁷⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 9.b). "los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados." / TR, artículo 129.1. "El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado."

¹⁴⁷⁹ Vid. AC 2000/959.

propósito de ciertos daños causados por un transformador eléctrico, dejó claramente sentado este criterio limitativo, declarando inaplicable esta legislación especial respecto de "*...bienes destinados al uso profesional o industrial inherente a la actividad hostelera desarrollada por la perjudicada, y no a su uso y consumo privado.*"

La razón por la cual se excluyen del ámbito de la Directiva 85/374 los bienes empresariales es doble, según ALCOVER, ya que: "*Por un lado, la finalidad de la norma comunitaria es proteger a los consumidores frente a los daños causados en su persona o en sus bienes por los productos puestos en circulación, no la de proteger el tráfico empresarial. Por otro, los daños producidos a los bienes empresariales, que pueden ser de gran consideración, plantean graves problemas asegurativos [SIC] y de otro tipo distintos de los que tienen por centro a los consumidores, y por ende, requieren distinta solución normativa.*"¹⁴⁸⁰

Cabe destacar que la voz *normalmente* empleada por el texto Comunitario, da lugar a dudas y a matices, mismos que la jurisprudencia y la doctrina deben ir precisando caso a caso. Quizás por eso en el TR se prefirió un vocablo distinto, pues se emplea la voz *objetivamente*, con el fin de enfatizar que el producto está material y concretamente destinado a un uso privado y no comercial, ni empresarial ni profesional.

3.2.2.3.- La utilización principal de la cosa dañada es su uso o consumo privado.

Es necesario que el uso o consumo principal que el perjudicado daba a la cosa dañada, coincida con el destino de uso o consumo privado de él. Es decir, se requiere que: (i) se trate de un bien de aquellos normalmente destinados al uso o consumo privado, lo que es un requisito objetivo; y (ii) que el perjudicado lo haya utilizado principalmente para tal fin, lo que es un requisito subjetivo. Como bien advierte ALCOVER, las expresiones *consumo privado*; *normalmente destinados*; y *utilizado principalmente*, en cuanto no han recibido una definición legal expresa, pueden dar margen a una serie de dudas y controversias interpretativas.¹⁴⁸¹

Ahora bien, los términos empleados en este enunciado normativo *-utilización principal-*, no obstan a que el perjudicado lo haya empleado de forma no principal en un uso o consumo empresarial o profesional. Ello nos permite concluir que los consumidores empresariales y profesionales no gozan de protección al amparo de esta legislación especial, como sería el caso -nos dice RODRIGUEZ CARRION- de los daños "*...sufridos por una fábrica o taller donde se encontraba el producto*

¹⁴⁸⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 81.

¹⁴⁸¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 81.

defectuoso, o bien la destrucción o deterioro de otros productos allí almacenados, puesto que normalmente no recaerán sobre bienes de uso o consumo privado utilizados principalmente en tal concepto."¹⁴⁸²

Conviene destacar que lo que estas normas dicen, es que la cosa dañada debe ser de consumo privado¹⁴⁸³, pero no necesariamente el producto defectuoso, que, en teoría, pudiera ser un bien de consumo privado o un bien de producción o un bien de consumo empresarial, plantean acertadamente JIMENEZ LIEBANA y CILLERO DE CABO.¹⁴⁸⁴

PARRA LUCAN¹⁴⁸⁵ advierte la frecuencia de este fenómeno en los casos de empleo de viviendas para usos profesionales, como ocurre con una peluquería que se instala en el garaje de una casa o la consulta de un médico en el primer piso de su vivienda; situaciones en que el uso o consumo principal del producto no puede ser catalogado, fácilmente, como privado o como empresarial. La conclusión a la que llega esta autora, es que la valoración de un uso o consumo principal debe realizarse en cada caso concreto, considerando las circunstancias particulares del uso profesional o empresarial que pueda estar dándose.

Con todo, no podemos dejar de mencionar que, para GUTIERREZ SANTIAGO, en realidad el enfoque es distinto, pues en su opinión, para esta legislación especial *"...resulta indiferente cuál sea el uso y destino de la cosa que ha originado el daño..."*¹⁴⁸⁶, siempre, claro está, que sea subsumible en el concepto legal de producto.

3.2.2.4.- Por aplicación de la franquicia prevista en la Directiva 85/374, quedan excluidos los daños materiales inferiores a 500 ECUS, cifra que el TR lleva a 390,66 euros.¹⁴⁸⁷

La finalidad de esta franquicia, según el referido Considerando 9º de la Directiva 85/374, es evitar un número excesivo de juicios y grandes pérdidas financieras por estos conceptos.¹⁴⁸⁸ Bien visto, también puede decirse que el objetivo perseguido

¹⁴⁸² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 49.

¹⁴⁸³ Nos referimos obviamente a los artículos 9.b) de la Directiva 85/374 y 129.1 del TR.

¹⁴⁸⁴ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 146 y 147; CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 146.

¹⁴⁸⁵ Vid PARRA LUCAN, M. A., *"Daños por productos y protección del consumidor"*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 582.

¹⁴⁸⁶ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 209.

¹⁴⁸⁷ Vid. TR, artículo 141.a). *"Límite de responsabilidad. La responsabilidad civil del productor por los daños causados por productos defectuosos, se ajustará a las siguientes reglas: a) De la cuantía de la indemnización de los daños materiales se deducirá una franquicia de 390,66 euros..."*.

¹⁴⁸⁸ Vid. Directiva 85/374, Considerado 9º. *"Considerando que la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios;..."*.

al establecer esta franquicia, es que sólo pueda ser considerado daño material aquél que sea superior a la aludida cantidad, postulan GHESTIN y KRAMER¹⁴⁸⁹, lo que no es sino otra manera de conceptualizarlo.

Con todo, no se debe perder de vista que en el contexto de la finalidad protectora de esta nomenclatura especial, el Considerando 13° de la Directiva 85/374, dispone que el régimen que ella establece es compatible con la aplicación de los Sistemas Jurídicos de cada Estado miembro, que regulen la responsabilidad desde el punto de vista contractual y extracontractual, en la idea que puedan proveer al perjudicado de indemnizaciones adecuadas para cubrir íntegramente todos sus perjuicios.¹⁴⁹⁰ Por lo mismo, el artículo 128.2 del TR¹⁴⁹¹ dispone que los demás daños y perjuicios, entre ellos los daños que no superen la mentada franquicia y los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general.

Por último, conviene aclarar que el límite establecido como franquicia -siguiendo en esto a GOMEZ CALERO-, se debe considerar en relación al daño ocasionado a cada perjudicado y no a los ocasionados a cada una de las cosas dañadas.¹⁴⁹² Así, para fijar el límite de esta franquicia, HIDALGO y OLAYA entienden que la cuantificación de los daños debe estar referida a *"...la causación de un hecho dañoso a una determinada víctima, y no por la individualización de daños en cada uno de los bienes o destruidos propiedad del perjudicado..."*¹⁴⁹³, precisión no menor. Con el mismo propósito tutelar y reafirmando la interpretación en comentario, para ALCOVER la aplicación que debe darse a esta franquicia es en razón de cada perjudicado, *"...por lo que no debe negarse la protección del texto comunitario a una persona que haya sufrido daños materiales por encima de la franquicia que se repartan entre varios bienes cuyos daño o deterioro individual no sobrepasen aisladamente la misma."*¹⁴⁹⁴ Esto es, no aplica esta franquicia, si el perjudicado suma varios daños materiales (entiéndase múltiples bienes dañados) por sobre el

¹⁴⁸⁹ Vid. GHESTIN, J., 'La Directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits défectueux et son introduction en droit français', en PIZZIO, J. P., (edi.), *"Droit des consommateurs: sécurité, concurrence, publicité. Droit français et droit communautaire"*, Centre de droit de la consommation, Bruxelles, 1987, pág. 43; KRAMER, L., *"EEC Consumer Law"*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1986, pág. 284.

¹⁴⁹⁰ Vid. Directiva 85/374, Considerando 13°. *"Considerando que, según los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el perjudicado puede tener un derecho al resarcimiento, basándose en la responsabilidad contractual o en la responsabilidad extracontractual, distinto del que se contempla en esta Directiva; que, en la medida en que tales disposiciones van encaminadas igualmente a conseguir una protección efectiva de los consumidores, no deberían verse afectadas por la presente Directiva; que, en tanto que en un Estado miembro se haya logrado también la protección eficaz del consumidor en el sector de los productos farmacéuticos a través de un régimen especial de responsabilidad, deberían seguir siendo igualmente posibles las reclamaciones basadas en dicho régimen;..."*

¹⁴⁹¹ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

¹⁴⁹² Vid. GOMEZ CALERO, J., *"Responsabilidad Civil. Productos defectuosos"*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 121.

¹⁴⁹³ Vid. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del Producto Industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 150.

¹⁴⁹⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 82.

monto de la franquicia, que sin embargo individualmente considerados no la excedan.

Ahora bien, superado el límite de la franquicia en comento, el perjudicado tendrá derecho al resarcimiento íntegro y total de los daños materiales producidos, sin que se menoscabe su pretensión indemnizatoria con la cuantía fijada como franquicia.

3.3.-Daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR: (i) Los daños morales; (ii) Daños ocasionados al propio producto defectuoso; (iii) Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas; (iv) Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR; (v) Daños causados en bienes empresariales o profesionales; (vi) El lucro cesante derivado de los daños materiales; (vii) Daños Nucleares; y (viii) Daños causados por un producto peligroso no defectuoso.

Este apartado nos impone un comentario obligado, pues si el principio tutelar básico de esta legislación especial es proteger íntegramente a las personas de todo daño causado por un producto defectuoso, resulta incomprensible, de buenas a primeras, que se excluyan todos los capítulos resarcitorios en mención, que podemos resumir, al decir de LUCEA, como la exclusión de algunos daños materiales específicos y de los daños morales¹⁴⁹⁵, principio que deja asentado fuera de toda duda el Considerando 9º de la Directiva 85/374, al decir que los daños causados a los bienes, debiera limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse, además, a la deducción de una franquicia; agregando que esta Directiva Comunitaria no obsta al pago de los daños morales, si ellos estuvieran consagrados en las legislaciones domésticas de los Estados miembros de la UE.¹⁴⁹⁶

Esto llama la atención, sobre todo, si consideramos que hace tiempo que la doctrina enfatiza que la reparación del daño debe ser integral.¹⁴⁹⁷ DE CUPIS lo sintetiza bien, aseverando que el instituto de la indemnización de perjuicios significa restituir al damnificado a su estado anterior al hecho dañoso, aseveración

¹⁴⁹⁵ Vid. LUCEA MARTINEZ, R., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986, págs. 25 y ss.

¹⁴⁹⁶ Vid. Directiva 85/374, Considerado 9º. "Considerando que la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios; que la presente Directiva no obsta al pago del *pretium doloris* u otros daños morales eventualmente previstos por la ley que se aplique en cada caso;...".

¹⁴⁹⁷ Vid. LARENZ, K., "Derecho de obligaciones", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 196; ZANNONI, E. A., "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1982, pág. 3 y ss.; MORELLO, A., "Indemnización del daño contractual. t. II", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, pág. 26.

seguida contestemente por toda la doctrina¹⁴⁹⁸, y que en este caso no se respeta, según venimos planteando.

Desde un punto de vista positivo, existen una serie de artículos, tanto en la Directiva 85/374, como en el TR, que dejan señas o regulan derechamente estas exclusiones¹⁴⁹⁹, aunque probablemente las más señeras son las de los artículos 9.1.b) y 9.2 de la Directiva 85/374¹⁵⁰⁰ y los artículos 128.2 y 142 del TR¹⁵⁰¹, que predicán, en síntesis, que los daños y perjuicios excluidos, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme al Derecho común, según las legislaciones internas de cada Estado miembro de la UE, solución que, como veníamos diciendo, se ha prestado para más de una crítica.¹⁵⁰² Por lo pronto, para GUTIERREZ SANTIAGO estas exclusiones constituyen "*...uno más de los puntos en que la Directiva rebajó el nivel de protección que otorgaba en nuestro Derecho la LGDCU, la cual se extendía a la responsabilidad por los vicios o defectos del producto, cubriendo así también los daños en el propio producto.*"¹⁵⁰³ PARRA LUCAN, por su parte, entiende que estas exclusiones se sustentan en la idea de los redactores de la Directiva 85/374, de que estos daños excluidos debían quedar sujetos a la responsabilidad contractual, pues el perjudicado podría acumular una y otra acción e, incluso, procurar la indemnización de todos los daños sufridos al amparo de las reglas generales de responsabilidad civil, dado el tratamiento que a tales pretensiones resarcitorias da la jurisprudencia, que no las limita.¹⁵⁰⁴

Por lo demás, y casi cayendo en lo obvio, aunque no indicase que los daños morales y los demás daños no incluidos pueden ser indemnizados conforme al Derecho común, a la misma conclusión se habría arribado por mera aplicación del artículo 9.2 de la Directiva 85/374, en cuanto dispone este artículo que él "*...no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales...*", con lo que el

¹⁴⁹⁸ Vid. DE CUPIS, A., *"El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 373.

¹⁴⁹⁹ Vid. Directiva 85/374, artículos 9.b), 14 y 16.1 / TR, artículos 128.2, 129, 141 y 142.

¹⁵⁰⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 9.b). *"los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. / artículo 9.2. "El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales."*

¹⁵⁰¹ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar." / artículo 142. "Daños en el producto defectuoso. Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil."*

¹⁵⁰² Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux Dans le Droit Espagnol: L'adaptation à la directive 85/374/CEE"*, en *Revue Européenne de droit privé*, Vol. 2, 1994-2, págs. 233 y 234.

¹⁵⁰³ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 188.

¹⁵⁰⁴ Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial"*, en *Aranzadi Civil*, vol. I, 1995, págs. 19 y ss.

recurso a las legislaciones domésticas queda disponible, afirman sin dudar GOMEZ LAPLAZA y DIAZ.¹⁵⁰⁵

3.3.1.- Los daños morales.

Los daños morales¹⁵⁰⁶, también denominados perjuicios extrapatrimoniales, no patrimoniales, no económicos o inmateriales, se caracterizan porque afectan, principalmente, los denominados derechos de la personalidad y no el patrimonio de las personas. En este sentido, podemos definirlos como el menoscabo producido en la persona o bienes del perjudicado, por un acto ilícito civil que afecta su esfera moral o a sus bienes jurídicos no patrimoniales.¹⁵⁰⁷ RODRIGUEZ CARRION los define como *"...aquellos que no acarrear consecuencias patrimoniales susceptibles de valoración, que afectan exclusivamente a las condiciones anímicas del sujeto pasivo lesionado."*¹⁵⁰⁸ También se les denomina *pretium doloris* o precio del dolor, aludiendo, al decir de ALARCON, al sufrimiento físico y psíquico que causa al perjudicado la lesión¹⁵⁰⁹ o la *"...pérdida de que se trate..."* agrega RIBO.¹⁵¹⁰ Para SANTOS BRIZ, los daños no patrimoniales *"...son en principio aquellos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria."*¹⁵¹¹ CASTAN TOBEÑAS, por su lado, nos dice que los daños morales son *"...aquellos que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, como la libertad, la salud y el honor, extraños al patrimonio y que no repercuten de modo inmediato sobre éste."*¹⁵¹² Más sucintamente, la CA de San Miguel, en sentencia de 23 de mayo de 2001, los conceptualiza como *"...un menoscabo psíquico y físico en el patrimonio (acervo) moral de la víctima."*¹⁵¹³

Es decir, mientras los daños patrimoniales afectan a la esfera económica del ofendido, los daños morales, que importan una pérdida o aflicción, no tienen repercusión económica directa y, por ende, son de difícil valoración. Por ello se sostuvo durante el Siglo pasado, que no eran indemnizables. Así nos lo recuerda DIAZ-AMBRONA, evocando las añosas STS de 6 de diciembre de 1882 y de 11 de

¹⁵⁰⁵ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por producto defectuosos"*, en AC, n° 25, 1995, pág. 526.

¹⁵⁰⁶ Se ha privilegiado esta denominación del daño no patrimonial, para incluir en ellos los perjuicios estéticos, el menoscabo de la personalidad, el dolor o aflicción psíquico, etcétera.

¹⁵⁰⁷ Vid. STIGLITZ G. A., *"Modernas orientaciones del daño material y moral"*, en Juris, Argentina, 1987; PIZARRO, D., *"Daño moral"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996; BREBBIA, R. H., *"El daño moral"*, 2ª edic., ORBIR, Rosario, 1967; *"Responsabilidad objetiva y daño moral"*, en ED, 91-426.

¹⁵⁰⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 52.

¹⁵⁰⁹ Vid. ALARCON FIDALGO, J., *"La responsabilidad civil en el año 1984 (jurisprudencia, legislación y comentarios)"*, en RES, n° 41, 1985, pág. 32.

¹⁵¹⁰ Vid. RIBO DURAN, L., *"Diccionario de Derecho"*, Bosch, Barcelona, 1995.

¹⁵¹¹ Vid. SANTOS BRIZ, J., *"La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal"*, séptima edición, Montecorvo, Madrid, 1993, pág. 162.

¹⁵¹² Vid. CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil español, común y foral, t.III Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general"*, REUS, Madrid, 1968, pág. 191.

¹⁵¹³ Vid. SCHOPF OLEA, A., GARCIA MACHMAR, W., *"La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia"*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pág. 99.

marzo de 1889, que rechazaron la responsabilidad por daño moral.¹⁵¹⁴ Empero, hoy en día nadie cuestiona la responsabilidad por daños morales y su debida satisfacción, ya que se ha entendido que son susceptibles de traducirse en un menoscabo con contenido económico. De esta manera, los daños morales comenzaron a ser indemnizados en términos cada vez más amplios, a tal punto, que la doctrina contemporánea, nos recuerda TAMAYO, *"...admite que al lado del daño moral subjetivo, consistente en el dolor físico o psíquico de la víctima, existe, tratándose de lesiones personales, el perjuicio fisiológico o d'agrément, que se deriva de la simple pérdida de la capacidad física para disfrutar la vida..."*.¹⁵¹⁵ Insiste en la bondad de conceder indemnización por daño moral ampliamente concebido, la CA de Concepción, en fallo de 30 de diciembre de 2008, explicando que el concepto de daño moral en la doctrina moderna se ha reformado, *"...para dar cabida a otras facetas de perjuicios que no se identifican con el dolor como fenómeno psicossomático. Daño moral es todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa, como por ejemplo, el daño a derechos de la personalidad, tales como el honor, la honra, la imagen."*¹⁵¹⁶ Consistente con lo dicho, DOMINGUEZ expresa que *"...el daño moral reparable se une en el derecho actual a la tendencia de hacer del derecho civil, el asiento de la consideración de la persona como el primer valor que ha de perseguir la regla jurídica..."*¹⁵¹⁷, discurso que se inserta plenamente en el desarrollo de la protección del consumidor a nivel comparado y, particularmente, con los esfuerzos de la doctrina y del legislador Comunitario por amparar al perjudicado por daños provenientes de un producto defectuoso.

La gran dificultad que presentan los daños morales es cómo valorarlos.¹⁵¹⁸ En efecto, la cuantificación de la indemnización del daño moral es lo discutido, pues, en tanto extra-patrimonial nos dice VAZQUEZ FERREYRA, *"...no tiene una base equivalencial en dinero, pues afecta precisamente a intereses de difícil valoración pecuniaria."*¹⁵¹⁹ Confirmando esta dificultad valorativa, RODRIGUEZ CARRION y DOMINGUEZ apuntan que los criterios para su estimación son siempre

¹⁵¹⁴ Vid. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D., (Coord.), *"Cuestiones sobre Responsabilidad Civil"*, Estudios UNED, Madrid, 2000, pág. 51.

¹⁵¹⁵ Vid. TAMAYO JARAMILLO, J., *"De La Responsabilidad Civil. De los Perjuicios y su Indemnización. Segunda reimpresión de la primera edición. Tomo II"*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pág. 7.

¹⁵¹⁶ Vid. sentencia de la CS, de 31 de agosto de 2009, autos rol n° 3516-2009, que confirma fallo de la CA de Concepción, de 30 de diciembre de 2008, autos rol n° 360-2005, caratulados *"Sociedad Agrícola Río Sur Limitada con Carlos Fernando Amín Merino y Laboratorios Coesam S.A."*, www.poderjudicial.cl, 28 de julio de 2011, 08,00 am.

¹⁵¹⁷ Vid. DOMINGUEZ HIDALGO, C., *"El Daño Moral"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág. 17.

¹⁵¹⁸ Lo que se quiere reflejar con este comentario, es que probar la existencia del daño moral, por regla general, no reviste gran dificultad. Lo difícil es valorarlo o cuantificarlo, una vez que se ha acreditado su existencia. Al respecto, Vid. GONZALEZ VERGARA, P., CARDENAS VILLARREAL, H., *"Sobre la prueba de la existencia del daño moral"*, en Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani-María Sara Rodríguez Pinto (Coordinadores), Lexis Nexis, Santiago, 2007, pág. 253.

¹⁵¹⁹ Vid. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 188.

discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación.¹⁵²⁰ Pese a esta reconocida dificultad, la jurisprudencia se ha volcado a conceder daños morales, abrogando doctrinas y precedentes que optaban por no concederlos; siendo la fórmula jurisprudencial más expresiva de esta tendencia indemnizatoria, la que manda fijar la indemnización en atención a las circunstancias y necesidades del caso concreto, por lo que se produce una remisión a la apreciación subjetiva del juzgador, al ser su valoración una cuestión de hecho, de la exclusiva y soberana apreciación del tribunal, que deberá ponderar una serie de factores al tiempo de fijar el *quantum* indemnizatorio explica ANDORNO, tales como: la magnitud del daño; el grado de sensibilidad del ofendido; su edad; las relaciones de parentesco; el sexo del perjudicado; los cuidados que requiere el lesionado; la pérdida de su capacidad laboral; la intensidad de los padecimientos; la situación económica del obligado a indemnizar; la situación económica del perjudicado; la proporcionalidad entre la cuantía del resarcimiento del daño no patrimonial y la entidad del perjuicio económico patrimonial sufrido por el perjudicado; etcétera.¹⁵²¹

Al decir de RODRIGUEZ CARRION, cuando la Directiva 85/374 alude a daño moral, está pensando en "*...aquellos bienes inmateriales de la personalidad que afectan a la salud, derivados de daños físicos o de enfermedades físicas o psíquicas que producen perturbaciones anímicas injustas, tales como disgustos, desesperación, padecimientos psíquicos, desánimo, dolores físicos, pérdida de la satisfacción de vivir, perjuicios sexuales o estéticos...*"¹⁵²², entre otros. Ahora bien, la exclusión de los daños morales dentro de los daños indemnizables por la Directiva 85/374, fue explicada en su momento, aduciendo la disparidad de criterios que existían en los Estados miembros de la UE sobre la procedencia de su indemnización.¹⁵²³ Entonces, ante lo heterogéneo de las soluciones contempladas en las legislaciones internas de los países miembros de la UE, se decidió su marginación. Empero, esta línea argumentativa es rebatible, pues numerosos Estados miembros de la UE admiten, a nivel de legislación doméstica, que los daños morales son susceptibles de determinación y de indemnización, aunque sea complicado fijar su importe. Por ello, más que nada, queda la impresión que se optó por una solución de compromiso. Ya el Considerado 9º de la Directiva 85/374, deja asentado que ella no obsta al pago del *pretium doloris* u otros daños morales eventualmente previstos por la ley que resulte aplicable, según la legislación interna de cada

¹⁵²⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 53; DOMINGUEZ HIDALGO, C., "*Hacia una uniformidad y transparencia en la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral*", en Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani-María Sara Rodríguez Pinto (Coordinadores), Lexis Nexis, Santiago, 2007, pág. 275.

¹⁵²¹ Vid. ANDORNO, L. "*La reparación del daño moral*", Zeus, Buenos Aires, 1986.

¹⁵²² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 52.

¹⁵²³ Se dice que la exclusión de los daños morales de la Directiva 85/374 obedece a la posición del Gobierno alemán, que se opuso a su inclusión y a la disparidad de soluciones que ofrecían los diferentes derechos nacionales de la UE.

Estado miembro de la UE.¹⁵²⁴ Criterio que respalda el artículo 9 *in fine* de la norma Comunitaria (que, a su turno, repite en lo esencial el artículo 128.2 del TR¹⁵²⁵), que dispone que en lo referente a daños inmateriales, donde están comprendidos los daños morales, se estará a lo dispuesto en las legislaciones estatales de los países miembros de la UE, lo que obviamente generará soluciones distintas en relación con el grado de protección concedido al perjudicado por esta clase de daños por la legislación doméstica que resulte aplicable. Lo que no podemos dejar de manifestar, pues atenta contra la pretendida uniformidad que en estas materias buscaba la Directiva 85/374.¹⁵²⁶

Y es en este contexto, precisamente, que esta exclusión merece una fuerte crítica, pues siendo el daño moral reconocidamente una de las partidas más fuertes en cualquier demanda de perjuicios por lesiones o muerte, observándose que las fronteras de la indemnización de daños extrapatrimoniales muestran una sostenida expansión, ocurre que esta legislación especial simplemente los excluye.¹⁵²⁷ Pero además, y era algo totalmente previsible, ha generado un espacio para que pueda darse un tratamiento disímil a esta clase de daños, cuya fuente -los productos defectuosos-, por su especial naturaleza, ha requerido una regulación especial y uniforme, lo que al menos en esta materia, se ha transformado en letra muerta, pues es evidente que la discrepancia de las legislaciones y jurisprudencias domésticas generará soluciones dispares y distintos grados de protección para los perjudicados por daños causados por productos defectuosos. ALCOVER enfatiza esta hipótesis, afirmando que la *"...remisión normativa puede llegar a crear un desigual grado de protección a las víctimas a tenor de las diferentes regulaciones normativas en materia civil de los diversos estados miembros..."*¹⁵²⁸ de la UE. Y no sólo eso. Con mayor análisis, podría darse la curiosidad de que el mismo hecho dañoso tenga diferente reparación, dependiendo de la normativa nacional que resulte aplicable al caso. Como dice GOMEZ CALERO, esta remisión de la directriz Comunitaria *"...podría generar una dualidad de regímenes jurídicos, especial y*

¹⁵²⁴ Vid. Directiva 85/374, Considerado 9º. *"Considerando que la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios; que la presente Directiva no obsta al pago del pretium doloris u otros daños morales eventualmente previstos por la ley que se aplique en cada caso;..."*

¹⁵²⁵ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

¹⁵²⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 9. *"El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales."*

¹⁵²⁷ Sobre la creciente importancia del daño moral como capítulo resarcitorio, entre otros, Vid. ELORRIAGA DE BONIS, F., 'Daño físico y lucro cesante', en AAVV, *"Derecho de Daños"*, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002, pág. 54; DIEZ SCHWERTER, J. L., *"El daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 245.

¹⁵²⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 79.

general, en relación a la reparación de los daños y perjuicios que derivan de un mismo hecho dañoso..."¹⁵²⁹ al interior de cada Estado miembro de la UE, lo que obviamente es una paradoja difícil de comprender.

Con todo, debe comentarse que para algún sector de la doctrina, esta exclusión de los daños morales no es importante, en el entendido que los daños inmateriales no son relevantes en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, pues en la mayoría de los casos, -supuestamente-, no llegarían a producirse¹⁵³⁰, razón que podría explicar perfectamente su exclusión de la Directiva 85/374 y del TR. Agregándose que la doctrina y la jurisprudencia aceptan ampliamente que dentro de los daños indemnizables al alero del Derecho común, quedan incluidos los daños morales o no patrimoniales, pues aplica el principio del resarcimiento integral, es decir, el responsable debe indemnizar todos los daños imputables a su conducta o actividad.

3.3.2.- Daños ocasionados al propio producto defectuoso.

Entre los daños no amparados por la Directiva 85/374 ni por el TR, cabe destacar el ocasionado al propio producto defectuoso, según se colige de la definición de daño que consagra el artículo 9.b) de Directiva 85/374¹⁵³¹, al decir que son los causados a una cosa o la destrucción de una cosa "...que no sea el propio producto defectuoso...". De hecho, el artículo 142 del TR es bastante más enfático para establecer esta eliminación, al declarar, a texto expreso, que los daños materiales en el propio producto defectuoso no son indemnizables a su amparo, derivando su resarcimiento a la legislación civil y mercantil.¹⁵³²

Para TORRALBA, esta supresión parece "...responder a la voluntad de excluir aquellos supuestos más propios de la responsabilidad contractual, como los vicios ocultos."¹⁵³³ Con un predicamento similar, CILLERO DE CABO postula que el descarte de los daños causados al propio producto defectuoso "...no obedece a la intención de impedir la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva. La exclusión es debida a que el legislador considera que los daños causados en el propio producto son, en realidad, daños de naturaleza contractual, cuya indemnización debe ser reclamada no al fabricante, sino a la persona con quien el perjudicado haya

¹⁵²⁹ Vid. GOMEZ CALERO, J., "Responsabilidad Civil. Productos defectuosos", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 123.

¹⁵³⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 81.

¹⁵³¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 9.b). "los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados."

¹⁵³² Vid. TR, artículo 142. "Daños en el producto defectuoso. Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la legislación civil y mercantil."

¹⁵³³ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., "La Responsabilidad del Fabricante", Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 216 y 217.

contratado la entrega del producto..."¹⁵³⁴, que normalmente será el proveedor y bajo la fórmula de exigir las garantías o el saneamiento de vicios ocultos o redhibitorios.¹⁵³⁵ Es probable que por estas consideraciones, LASARTE estime razonable esta exclusión, por cuanto "*...no resultaría del todo lógico que se modificase el sistema de responsabilidad contractual a través de las reglas de responsabilidad civil. Por tanto, en este tipo de daños, lo que se hace es remitirlos al régimen de la relación contractual correspondiente (v.gr. vicios ocultos)...*".¹⁵³⁶ En efecto, en el caso de España, la regulación básica aplicable será la de la responsabilidad contractual, entendida como aquella derivada de la infracción de una obligación nacida de un contrato, fundamentalmente de la referida a vicios o defectos ocultos del bien de que se trate. La normativa pertinente, en este contexto, al menos es la siguiente: (i) el artículo 1089 del CC, que regula el nacimiento de las obligaciones; (ii) el artículo 1091 del CC, que predica la fuerza de ley de las obligaciones que nacen de un contrato (la ley del contrato); (iii) el artículo 1101 del CC, relativo al incumplimiento de la obligación y la indemnización de los daños y perjuicios; (iv) los artículos 1254 al 1258 del CC, que alude al contrato, su definición, perfeccionamiento, extensión, efectos, transmisión de los mismos y cumplimiento; (v) los artículos 1278, 1279 y 1288 al 1289 del CC, que se ocupan de la eficacia y de la interpretación de los contratos; (vi) el artículo 1224 del CC sobre la ineficacia y rescisión del contrato; (vii) el artículo 1506 del CC, atinente a la resolución del contrato de compraventa; (viii) el artículo 1124 del CC, sobre cumplimiento defectuoso de las obligaciones que surgen del contrato; (ix) los artículos 1474.2 y 1484 al 1499 del CC, sobre saneamiento de vicios ocultos; (x) los artículos 1486 y 1487 del CC, que contemplan acciones del comprador contra el vendedor y extensión de las mismas; (xi) el artículo 1490 del CC, que se ocupa del plazo de extinción de las acciones y del inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Con todo, tampoco sería de descartar la aplicación de normas sobre responsabilidad extracontractual del CC o normas de protección al consumidor que estén contenidas en el TR.

3.3.3.- Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes - productos- no defectuosas.

En el caso de productos defectuosos terminados con partes integrantes, se puede presentar una situación extraña. Si bien se excluyen de protección los daños

¹⁵³⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 288.

¹⁵³⁵ El artículo 1484 del CC regula la obligación de saneamiento por vicios ocultos, concediendo al comprador el derecho de accionar contra el vendedor, si la cosa vendida es "*...impropia para el uso a que se la destina...*", o si ese uso ha quedado tan disminuido por los defectos ocultos, que "*...de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o habría dado menos precio por ella.*"

¹⁵³⁶ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., *"Manual sobre protección de consumidores y usuarios"*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 295.

sufridos por el propio producto defectuoso, esta eliminación puede resultar matizada en los casos de productos terminados con varias partes integrantes, en que sólo una o algunas de ellas son defectuosas, pues podría sostenerse que sí son indemnizables los daños materiales que el defecto de una de esas partes ocasione en las demás partes integrantes, que no adolecen de defecto alguno.

Así lo sostienen, por ejemplo, RUIZ MUÑOZ, JIMENEZ LIEBANA y DE LA VEGA, entre otros¹⁵³⁷, aunque se exigen tres requisitos: (i) que el sujeto protegido sea el destinatario final del producto; (ii) que el producto sea una cosa destinada sólo al consumo privado; y, (iii) que así haya sido utilizado principalmente por el perjudicado. A *contrario sensu*, si no concurren estos 3 requisitos, o si las partes integrantes, a su turno, adolecen de un defecto, los daños que hayan experimentado no quedan amparados por el régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

3.3.4.- Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR.

Respecto los daños materiales que sí están amparados por la Directiva 85/374 y por el TR, se optó por configurar una franquicia en cuya virtud, si el perjuicio sufrido no alcanza el monto establecido como mínimo, no hay derecho a accionar a través de esta preceptiva especial. Se trata, según la doctrina mayoritaria, de una franquicia simple, basándose tal opinión en el Considerando 9º de la Directiva 85/374, que justifica esta franquicia en la idea de reducir el número de litigios.¹⁵³⁸ Así lo confirman los BERCOVITZ, para quienes el propósito de esta franquicia es evitar un número excesivo de litigios.¹⁵³⁹ Sin embargo, LASARTE opina lo contrario, sosteniendo que *"...a tenor del texto legal que habla de deducir sin más, parece que se debe interpretar como una franquicia absoluta. Además, debe observarse que idéntica expresión se emplea en el Preámbulo de la Directiva (someterse a la deducción), y que también de este modo se reduce la litigiosidad, incluso en mayor medida..."*.¹⁵⁴⁰ A mayor abundamiento, el artículo 9.b) de la Directiva 85/374¹⁵⁴¹ dispone que de la indemnización a que haya lugar,

¹⁵³⁷ Vid. RUIZ MUÑOZ, M., 'Responsabilidad civil del empresario/fabricante', en BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 528; JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 399 y 400; DE LA VEGA GARCIA, F. L., *"Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 50 y ss.

¹⁵³⁸ Vid. Directiva 85/374, Considerado 9º. *"Considerando que la protección del consumidor exige la reparación de los daños causados por muerte y lesiones corporales así como la de los daños causados a los bienes; que esta última debería, con todo, limitarse a los objetos de uso o consumo privado y someterse a la deducción de una franquicia de cantidad fija para evitar que tenga lugar un número excesivo de litigios;..."*

¹⁵³⁹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 267 y ss.

¹⁵⁴⁰ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., *"Manual sobre protección de consumidores y usuarios"*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 296.

¹⁵⁴¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 9.b). *"Los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea*

simplemente debe deducirse una franquicia de 500 ECUS, reunidos los demás requisitos que esta disposición exige para hacer indemnizable el daño material. Y el artículo 141.a) del TR¹⁵⁴², por su parte, consagra la regla de restar de la cuantía de la indemnización de los daños materiales, una franquicia de 390,66 euros.

Con una opinión distinta se inscribe CILLERO DE CABO, para quien esta exclusión -daños materiales por debajo de la indicada franquicia-, en realidad obedece "*...al propósito de impedir a los perjudicados la posibilidad de acudir al régimen de responsabilidad objetiva. Lo que deberá hacer el perjudicado que quiera reclamar la indemnización de estos daños es demandar al fabricante al amparo de otras normas existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico.*"¹⁵⁴³

3.3.5.- Daños causados en bienes empresariales o profesionales.

Esta exclusión se deduce de lo dispuesto en el artículo 9.b) de la Directiva 85/374¹⁵⁴⁴, que expresa que se indemnizarán los daños materiales causados a una cosa, siempre que no sea el propio producto defectuoso y previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que la cosa en cuestión sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. Esto quiere decir que si el uso o consumo de la cosa en cuestión fuera empresarial o profesional, claramente no queda bajo el alero de esta legislación especial. Las voces *normalmente* y *principalmente* que emplea el legislador Comunitario, procuran dejar establecido que un uso empresarial o profesional esporádico, aislado y no principal, no debieran dar lugar a esta exclusión.

Estos rudimentos son repetidos por el artículo 129.1 del TR¹⁵⁴⁵, que declara bajo su órbita los daños materiales, bajo condición que afecten a bienes "*...objetivamente destinados al uso o consumo privados...*" y, en tal concepto, "*...hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.*" El cambio más notable que introduce esta disposición en comparación con el artículo 9.b) de la Directiva 85/374, es la voz *objetivamente*, que reemplaza el término *normalmente*, en lo que podría calificarse como un cambio acertado, pues el legislador español ha querido precisar que lo

de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados."

¹⁵⁴² Vid. TR, artículo 141. "*Límite de responsabilidad. La responsabilidad civil del productor por los daños causados por productos defectuosos, se ajustará a las siguientes reglas: a) De la cuantía de la indemnización de los daños materiales se deducirá una franquicia de 390,66 euros...*".

¹⁵⁴³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 287.

¹⁵⁴⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 9.b). "*Los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados."*

¹⁵⁴⁵ Vid. TR, artículo 129.1. "*El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado."*

importante, más allá de rasgos de habitualidad, es que positivamente el producto esté destinado a un uso o consumo privado.

Los daños en los bienes empresariales y profesionales se excluyen de este régimen especial, por cuanto: (i) la finalidad de esta legislación es proteger a los consumidores frente a los daños causados en su persona o en sus bienes por productos defectuosos puestos en circulación, no la de proteger el tráfico empresarial; (ii) esta clase de daños puede ser de gran entidad, lo que generaría serias dificultades para contratar seguros de responsabilidad por parte de los productores.

3.3.6.- El lucro cesante derivado de los daños materiales.

Como vimos a propósito de los daños personales¹⁵⁴⁶, el lucro cesante queda excluido de esta legislación especial.

3.3.7.- Daños Nucleares.

La Directiva 85/374 no se aplica a daños nucleares, sean personales o materiales, conforme indica su artículo 14¹⁵⁴⁷, ya que ellos están cubiertos por tratados internacionales específicos. Por lo demás, así lo enuncia el Considerando 14º de la norma Comunitaria, que justifica esta supresión en el hecho que *"...la responsabilidad por daños nucleares ya está regulada en todos los Estados miembros mediante disposiciones especiales adecuadas..."*.¹⁵⁴⁸ El TR, en su artículo 129.2¹⁵⁴⁹, reitera que esta compilación no es aplicable para la reparación de daños causados por accidentes nucleares, aunque condiciona esta exclusión a que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la UE, siguiendo los predicamentos delineados por el artículo 14 de la norma Comunitaria.

Confirma lo expuesto ALCOVER, para quien la razón de esta exclusión radica en las especiales características de los riesgos nucleares y en que los Estados Comunitarios han ratificado los convenios internacionales que regulan la responsabilidad civil en materia de energía nuclear.¹⁵⁵⁰

3.3.8.- Daños causados por un producto peligroso no defectuoso.

¹⁵⁴⁶ Vid. *supra* apartado 3.1.- Daños personales / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACIÓN / PARTE II.

¹⁵⁴⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 14. *"La presente Directiva no se aplicará a los daños que resulten de accidentes nucleares y que estén cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros."*

¹⁵⁴⁸ Vid. Directiva 85/374, Considerando 14º. *"Considerando que, puesto que la responsabilidad por daños nucleares ya está regulada en todos los Estados miembros mediante disposiciones especiales adecuadas, se ha podido excluir este tipo de daños del ámbito de aplicación de la presente Directiva;..."*

¹⁵⁴⁹ Vid. TR, artículo 129.2. *"El presente libro no será de aplicación para la reparación de los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea."*

¹⁵⁵⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 65.

Se excluyen los daños causados por un producto peligroso, pero no defectuoso, pues en este caso no resulta aplicable este régimen especial, sino el Derecho común.

4.- Recurso a otros cuerpos legales para obtener la reparación de los daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR.

Como hemos visto en el apartado anterior, ni la Directiva 85/374 ni el TR conceden, en forma completa, todos los daños posibles de sufrir por el uso, consumo, contacto o incluso mera cercanía con un producto defectuoso. Así por ejemplo: (i) los daños sufridos por el propio producto defectuoso; (ii) los daños sufridos por los productos empresariales o profesionales o por productos que no estén destinados al uso o consumo privado o que no hayan sido destinados principalmente a dicho uso y los daños causados a bienes normalmente de uso o consumo privado, pero utilizados para un ejercicio profesional; (iii) los daños personales, derivados de productos fabricados en serie, que presenten el mismo defecto y que excedan el límite establecido; (iv) los daños materiales inferiores a la franquicia definido; (v) los daños que no hayan sido reclamado dentro del plazo de 10 años contados desde la fecha en que se puso en circulación el producto defectuoso; (vi) los daños ocasionados por productos defectuosos que no sean medicamentos ni alimentarios, respecto de los cuales, los conocimientos científicos y técnicos disponibles en el momento en que se pusieron en circulación, no permitían descubrir el defecto; (vii) casos en que no es posible reclamar los daños causados por el producto defectuoso, por tratarse de un producto que no es posible calificar como tal, porque no encuadra dentro del concepto legal de producto o porque el perjudicado no puede ser caracterizado como consumidor, usuario o *bystander* para los efectos de este régimen especial, pues se trata de un profesional o de un industrial; (viii) los daños morales; (ix) etcétera. Todos ellos no son posibles de indemnizar a través de esta legislación especial, aunque sí pueden ser resarcidos, acudiendo a otras fuentes legales del Derecho común.

Este principio queda de manifiesto en el artículo 13 de la Directiva 85/374¹⁵⁵¹, que replica el artículo 128.2 del TR¹⁵⁵², los que permiten expresamente al perjudicado ejercer las acciones contractuales, extracontractuales o de régimen especial que le pudieran corresponder, para obtener un resarcimiento de los daños no amparados por esta preceptiva especial, al abrir la posibilidad de reclamarlos invocando cualesquiera otras normas del Sistema Jurídico que pudieren ofrecerle remedio. Nótese que el artículo 128.2 del TR, sólo se refiere a los remedios jurisdiccionales

¹⁵⁵¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 13. *"La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva."*

¹⁵⁵² Artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

que pudieren ofrecer las normas del derecho contractual y extracontractual, silenciando el reenvío a regímenes especiales de responsabilidad, como sí hace el artículo 13 de la Directiva 85/374, omisión que estimamos no es relevante, pues el principio de la disponibilidad y compatibilidad con otras acciones está recogido ampliamente en la norma Comunitaria, lo que las legislaciones internas de cada Estado miembro de la UE no pueden desconocer.¹⁵⁵³

Ahora bien, lo normal será acudir primero a las normas de responsabilidad contractual del CC sobre incumplimientos contractuales y vicios ocultos, si entre el productor y el perjudicado existe un vínculo contractual. Así, para poder obtener una reparación al amparo del artículo 1101 del CC¹⁵⁵⁴, el producto debe ser completamente inhábil y sólo puede ejercer esta acción quien haya contratado con el vendedor. Con todo, existe la posibilidad de que la extensión del resarcimiento pueda ser insatisfactoria en determinados casos, pues el artículo 1107.1 del CC expresa que el vendedor de buena fe -lo que debiera ser el caso habitual-, sólo responde de los daños "*...previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento...*"¹⁵⁵⁵, lo que puesto en juego con la exención de responsabilidad constituida por los riesgos del desarrollo, nos lleva a la conclusión que, de ser alegable esta excepción conforme al TR, también debiera serlo en el ámbito del artículo 1107 en comento. Súmese a lo anterior, que conforme al artículo 1255 del CC, el vendedor perfectamente podría haber eliminado o limitado su responsabilidad, mediante estipulaciones contractuales (cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad). Sin embargo, si entre el perjudicado y el productor no existe vínculo contractual, la indemnización de los perjuicios sufridos puede demandarse en sede extracontractual, en base al artículo 1902 del CC. Finalmente, también podrían invocarse leyes especiales, como la Ley de caza, de 4 de abril de 1970 o la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, etcétera. Sobre este tema volveremos con más profundidad, al tratar de otras fuentes de responsabilidad del proveedor, en la Parte III de esta tesis.¹⁵⁵⁶

Ayuda a la viabilidad material de esta acumulación de acciones, el hecho que los tribunales españoles hace tiempo ya, comenzaron a conceder indemnizaciones por daños causados por productos defectuosos aplicando conjuntamente las reglas de

¹⁵⁵³ Vid. *supra* apartado 3.- La primacía del Derecho Comunitario sobre los Derechos internos o domésticos en la UE. Posibilidad de aplicación directa de una Directiva, sin esperar a la norma de adecuación o trasposición / Capítulo I EL DERECHO COMUNITARIO / PARTE II.

¹⁵⁵⁴ En virtud del artículo 1101 del CC, puede instarse por la indemnización de daños materiales y morales derivados del incumplimiento de una obligación contractual.

¹⁵⁵⁵ Vid. CC, artículo 1107.1. "*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.*"

¹⁵⁵⁶ Vid. *infra* Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

la derogada LPD y las normas generales de responsabilidad contractual o extracontractual recogidas en el CC, según el caso. MARIN, reflexionando sobre esta práctica judicial, afirma que los tribunales hacen "*...una aplicación indiferenciada de unos preceptos y otros...*"¹⁵⁵⁷, en términos tales, que no es posible especificar si las decisiones judiciales se basaban exclusivamente en la derogada LPD o en las reglas generales del CC. Es más, se podía constatar una práctica judicial aún más curiosa, pues muchos juicios que debieron ser resueltos bajo la égida de la derogada LPD, pues los hechos materia de la *litis* cuadraban perfectamente con las hipótesis normativas previstas en esa legislación especial, en verdad se resolvían, al decir de GUTIERREZ SANTIAGO, "*...por los mismos cauces...*" que se empleaban tradicionalmente, "*...sin que les afecte, en su aplicación directa, la existencia de una normativa especial sobre responsabilidad del fabricante.*"¹⁵⁵⁸ Es decir, se aplicarán acumulativamente todas las leyes posibles de invocar, considerando que todas ellas componen un régimen unitario de responsabilidad civil por daños provocados por productos defectuosos, probablemente en el afán de dar protección al perjudicado. Pero además, es bastante posible que subyazca en esta forma de proceder de los tribunales, una cierta renuencia a someter al productor y a los demás partícipes en la cadena de fabricación y comercialización de un producto defectuoso, a un sistema de responsabilidad objetiva como el que impone la Directiva 85/374, razón por la cual, se opta por acudir a las restantes normas sobre responsabilidad civil del CC, que, como sabemos, se afincan en un sistema basado en la culpa, en lo que trasunta una evidente inclinación de los juzgadores por no prescindir de este elemento, propio del sistema subjetivo de responsabilidad civil.

Por ello, los viejos preceptos del CC no sólo se emplearon para conceder indemnizaciones por daños no cubiertos o amparados por la derogada LPD, sino que extendieron su aplicación a casos que, naturalmente, debieron resolverse conforme esta preceptiva especial, abrogándose, de facto, su aplicación, como explican GOMEZ LAPLAZA y DIAZ.¹⁵⁵⁹

A ello se suma, por cierto, la protección brindada por la jurisprudencia mayor al perjudicado, a través de una generosa interpretación del requisito de la culpa del artículo 1902 del CC, que lo transformó en semi-objetivo, prescindiendo de un reproche subjetivo puro. Esta tendencia por objetivar el artículo 1902 del CC, se materializó, como sabemos, de diversas formas, verbigracia: (i) mediante presunciones de culpa; (ii) a través de la inversión de la carga de la prueba; y (iii)

¹⁵⁵⁷ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., "*Daños por productos: estado de la cuestión*", Tecnos, Madrid, 2001, pág. 49.

¹⁵⁵⁸ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 560.

¹⁵⁵⁹ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., "*Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en AC, n° 25, 1995, págs. 533 y ss.

por medio de la imposición al presunto responsable de un deber de diligencia extremo.¹⁵⁶⁰

Por otra parte, la inclinación hacia un reproche subjetivo, incluso en el contexto de esta legislación especial por daños provocados por productos defectuosos, se constata en aquellas sentencias que aun dando cuenta de la falta de seguridad de un producto, llegan a admitir la exoneración del productor al haber demostrado éste su actuación diligente -entiéndase la corrección de su proceso productivo-, en lo que es un notable error de entendimiento acerca de los pilares estructurales de este régimen especial, o bien, una evidente falta de credibilidad en este sistema especial.¹⁵⁶¹ Ejemplos de estas verdaderas aberraciones dogmáticas, nos dice MARCO, son: la SAP de Orense, de 10 de noviembre de 1999; la SAP de Barcelona, de 20 de abril de 2001 y la SAP de Vizcaya, de 23 de marzo de 2004, entre otras.¹⁵⁶²

Si bien es evidente que en no pocos casos se fuerza el alcance y significado de las reglas de responsabilidad civil para lograr una indemnización en favor del perjudicado, por mor de un entendible sentido de justicia, es palmario que la puridad y la técnica jurídica son cuestionables, pues más allá de que se persiga materializar el fin tutelar de proteger al perjudicado, ese prurito protector termina desnaturalizando el régimen subjetivo de responsabilidad del CC. En tal sentido, MARCO declara que es totalmente censurable que, *"...por el hecho de resistirse a aplicar una ley especial de responsabilidad objetiva que se percibe como extraña o por aplicarla desvirtuándola, los tribunales españoles persistan en la aplicación de esas reglas generales, forzándolas sin medida en contra de la seguridad jurídica y de la propia voluntad del legislador..."*¹⁵⁶³, pues la detección y reproche de culpa, en verdad, queda por entero entregado a la mera discrecionalidad del juez, sin tasa ni

¹⁵⁶⁰ Vid. *supra* apartado 5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374 / Capítulo II LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE II.

¹⁵⁶¹ Desde luego, no corresponde integrar el régimen de responsabilidad objetiva impuesto al productor y demás sujetos asimilados a él, al sistema de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del CC, por cuanto la responsabilidad objetiva en base al riesgo creado es una estructuración absolutamente ajena al CC. De hecho, los regímenes de responsabilidad objetiva que han ido surgiendo de la mano de la modernidad, han generado una descodificación, pues han nacido y se han desarrollado fuera del CC, a través de leyes especiales. Es el caso de la Ley de Accidentes del Trabajo, de 30 de enero de 1900, cuyo artículo 2 proclama que el patrono es en todo caso responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios, siempre y cuando el accidente no sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produjo el accidente, introduciendo una responsabilidad empresarial sin que medie culpa o negligencia de su parte. Enseguida, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, que en su artículo 40 dice que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, proyecta una responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento, regular o irregular, de los servicios públicos. Finalmente y solo para nombrar otros casos emblemáticos de estatutos objetivos, se encuentra la Ley de Navegación aérea, de 21 de julio de 1960; la Ley 1, de 24 de diciembre de 1962, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor; la Ley 25, de 29 de abril de 1964, que establece la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear o de otras que desarrollen energías análogas; la Ley 1, de 4 de abril de 1970, de Caza, que hizo objetivamente responsables a los cazadores con motivo del ejercicio de la caza; etcétera.

¹⁵⁶² Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 89.

¹⁵⁶³ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 95.

medida, pues la construcción normativa en comento ha prescindido de la culpa como elemento de esta responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, lo que personifica la tensión y artificio a que se acude para absolver o condenar sobre el eje de la culpa. Por ello es que PEÑA concluye que el CC, aún teniendo valor de Derecho común, *"...se encuentra rodeado de regímenes especiales que utilizan criterios de imputación distintos y que han sido establecidos por el legislador precisamente en atención, entre otras razones, al desamparo de las víctimas de los daños provocados por la nueva realidad industrial y tecnológica; sobre todo, cuando esos regímenes especiales todavía no han merecido de la jurisprudencia una interpretación lo suficientemente profunda para explotar su verdadera potencialidad... ..Con toda probabilidad -añade este autor-, es la existencia de la interpretación objetivadora lo que ha provocado la escasa, equívoca y limitada aplicación de los distintos regímenes de responsabilidad objetiva contenidos en las leyes especiales de Derecho de daños. Para el juez, acudir a la aplicación de tales normas especiales resulta totalmente innecesario ya que los supuestos a los que entienda conveniente aplicar una responsabilidad más o menos objetiva pueden ser perfectamente resueltos de acuerdo con la jurisprudencia sobre el art. 1902 y concordantes. Es comprensible que, en tales circunstancias, se obvie cualquier esfuerzo por identificar las relaciones existentes entre estas normas, por determinar los principios que las inspiran y, por supuesto, sus posibilidades expansivas."*¹⁵⁶⁴

¹⁵⁶⁴ Vid. PEÑA LOPEZ, F., *"La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual"*, Comares, Granada, 2002, págs. 559 y ss.

PARTE III

LA FIGURA DEL PROVEEDOR EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. ANALISIS CRITICO DE SU INCORPORACION COMO SUJETO RESPONSABLE, EQUIPARADO AL PRODUCTOR, BAJO CIERTAS CIRCUNTANCIAS QUE REGULAN ESTOS CUERPOS NORMATIVOS.

CAPITULO XI

CONCEPTO LEGAL DE PROVEEDOR. PRECISIONES TERMINOLOGICAS DE LAS VOCES PROVEEDOR, SUMINISTRADOR Y VENDEDOR.

SUMARIO: 1.- INTROITO. 2.- MODIFICACION TERMINOLOGICA INTRODUCIDA POR EL TR: SE REEMPLAZA LA EXPRESION SUMINISTRADOR EMPLEADA POR LA DEROGADA LPD, POR LA DE PROVEEDOR. 3.- DIFERENCIAS ENTRE EL ARTICULO 4.3 DE LA DEROGADA LPD Y EL ARTICULO 138.2 DEL TR. 4.- DEFINICION LEGAL DE PROVEEDOR CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 7 DEL TR. 4.1.- ELEMENTOS ESENCIALES DE LA DEFINICION NORMATIVA DE PROVEEDOR, QUE CONSAGRA EL ARTICULO 7 DEL TR. 4.2.- LA NOCION DE EMPRESARIO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA DEFINICION LEGAL DE PROVEEDOR QUE RECOGE EL ARTICULO 7 DEL TR. 5.- ¿LAS VOCES PROVEEDOR, DISTRIBUIDOR Y SUMINISTRADOR, SON EQUIVALENTES? 6.- ¿ES EQUIPARABLE LA EXPRESION PROVEEDOR DEL TR CON LA DE VENDEDOR?

1.- Introito.

Como sabemos, la Directiva 85/374 y el TR, canalizan toda el sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos en cabeza del productor y, por extensión, en otros agentes económicos que también son productores, ora de materias primas que se incorporan a otro producto, ora de partes o elementos que integran otro producto, o que aparentan serlo y en el importador Comunitario, a quienes se equiparó a esta figura central, para hacerlos responsables en los mismos términos que el productor. Pero además, el legislador Comunitario concibió al proveedor como un posible responsable, pero no directo o principal como ocurre con los sujetos equiparados al productor, sino como responsable en segundo plano o subsidiario. En tal sentido, la STJCE, de 10 de enero de 2006¹⁵⁶⁵, sostiene que *"...en la mayoría de los casos el proveedor se limita a revender el producto tal y como lo compró, y únicamente el productor tiene la posibilidad de intervenir en su calidad..."*, por ello es que *"...se consideró oportuno concentrar en el productor la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos..."*, sin perjuicio, como decimos, de una eventual responsabilidad subsidiaria del proveedor, reunidos ciertos requisitos que exigen los aludidos cuerpos normativos, que iremos analizando a continuación.

Esta decisión legislativa en torno al proveedor concitó el apoyo de gran parte de la doctrina, aun cuando es manifiesto que el proveedor no tiene participación ni injerencia alguna en la aparición de los defectos de los productos, pues ellos nacen fuera de su esfera de control.¹⁵⁶⁶

Con todo, algunos autores no recibieron con tanto entusiasmo esta regulación que se concibió para el proveedor en la Directiva 85/374, como CILLERO DE CABO, para quien, este carácter supletorio de la responsabilidad del proveedor, significó, en la práctica, una disminución del nivel real de protección brindado al consumidor, al limitarse sus posibilidades de reclamo contra quien es su interlocutor natural¹⁵⁶⁷ -el proveedor-, pues en este régimen especial deben darse ciertos requisitos, para que se pueda accionar contra él, en circunstancias que en la regulación de la LGDCU, antes de la entrada en vigencia de la LPD, antecesora del actual TR, se podía accionar directamente contra el proveedor por el consumidor.

Desde luego, esta discusión se vuelve ociosa en los casos en que también concurre en la persona del proveedor, la calidad de productor o de importador Comunitario,

¹⁵⁶⁵ Vid. TJCE 2006/3.

¹⁵⁶⁶ Vid., entre otros, DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en Act. Civ., 1995-2, págs. 542 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., *"Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 329.

¹⁵⁶⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000; *"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002: responsabilidad del distribuidor por daños causados por productos con defectos de fabricación"*, en AC, núm. 21, 2003, pág. 27.

como pone de manifiesto la SAP de Madrid, de 9 de febrero de 2004.¹⁵⁶⁸ Por lo demás, no siempre está claro si el proveedor además reúne el carácter de productor, lo que puede acontecer porque en realidad participe en más de un eslabón de la cadena de valor del producto, en virtud de figuras de colaboración empresarial, integraciones verticales u otros fenómenos similares de reorganización empresarial. Por ejemplo, el caso en que el proveedor está ligado al productor, pues aquél es una empresa filial 100% de propiedad de este último. Esta relación, ¿podría significar que el proveedor en realidad debe considerarse involucrado, de tal manera en el proceso de fabricación del producto, que debe calificarse como un productor? La STJCE, de 9 de febrero de 2006¹⁵⁶⁹, nos ayuda a entender las discusiones que se han suscitado al respecto. Predica este fallo, que la valoración de esta relación debe ser efectuada por los tribunales de justicia ponderando las circunstancias concretas de cada caso. Y "*...con independencia de si se trata o no de diferentes personas jurídicas..., ...es pertinente saber si se trata de empresas que ejercen actividades de producción distintas o si, por el contrario, la empresa filial actúa simplemente como distribuidora o como depositaria del producto fabricado por la empresa matriz...*". De esta forma, sólo la determinación precisa de la situación fáctica permite concluir si los lazos entre el productor y el proveedor son lo suficientemente estrechos como para decir que los roles de ambos agentes económicos están confundidos, a tal punto, que se pueda concluir que el proveedor en realidad es un productor; o bien, que debe ser considerado como productor, atendido el alto grado de integración económica o comercial que exhibe con el productor.

Pero aún más, en la idea de resaltar las complejidades que ofrece la figura del proveedor, no podemos dejar de mencionar que las características de su actividad comercial, lo enfrentan a una pléyade de normas jurídicas que lo pueden hacer responsable desde distintos ángulos, ora contractuales, extracontractuales o legales; ora comerciales, administrativos, penales o ambientales; ora de protección al consumidor o por daños por productos defectuosos. Ni mencionar el firmamento de normas reglamentarias referidas a rotulación, envasado, cadenas de frío, conservación, almacenamiento, trazabilidad de productos, controles de lotes, etcétera, lo que no hace sino reflejar el universo de normas y reglamentaciones que enfrenta el proveedor, como último eslabón de la cadena de valor del producto ante el consumidor o usuario final y, más ampliamente, ante el gran público.

Por ello y aunque el tema de esta tesis es la responsabilidad del proveedor por daños causados por productos defectuosos, nos inmiscuiremos -mínimamente-, en el análisis de otras áreas de responsabilidad propias del quehacer de este agente económico.

¹⁵⁶⁸ Vid. JUR 2004231035.

¹⁵⁶⁹ Vid. TJCE 2006/34, asunto C-127/04.

2.- Modificación terminológica introducida por el TR: se reemplaza la expresión suministrador empleada por la derogada LPD, por la de proveedor.

Como vimos con antelación, el TR englobó las voces fabricante e importador en la de productor.¹⁵⁷⁰ Pero también cambió el término suministrador empleado por la derogada LPD, por el de proveedor. Así se desprende de los artículos 138.2 y 146 del TR.¹⁵⁷¹

Ahora bien, la opción del TR por el vocablo productor en el caso del fabricante, se justifica por entero, si pensamos en que una de sus finalidades, así declarada en su preámbulo, es *"...aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada..."*.¹⁵⁷² Y dado que la Directiva 85/374 habla de productor en su artículo 3.1¹⁵⁷³, es evidente la sinonimia.

Sin embargo, esta justificación no calza en el caso del suministrador, pues es precisamente esa la expresión que utiliza la Directiva 85/374 en su artículo 3.3¹⁵⁷⁴, lo que genera una inconsistencia indesmentible de cara al declarado objetivo de uniformidad del TR, lo que advertimos desde ya.

Entonces, nos encontramos con la curiosidad de que hoy la Directiva 85/374 habla de suministrador y el TR, su norma de actuación en España, de proveedor.

¹⁵⁷⁰ Vid. *supra* apartados 4.1.- La opción de la Directiva 85/374 y del TR por un concepto amplio de productor; 4.2.- Definición de Fabricante y de Productor / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁵⁷¹ Vid. TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."* / Artículo 146. *"Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."*

¹⁵⁷² Vid. TR, "Preámbulo. III. El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias pretende, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada... ..Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario, productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial...".

¹⁵⁷³ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.1. *"Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto."*

¹⁵⁷⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable..."*.

3.- Diferencias entre el artículo 4.3 de la derogada LPD y el artículo 138.2 del TR.

Como sabemos, la norma esencial a propósito del proveedor, es el artículo 3.3 de la Directiva 85/374. Al incorporarse la Directriz Comunitaria en España, el artículo 4.3 de la derogada LPD, lo reguló en los siguientes términos: *"Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."* Al derogarse la LPD, el artículo 138.2 del TR introdujo algunos cambios, más bien formales, en la regulación del proveedor que recogía el derogado artículo 4.3. En efecto, primeramente, reemplaza el término originario "fabricante" por el de "productor" y, enseguida, cambia la antigua locución "...quien hubiere suministrado o facilitado el producto" por la voz "proveedor", cambios terminológicos que, pensamos, no entrañan ninguna variación de fondo.

Por ende, somos de la opinión de que siguen válidas todas las críticas que antaño se formularon a propósito del artículo 4.3 de la derogada LPD, de las que nos aprovecharemos al ir desarrollando los Capítulos y apartados que siguen.

4.- Definición legal de proveedor contemplada en el artículo 7 del TR.

4.1.- Elementos esenciales de la definición normativa de proveedor, que consagra el artículo 7 del TR.

Como vimos, la figura del proveedor recibe el nombre de suministrador en el artículo 3.3 de la Directiva 85/374. De hecho, el artículo 4.3 de la derogada LPD, también lo llamaba así.¹⁵⁷⁵ En ese contexto, debía entenderse por tal, según GONZALEZ VAQUE, *"...a una persona que suministra al consumidor un producto comercializado..."*¹⁵⁷⁶, en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias. Para VELA, proveedor es *"...la persona que, sin participar en el proceso productivo, interviene profesionalmente en la comercialización del producto..."*¹⁵⁷⁷ Por su parte, el artículo 7 del TR da un concepto de proveedor, definiéndolo como *"...el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución..."*¹⁵⁷⁸, concepto que

¹⁵⁷⁵ Vid. LPD, artículo 4.3. *"Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto..."*

¹⁵⁷⁶ Vid. GONZALEZ VAQUE, L., *"La responsabilidad civil por productos defectuosos: perspectivas para la aplicación y el desarrollo de la Directiva 85/374/CEE"*, en EC, n° 57, 2001, pág. 65.

¹⁵⁷⁷ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 29.

¹⁵⁷⁸ Vid. TR, artículo 7. *"Concepto de proveedor. A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución."*

el Preámbulo de este texto normativo reitera casi en idénticos términos, expresando que proveedor es "*...cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado...*". Debiendo entenderse, por ende, que a estos efectos, es proveedor cualquier agente económico que intervenga en la cadena de distribución del producto, sin haber participado en su fabricación o importación, con la finalidad de venderlo, arrendarlo, darlo en arriendo financiero o leasing, o en cualquier otra forma de distribución o suministro hacia un consumidor o usuario. Por ende, proveedor no es sólo el vendedor del producto, sino también el distribuidor, el comercializador, etcétera.

Nótese que por su ubicación en el TR, esta definición legal de proveedor es general y aplicable para todo este cuerpo normativo, pues el TR no contiene una definición especial sólo aplicable al ámbito de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos.

Ahora bien, más allá de estos cambios de denominación, lo que realmente interesa es saber si ello pudo haber significado algún cambio relevante del cual advertir. De las definiciones y regulaciones que hemos visto, tanto de la Directiva 85/374, como de la derogada LPD y del TR, nos parece que en realidad seguimos hablando de suministrar y distribuir como verbos rectores de la configuración de este agente económico, como un eventual sujeto responsable dentro del contorno de esta legislación especial. En esta línea de pensamiento se inserta la afirmación de CILLERO DE CABO, para quien, desde un ángulo deontológico, el rol del proveedor lo define, pues es "*...la persona física o jurídica cuya actividad empresarial consiste en distribuir entre los consumidores finales los productos que otros fabrican.*"¹⁵⁷⁹

4.2.- La noción de empresario como parte integrante de la definición legal de proveedor que recoge el artículo 7 del TR.

Un aspecto interesante de la definición legal de proveedor que consagra el artículo 7 del TR, es que se entiende al proveedor como un empresario, al decir que "*...es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado,...*". De modo que la condición de profesionalidad es determinante para definir a este agente económico, en cuanto el suministro del producto siempre debe realizarse con una finalidad lucrativa y en el marco de una actividad profesional. Así pues, se incluye en el concepto de proveedor la actividad de ceder gratuitamente productos, pero en el marco de una actividad profesional.

Esta exigencia de un rasgo empresarial en el proveedor, para ser considerado tal en el TR, si bien ausente en la Directiva 85/374, no pareciera representar un cambio esencial en relación a la regulación anterior que brindaba la derogada LPD, ya que igualmente se pregonaba su carácter profesional en la explotación

¹⁵⁷⁹ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 52.

comercial de su negocio de distribución, aun cuando la abolida LPD sólo exigía este requisito de profesionalidad a texto expreso para el caso del importador, según leía su artículo 4.2.¹⁵⁸⁰ Empero, la doctrina y la jurisprudencia siempre entendieron que esta exigencia de profesionalidad era exigible a todos los posibles sujetos responsables, considerándola una exigencia implícita en la razón de ser de la Directiva 85/374 y en su primitiva ley de adecuación¹⁵⁸¹, entendimiento que resulta ser plenamente coincidente con la definición legal de proveedor que acuña el artículo 7 del TR, que, como hemos visto, exige siempre la calidad de empresario en la configuración de la figura del proveedor. Tal requerimiento se colige, perfectamente, de lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del TR¹⁵⁸², que sientan el principio básico de esta preceptiva, consistente en que ella se aplica a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios y que estos últimos se conceptualizan como toda persona que actúa en el marco de una actividad empresarial o profesional, pública o privada.

Con todo, hay voces que expresan que conforme al artículo 7 del TR, la finalidad económica o el ánimo de lucro podrían estar ausentes e igualmente se constituiría un proveedor, pues él se caracteriza como el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, lo que importa que podría no existir un precio en la relación jurídico-comercial de que se trate e igualmente estar frente a un proveedor.

5.- ¿Las voces proveedor, distribuidor y suministrador, son equivalentes?

En nuestra opinión, los conceptos proveedor, distribuidor y suministrador son semejantes y posibles de emplear sin mayores complicaciones. Tanto así, que la Directiva 85/374, el pilar de esta disciplina, sigue hablando de suministrador. Y no por nada el TJCE ha empleado las locuciones proveedor y suministrador como equivalentes. Verbigracia, la STJCE, de 23 de noviembre de 2006¹⁵⁸³. Incluso el Consejo, en Resolución de 19 de diciembre de 2002, relativa a una enmienda de la Directiva 85/374, utiliza la palabra intermediarios y declara, en lo que nos interesa, que cualquiera de estos términos *"...se refiere a la persona que opera en la cadena de distribución."*

En suma, nos parece que para efectos de esta legislación especial, resulta indiferente cuál es la denominación que se le dé al proveedor, pues lo que

¹⁵⁸⁰ Vid. LPD, artículo 4.2. *"A los mismos efectos, se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución."*

¹⁵⁸¹ Vid., por todos, ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 62.

¹⁵⁸² Vid. TR, artículo 2. *"Ámbito de aplicación. Está norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios."* / Artículo 4. *"Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada."*

¹⁵⁸³ Vid. TJCE 2006340, asunto C-315/05.

jurídicamente interesa es su rol en la cadena de comercialización, como distribuidor o suministrador de un producto que ya ingresó al canal comercial.¹⁵⁸⁴

6.- ¿Es equiparable la expresión proveedor del TR con la de vendedor?

Esta es una duda que conviene despejar cuanto antes. Bajo la vigencia de la derogada LPD, la doctrina entendía que la figura del suministrador no siempre se identificaba con la del vendedor, ya que el primero podía, teóricamente, distribuir productos en el mercado por compraventas u otros contratos distintos a la compraventa, caso en el cual, evidentemente no podía denominarse vendedor.¹⁵⁸⁵ Por ello se entendía que la denominación suministrador era más apropiada que la de vendedor, pues, como decía CILLERO DE CABO, "*...el producto puede ser puesto a disposición de los consumidores mediante contratos distintos del de compraventa.*"¹⁵⁸⁶ De hecho, cualquier agente económico que participara en la cadena de valor del producto, podía ser considerado suministrador según la derogada LPD, como evidenciaba su artículo 4.3¹⁵⁸⁷, al eximir de responsabilidad al suministrador si facilitaba al perjudicado la identidad de la persona que "*...le hubiera suministrado o facilitado...*" el producto, haciendo un distingo evidente entre suministrar y facilitar, lo que da espacio a figuras comerciales distintas de la compraventa. En tal contexto -vigente la LPD-, MARCO explicaba que convenía hablar de suministrador y no de vendedor, porque, como señalaba la Memoria del Ministro de Justicia que acompañaba al Proyecto de la derogada LPD, el título por el cual se entregaba o facilitaba el producto al perjudicado "*...desborda los límites naturales del contrato de compraventa...*".¹⁵⁸⁸

Ahora bien, el Preámbulo del TR indica que debe distinguirse entre proveedor, que como sabemos es cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, del vendedor, que si bien no está definido en el TR, es quien interviene en un contrato de compraventa, debiendo entenderse que si se trata de un caso sujeto al ámbito de aplicación de esta ley, éste vendedor debe estar actuando en el marco de su actividad empresarial.¹⁵⁸⁹ De hecho, la definición de vendedor habrá

¹⁵⁸⁴ En efecto, un producto puede llegar al público en virtud de una compraventa, de un arrendamiento, de una permuta, de un contrato de donación, de un comodato, en virtud de un precario, con ocasión de un servicio e incluso gracias a relaciones serviles con las cosas, etcétera.

¹⁵⁸⁵ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 51; MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 188.

¹⁵⁸⁶ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 50.

¹⁵⁸⁷ Vid. LPD, artículo 4.3. "*Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto...*".

¹⁵⁸⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, nota 586, pág. 188.

¹⁵⁸⁹ Vid. TR, "*Preámbulo. El concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación*

de buscarse en el CC. Entonces, cabe concluir que si bien no son lo mismo, no hay duda que un vendedor puede ser proveedor, en la medida que su actividad sea profesional. De hecho, en el TR no hay ninguna disposición que prohíba o impida que el proveedor del producto sea también su vendedor, pero nos parece que es evidente que se trata de una noción más amplia, que no queda confinada al contexto de una compraventa. Por ello, para CAVANILLAS, el concepto de proveedor recogido en el artículo 7 del TR no sólo abarca al vendedor, sino que *"...a cualquier empresario que ceda al consumidor el uso de un producto por un título distinto al de compraventa..."*.¹⁵⁹⁰ Aunque precisando los términos empleados por este autor, debe advertirse que el artículo 7 del TR en ningún momento exige, *stricto sensu*, una cesión del producto para calificar al agente económico como proveedor, pues como se desprende de una lectura atenta de este precepto, el suministro o distribución del producto puede ser hecho a cualquier título o bajo cualquier forma contractual¹⁵⁹¹, lo que nos permite afirmar que, en realidad, incluso resulta irrelevante la naturaleza jurídica del título en virtud del cual se suministra o distribuye el producto, pues, como reitera CALVO, *"...la relación jurídica por la cual entregó o facilitó el producto al dañado es irrelevante..."*.¹⁵⁹² Un argumento adicional para arribar a esta misma conclusión, descansa en que si se ha aceptado que la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos supera el ámbito contractual, es obvio deducir que la responsabilidad del proveedor no puede depender de la celebración de un contrato. Por ende, lo correcto es *"...partir de la idea de que se es suministrador y se distribuye el producto, no desde que se formaliza y concluye el contrato por el que se expende el producto, sino desde que se pone el producto a disposición del público consumidor..."*.¹⁵⁹³ nos dice acertadamente CILLERO DE CABO. Lo que significa que se incluirían como puesta a disposición y actos propios de suministrar, incluso la exposición al público de los productos, aunque no hayan sido adquiridos ni hayan entrado en contacto con el consumidor o usuario, pues desde ese momento existe posibilidad de que causen un daño. Tampoco podría eximirse de responsabilidad el proveedor, alegando que la venta y entrega de los productos ha revestido alguna modalidad, como ensayo, prueba o al gusto; o porque los ha vendido a plazo, ya que en todas estas situaciones ha habido una distribución del producto a partir de la celebración del contrato de compraventa, independientemente de sus modalidades, plazos u otras condiciones.

civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial...".

¹⁵⁹⁰ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", en AC, núm.1, 2008, pág. 23.

¹⁵⁹¹ Vid. TR, artículo 7. "Concepto de proveedor. A efectos de esta norma es proveedor el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución."

¹⁵⁹² Vid. CALVO ANTON, M., "La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad", Cuadernos de Estudios Empresariales nº 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 42.

¹⁵⁹³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 163.

CAPITULO XII

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR.

SUMARIO: 1.- NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DE LA RESPONSABILIDAD QUE SE LE ENDILGA AL PROVEEDOR, POR EL DAÑO CAUSADO POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN LA DIRECTIVA 85/374 Y EN EL TR. 2.- PRIMER SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR: LA FALTA DE IDENTIFICACION DEL PRODUCTOR O IMPORTADOR COMUNITARIO DEL PRODUCTO DEFECTUOSO, REUNIDOS CIERTOS REQUISITOS LEGALES CONTEMPLADOS EN LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR, PARA QUE SE HAGA EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR. 2.1.- ¿CUALES SON LOS REQUISITOS QUE EXIGEN LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR, A FIN DE CONFIGURAR LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR? 2.2.- ¿CUAL ES EL PRODUCTOR QUE DEBE SER IDENTIFICADO POR EL PROVEEDOR? 2.3.- ¿CUAL ES LA INFORMACION QUE EL PERJUDICADO DEBE SOLICITAR AL PROVEEDOR? 2.4.- ¿QUE INFORMACION DEBE PROPORCIONAR EL PROVEEDOR AL PERJUDICADO? 2.5.- ¿DESDE CUANDO SE CUENTA EL PLAZO DE LOS 3 MESES CON QUE CUENTA EL PROVEEDOR PARA INDICAR AL PERJUDICADO LA IDENTIDAD DEL PRODUCTOR O DEL IMPORTADOR COMUNITARIO? 2.6.- ¿QUE OCURRE SI EL PERJUDICADO NO CONOCE AL PROVEEDOR DEL PRODUCTO DEFECTUOSO QUE LE CAUSO EL DAÑO? 2.7.- ¿PUEDE EL PERJUDICADO DEMANDAR DIRECTAMENTE AL PROVEEDOR, SIN SOLICITARLE PRIMERO QUE IDENTIFIQUE AL PROVEEDOR DEL PRODUCTO DEFECTUOSO O SIN ESPERAR A QUE TRANSCURRA EL MENCIONADO PLAZO DE 3 MESES CON QUE CUENTA PARA ELLO? 2.8.- ¿ES NECESARIO PARA CONFIGURAR ESTA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR, QUE SU OMISION O RETICENCIA EN IDENTIFICAR AL PRODUCTOR DEL PRODUCTO DEFECTUOSO O AL IMPORTADOR COMUNITARIO O INCLUSO A SU SUMINISTRADOR, LE SEA REPROCHABLE (POR DOLO O CULPA)? 2.9.- ¿QUE OCURRE SI EL PROVEEDOR ADEMÁS REUNE EL CARACTER DE OTRO SUJETO RESPONSABLE SEGUN ESTA LEGISLACION ESPECIAL? 2.10.- ¿CUAL ES EL REAL ALCANCE DEL ARTICULO 138.2 DEL TR, DISPOSICION QUE ESTABLECE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR? 2.11.- EN CASO QUE EL PROVEEDOR REQUERIDO POR EL PERJUDICADO IDENTIFIQUE A SU PROVEEDOR Y NO AL PRODUCTOR, ¿PUEDE ESTE PROVEEDOR, A SU TURNO, INVOCAR EL DERECHO A IDENTIFICAR A SU PROPIO PROVEEDOR, LIBERANDOSE DE RESPONSABILIDAD? 2.12.- IDENTIFICADO EL PRODUCTOR O EL IMPORTADOR COMUNITARIO, ¿QUEDA EL PROVEEDOR LIBERADO DE INMEDIATO Y DE PLENO DERECHO DE SU RESPONSABILIDAD, SEGUN ESTA LEGISLACION ESPECIAL? 2.13.- ANALISIS DE DIFERENTES SITUACIONES QUE PUEDEN PRESENTARSE A PROPOSITO DE LA IDENTIFICACION DEL PRODUCTOR DEL PRODUCTO DEFECTUOSO, POR PARTE DEL PROVEEDOR. 2.13.1.- EL CASO EN QUE EL PROVEEDOR NO IDENTIFICA AL PRODUCTOR, PERO SI A QUIEN LE SUMINISTRO EL PRODUCTO DEFECTUOSO. 2.13.2.- EL CASO EN QUE EL PROVEEDOR DESCONOCE LA IDENTIDAD DEL PRODUCTOR DEL PRODUCTO DEFECTUOSO, PERO CONOCE LA IDENTIDAD DEL PRODUCTOR APARENTE, O DEL PRODUCTOR DE UNA MATERIA PRIMA O DE UN PRODUCTO DE LA CAZA O DE UNA PARTE COMPONENTE DEL PRODUCTO DEFECTUOSO DE QUE SE TRATE. 2.13.3.- EL CASO EN QUE EL PERJUDICADO CONOCE LA IDENTIDAD DEL PRODUCTOR, PERO IGNORA CUAL HA SIDO EL PRODUCTO QUE LE CAUSO EL DAÑO. 2.13.4.- EL CASO EN QUE EL PROVEEDOR PUEDE SER CONSIDERADO PRODUCTOR APARENTE SEGUN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR, PERO EN EL PLAZO DE 3 MESES IDENTIFICA AL PRODUCTOR REAL. 2.13.5.- EL CASO EN QUE EL PROVEEDOR PUEDE IDENTIFICAR AL PRODUCTOR DE UN PRODUCTO IMPORTADO A LA UE, PERO NO A SU IMPORTADOR COMUNITARIO. O BIEN, NO PUEDE IDENTIFICAR AL IMPORTADOR COMUNITARIO, PERO SI A SU PROVEEDOR. 2.14.- IMPOSIBILIDAD DEL PERJUDICADO DE DEMANDAR AL PROVEEDOR, POR INSOLVENCIA DEL PRODUCTOR CONOCIDO O IDENTIFICADO DEL PRODUCTO DEFECTUOSO CAUSANTE DEL DAÑO; O POR EL HECHO DE QUE EL PRODUCTOR IDENTIFICADO HAYA SALIDO DEL MERCADO AL TIEMPO DE PRODUCIRSE EL DAÑO AL PERJUDICADO. 2.15.- LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR REGULADA POR LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR. 2.15.1.- ¿ES UNA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ATENUADA O EN REALIDAD ES UNA RESPONSABILIDAD LEGAL? 2.15.2.- ES UNA RESPONSABILIDAD EXCEPCIONAL. 2.15.3.- ES UNA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. 2.16.- EVENTOS DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL PROVEEDOR. 2.17.- IMPOSIBILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE DE ALTERAR LA REGULACION SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR QUE INSTAURO LA DIRECTIVA 85/374 EN SU ARTICULO 3.3. 2.18.- ¿CUALES SON LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACION DEL PROVEEDOR COMO SUJETO RESPONSABLE DEL

DAÑO QUE CAUSA UN PRODUCTO DEFECTUOSO, EN LA HIPOTESIS PREVISTA EN LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR? 3.- SEGUNDO SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR: EL SUMINISTRO DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO, A SABIENDAS DE SU CARACTER DEFECTUOSO, CONFORME LO PRECEPTUADO POR EL ARTICULO 146 DEL TR. 3.1.- EL ORIGEN DE ESTA DISPOSICION. 3.2.- ESTA DISPOSICION ES EXCEPCIONAL, PUES REGULA UN CASO EN QUE EL PROVEEDOR RESPONDE DIRECTAMENTE Y NO COMO RESPONSABLE SUBSIDIARIO. 3.3.- CRITICAS QUE HA MEREcido ESTA DISPOSICION. 3.4.- ANALISIS DE LA LEGALIDAD DE ESTA DISPOSICION, AL HABER SIDO INCORPORADA POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL EN LA DEROGADA LPD AL TRASPONER LA DIRECTIVA 85/374, SIN ESTAR RECOGIDA ESTA HIPOTESIS EN LA NORMA COMUNITARIA. 3.5.- ¿QUIEN DEBE PROBAR QUE EL PROVEEDOR SUMINISTRO EL PRODUCTO A SABIENDAS DE SU CARACTER DEFECTUOSO? 3.6.- ¿CUALES SON LAS RESPONSABILIDADES DEL PROVEEDOR QUE INCURRE EN EL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD QUE REGULA EL ARTICULO 146 DEL TR? 3.7.- COMENTARIOS SOBRE LA ACCION DE REPETICION CONTRA EL PRODUCTOR QUE CONFIERE EL ARTICULO 146 DEL TR AL PROVEEDOR QUE SUMINISTRA UN PRODUCTO DEFECTUOSO, A SABIENDAS DE ELLO. 3.8.- ¿PUEDE EL PERJUDICADO, FRENTE A UN EVENTO REGULADO EN EL ARTICULO 146 DEL TR, DEMANDAR A OTROS RESPONSABLES DEL DAÑO QUE HA SUFRIDO, DISTINTOS DEL PROVEEDOR DOLOSO? 3.9.- LA CONCURRENCIA DE CULPA DEL PERJUDICADO, JUNTO CON EL SUMINISTRO A SABIENDAS DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO POR PARTE DEL PROVEEDOR. 3.10.- ¿PRESENTA ESTA DISPOSICION ALGUNA VENTAJA O BENEFICIO DENTRO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ESPECIAL QUE MATERIALIZA EL TR? 4.- TERCER SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR: QUE EL MISMO CAUSE EL DEFECTO DEL PRODUCTO QUE SUMINISTRA.

1.- Naturaleza y características de la responsabilidad que se le endilga al proveedor por el daño causado por productos defectuosos en la Directiva 85/374 y en el TR.

En esta materia, es preciso hacer una distinción, pues si bien la Directiva 85/374 contempló un evento específico de responsabilidad para el proveedor en su artículo 3.3¹⁵⁹⁴, gatillado por la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso que él suministró al perjudicado, reunidos ciertos requisitos legales que analizaremos a continuación -disposición que reitera el artículo 138.2¹⁵⁹⁵ del TR-, ocurre que el legislador español introdujo una innovación al trasponer la norma Comunitaria a la legislación interna, incluyendo una Disposición adicional única en la LPD¹⁵⁹⁶, que más tarde deroga y reemplaza el TR en su artículo 146¹⁵⁹⁷, precepto que no existe en la Directiva 85/374 y que consagra otro evento de responsabilidad para el proveedor, que tiene lugar cuando el proveedor suministra el producto defectuoso a sabiendas de la existencia del defecto.

Ahora bien, si el proveedor es declarado judicialmente responsable en virtud de la aplicación de alguno de los citados preceptos, se entienden aplicables, por completo, las previsiones que contiene el TR en caso de ser responsable el productor. Verbigracia, el tipo de daños indemnizables, los límites y franquicias establecidas, etcétera, pues como dice GUTIERREZ SANTIAGO, *"...No en vano, ambas normas precisan que, en los respectivos supuestos que contemplan, el suministrador será considerado como fabricante o responderá, como si fuera el fabricante o el importador."*¹⁵⁹⁸

Por lo demás, nos parece interesante analizar un tercer supuesto de responsabilidad del proveedor, que puede tener lugar si es él, quien merced a una acción u omisión determinada de su parte, termina introduciendo el defecto en el producto, que más tarde genera un daño.

¹⁵⁹⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. / Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor."*

¹⁵⁹⁵ Vid. TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹⁵⁹⁶ Vid. LPD, Disposición adicional única. *"Responsabilidad del suministrador. El suministrador del producto defectuoso responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador."*

¹⁵⁹⁷ Vid. TR, artículo 146. *"Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."*

¹⁵⁹⁸ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 505.

Por ende, para comprender la responsabilidad del proveedor de cara a esta legislación especial, es necesario instruirse en detalle acerca de estos tres eventos de responsabilidad, advirtiendo que existen otros supuestos, nacidos al amparo de otras legislaciones y regulaciones, cuyo estudio permitirá tener una visión cabal de todos los ámbitos de responsabilidad que enfrenta este agente económico y así intentar comprender los reales alcances que introdujo la Directiva 85/374 y el TR en relación a la responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto defectuoso y su relación con otras disposiciones del Sistema Jurídico español.

2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor.

2.1.- ¿Cuáles son los requisitos que exigen los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, a fin de configurar la responsabilidad del proveedor?

Las mencionadas disposiciones de la Directiva 85/374 y del TR, que regulan la responsabilidad del proveedor como si fuera el productor, sólo la hacen efectiva en el caso que el perjudicado ignore quien es el productor o importador Comunitario del producto defectuoso que le ha ocasionado un daño¹⁵⁹⁹, porque, por ejemplo, el producto se comercializó sin marca ni signos distintivos, o porque la razón social que figura en el producto no es ubicable, o sin indicar quien era su importador a la UE, y, habiéndose requerido al proveedor para que identifique al productor o al importador Comunitario del producto, transcurre el plazo de 3 meses que se concede para ello, sin que el proveedor haya identificado a uno o al otro o, como veremos, a alguno de los sujetos equiparados al productor por esta legislación especial o, incluso, a su propio proveedor o suministrador, caso en el cual, nos dice MARIN, será considerado como productor y responderá ante el perjudicado como tal.¹⁶⁰⁰

Es importante destacar, como hacen JIMENEZ LIEBANA y MURTULA, que la responsabilidad del proveedor entra en juego sólo cuando el productor o el importador Comunitario no han podido ser identificados, porque el producto mismo no permite conocer su identidad y no cuando el perjudicado ha pasado por alto quién es el productor¹⁶⁰¹ o es desaprensivo en cuanto a su individualización o, como dice DE ANGEL YAGUEZ, porque el perjudicado ha "...*olvidado cuál era el*

¹⁵⁹⁹ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 100.

¹⁶⁰⁰ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 100 y 101.

¹⁶⁰¹ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 279; MURTULA, V., *"La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo"*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 280.

fabricante del objeto que le causó el daño..."¹⁶⁰², o cuando por simple desidia no se le identifica, como sancionó la SAP de Asturias, de 31 de julio de 2003¹⁶⁰³, que destacó que la responsabilidad del proveedor "...sólo procede cuando no se puede conocer quién es el fabricante o importador, ya que si, con una mínima diligencia, el perjudicado puede averiguar su identidad, faltaría el presupuesto básico que permitiría derivar la responsabilidad hacia el vendedor...".¹⁶⁰⁴ La SAP de Burgos, de 22 de julio de 2004¹⁶⁰⁵, se decanta por una solución similar, considerando que se acreditó en el proceso que "...el actor, desde el primer momento, conocía quién era el fabricante (SEAT)..." del turbo defectuoso que le fue vendido por la empresa demandada. En igual sentido declama la SAP de Badajoz, de 14 de julio de 2003¹⁶⁰⁶, que absolvió al vendedor de una escalera defectuosa, dado que "...en su envoltorio se hallaba perfectamente identificado el fabricante y el nombre de éste aparecía además gravado en el último peldaño de la escalera." Por último, la SAP de Valencia, de 26 de febrero de 2007¹⁶⁰⁷, ratifica este criterio, pues en la tubería de goma defectuosa para la entrada de agua al lavavajillas "...figuraba no sólo el nombre del fabricante, sino el logotipo que el mismo emplea como distintivo de su producto,... lo que habría permitido su fácil identificación."

Entonces, en los casos en que efectivamente la identidad del productor o del importador Comunitario resulta desconocida, tañen los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR¹⁶⁰⁸, que preceptúan que en el evento que el productor no pudiera ser identificado, "...cada suministrador del producto será considerado como su productor..." dice la norma Comunitaria, lo que el TR ratifica, expresando que ante esta falta de singularización del productor "...será considerado como tal el proveedor del producto..."¹⁶⁰⁹, a menos que dentro del plazo de 3 meses, éste indique al perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto, lo que hace evidente el hecho de que el desconocimiento de la identidad del productor es el supuesto básico que

¹⁶⁰² Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "Actuación dañosa de los grupos", en RJC, núm. 4, 1997, pág. 88.

¹⁶⁰³ Vid. JUR 200415503.

¹⁶⁰⁴ Y no podía ser de otra forma, pues en este caso, el propio demandante aportó a la demanda todos los datos del productor y, además, la marca figuraba en el propio vehículo defectuoso, tenía dirección comercial conocida, etcétera.

¹⁶⁰⁵ Vid. JUR 2004265948.

¹⁶⁰⁶ Vid. JUR 200446697.

¹⁶⁰⁷ Vid. JUR 2007274249.

¹⁶⁰⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. / Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor." / TR, artículo 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."

¹⁶⁰⁹ Como vimos recién, la Directiva 85/374 lo califica de suministrador y el TR, inexplicablemente, de proveedor. Vid. *supra* apartado 2.- Modificación terminológica introducida por el TR: se reemplaza la expresión suministrador empleada por la derogada LPD, por la de proveedor / Capítulo I CONCEPTO LEGAL DE PROVEEDOR. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS DE LAS VOCES PROVEEDOR, SUMINISTRADOR Y VENDEDOR / PARTE III.

enfrenta al proveedor a la obligación de tener que responder ante el perjudicado, en virtud de esta disciplina especial.

Otro tanto puede decirse respecto de la falta de identificación del importador Comunitario, en caso que el producto defectuoso que causa el daño no señale quien es su importador en la UE y pese a que se exprese quien es su productor. Así se lee del apartado segundo del artículo 3.3 de la Directiva 85/374, que dice: *"Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor."* Predicado que reitera el artículo 138.2 del TR, señalando que: *"La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."* Esto quiere decir, desde luego, que la liberación de responsabilidad del proveedor sólo opera si identifica al importador Comunitario, no sirviéndole identificar al productor, recalca ATAZ¹⁶¹⁰, lo que es conveniente destacar. Para ALCOVER, el sentido de esta exigencia de identificar al importador Comunitario de un producto defectuoso importado en la UE es evidente, pues se discurre por el legislador en este caso, que *"...la desprotección del perjudicado es más que probable..."*, considerando que el productor es extracomunitario, *"...por lo que lo relevante para evitarla es que el importador sea conocido y no el productor..."*¹⁶¹¹, con la indiscutible finalidad de facilitar al perjudicado la interposición de la respectiva demanda indemnizatoria en contra de un agente económico conocido, con domicilio en la UE y en base a una legislación que le ofrece un grado de protección acorde a los estándares dispuestos por la Directiva 85/374.

En suma, el proveedor se libera de toda responsabilidad si dentro de este plazo de 3 meses a contar de que haya sido requerido, informa al perjudicado la identidad del productor del producto defectuoso o de la persona que a su vez le ha suministrado el producto, sea éste un intermediario o mayorista u otro proveedor, o bien identifica al importador Comunitario, si se trata de un producto importado a la UE. En este sentido, es evidente que esta regulación no sólo persigue facilitar la reclamación del perjudicado, quien por esta vía tiene una expedita indagación para llegar a saber quién es el productor del producto defectuoso que le causó un daño, sino que además estimula la colaboración del proveedor, pues de guardar silencio o no colaborar, termina respondiendo ante el perjudicado, lo que sin duda es un aliciente mayor para cooperar con el perjudicado en esta tarea, dada la verdadera espada de Damocles que pende sobre su cabeza.

¹⁶¹⁰ Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 74.

¹⁶¹¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 110.

Normalmente el productor o el importador Comunitario serán fácilmente identificables a través del Registro mercantil, o el industrial, o el de sanidad y consumo o por la licencia fiscal, etcétera. Pero para aquellos casos en que esa indagación no arroje un resultado positivo, es de esperar que el conocimiento del proveedor acerca de sus suministradores y las relaciones comerciales establecidas, su buen orden comercial, etcétera, le permitan entregar la información requerida sin grandes problemas. Al decir de ALCOVER, la situación del proveedor "*...no será en la generalidad de los casos gravosa o comprometida, ya que con una normal diligencia (guardar las facturas y ofrecer en plazo la información a la víctima) evita el ser responsable objetivo...*"¹⁶¹²; lo que además, según FRIGNANI, puede considerarse como una medida indirecta para conseguir que los proveedores sean administradores diligentes.¹⁶¹³ Con una reflexión parecida se apunta RODRIGUEZ CARRION, quien observa que estas disposiciones que establecen la responsabilidad del proveedor, actúan como un catalizador de buen orden para él, pues ante la eventualidad de poder ser demandado, sino es capaz de identificar al productor de un producto defectuoso o a su importador Comunitario o a quien se lo haya suministrado, lo razonable es que se haya preocupado de catastrar y disponer de la identidad de todos los productores y distribuidores con quienes se provee¹⁶¹⁴; así como de contar con sistemas de control de lotes, de trazabilidad de productos, controles de cadenas de frío en su caso y de las demás herramientas logísticas que le permitan conocer la vida y tránsito de un producto, desde que lo adquiere y hasta que lo entrega, suministra o vende para su uso o consumo.

2.2.- ¿Cuál es el productor que debe ser identificado por el proveedor?

El desconocimiento de la identidad del productor plantea la duda acerca de ¿cuál es el productor al que se refieren estas normas de la Directiva 85/374 y del TR?, dado que el concepto normativo de productor engloba a varios otros sujetos como posibles responsables.¹⁶¹⁵ En términos amplios y sistémicos, entendemos que el proveedor pueda liberarse de responsabilidad identificando a cualquiera de los miembros de la cadena de distribución, aunque no sea quien directamente le proveyó el producto. Por ejemplo, para ALCOVER, en principio basta que se proporcione la identidad del productor aparente.¹⁶¹⁶ Valida esta opinión CLARK¹⁶¹⁷, pues en su parecer, en tal caso igualmente se está identificando a quien

¹⁶¹² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 99.

¹⁶¹³ Vid. FRIGNANI, A., *"La direttiva CEE sulla responsabilità da prodotto e la sua attuazione in Italia"*, in Giur. piem., 1986, 670-681, ed. in Assicurazioni, 1987, pág. 130.

¹⁶¹⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pág. 131.

¹⁶¹⁵ Vid. *supra* apartado 4.3.- Sujetos asimilados al productor en la Directiva 85/374 y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁶¹⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 110.

¹⁶¹⁷ Vid. CLARK, A. M., *"Product Liability"*, Sweet & Maxwell, London, 1989, pág. 57.

es el productor del producto defectuoso, sea el productor real o sea un sujeto asimilado a él por esta nomenclatura especial -como es el productor aparente-, respetando así lo excepcionalísimo de la responsabilidad del proveedor. Se inscribe también en esta tesitura URBISTONODO¹⁶¹⁸, entre otros.

Siempre siguiendo el pensamiento de ALCOVER, si el defecto es imputable a una parte componente o a la materia prima, en su pensar, el proveedor deberá proporcionar la identidad del productor parcial o del distribuidor de la materia prima defectuosa o del que se presente como uno u otro, pues la exigencia *"...de una mayor amplitud en la identificación implicaría colocar en una posición demasiado gravosa al distribuidor no necesaria ya para proteger a la víctima."*¹⁶¹⁹ En sentido contrario vota CILLERO DE CABO, para quien no es posible la exoneración del proveedor cuando identifica al productor parcial o de parte integrante, *"...ni siquiera si el suministrador trata de demostrar que el defecto se encuentra en la parte componente o en la materia prima..."*¹⁶²⁰, bajo la premisa de que realmente cumple con esta obligación si identifica al productor, o al importador Comunitario o a quien le haya suministrado a él el producto defectuoso.

2.3.- ¿Cuál es la información que el perjudicado debe solicitar al proveedor?

Si atendemos al tenor literal de los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, basta que solicite que se le entregue información acerca de la identidad del productor o importador Comunitario. Esto es, de quién se trata y su domicilio. Naturalmente, para formular ese requerimiento de información deberá indicarle al proveedor el producto de que se trate, cuyo defecto lo ha dañado, aunque en opinión de JIMENEZ LIEBANA es suficiente que el perjudicado indique la clase de producto que le causó el daño.¹⁶²¹ Así lo dice, por lo demás, la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001¹⁶²², que precisa que en dicho requerimiento *"...basta que el perjudicado exprese el producto de que se trate..."*. Con todo, CILLERO DE CABO postula que *"...si el perjudicado conserva el producto, una parte de él, su envoltorio, su envase o los restos del producto en caso de que hubiera quedado destruido o deteriorado, tiene la obligación de mostrarlos al suministrador. Si nada conserva, deberá proporcionar al suministrador todos los datos que recuerde."*¹⁶²³ Estimamos complejo que al perjudicado le sea suficiente informar al proveedor sólo la clase de producto que le causó el daño, pues con tan nimia información, casi parece ser una

¹⁶¹⁸ Vid. URBISTONODO, S., *"La Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al Derecho comunitario"*, en EC, n° 30, 1994, pág. 50.

¹⁶¹⁹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 110.

¹⁶²⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 219.

¹⁶²¹ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGrawHill, Madrid, 1998, pág. 280.

¹⁶²² Vid. AC 2001/637.

¹⁶²³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 215 y 216.

trampa destinada a que el proveedor no pueda cumplir con la carga de identificar al productor, erigiéndose en responsable, no por no haber querido cumplir con esta intimación, sino porque le era imposible hacerlo, atendida la pobreza de los datos que se le proporcionaron, lo que puede ser germen de innumerables abusos.

El Libro Verde sobre la Directiva 85/374, en torno a las dificultades sobre la prueba de la identidad del productor, en el caso de un producto fabricado por varios productores, como acontece con un medicamento fabricado bajo licencia por diversos laboratorios, planteó, como materia de consulta, la posibilidad de que en estos casos el perjudicado pudiera emplazar a los diversos productores o importadores del producto en cuestión, aplicando la solución norteamericana del *Market Share Liability*.¹⁶²⁴ Prácticamente todos los comentarios recibidos, rechazaron la opción de instaurar una responsabilidad por cuota de mercado, por lo que el Segundo Informe de la Comisión de 2001, concluyó que no parecía necesario introducir este concepto en la legislación Comunitaria, decisión que apoyan, entre otros, CAVANILLAS¹⁶²⁵, RUDA¹⁶²⁶ y DE ANGEL YAGUEZ.¹⁶²⁷ En la trinchera opuesta, MARIN entiende que esta solución estadounidense es perfectamente aplicable, más allá de algunas consideraciones de orden procesal.¹⁶²⁸ En esa misma línea de pensamiento, VATTIER opina que *"...en el supuesto extremo de que no pueda identificarse al responsable, cabría aplicar la regla norteamericana de la market share liability, en cuya virtud responden todos los posibles responsables en proporción a su respectiva cuota de mercado."*¹⁶²⁹

2.4.- ¿Qué información debe proporcionar el proveedor al perjudicado?

Si bien los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR sólo exigen que se informe al perjudicado la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto o la identidad del importador Comunitario, nos parece que al menos debería informarse el nombre y dirección del productor o importador Comunitario. No está obligado el proveedor a aportar otro tipo de información, como el momento en que se puso el producto en circulación, o si el producto es defectuoso, el tipo de defecto, etcétera.

Ahora bien, estas exigencias deben cumplirse escrupulosamente para que el proveedor pueda eximirse de responsabilidad, pues, en caso contrario, al faltar cualquiera de esos datos, no habría cumplido con esta carga colaborativa y sería

¹⁶²⁴ Vid. *supra* apartado 3.3.2.1.2.2.9.4.- Teoría de la Participación en el Mercado o *Market Share Liability* / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁶²⁵ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 42.

¹⁶²⁶ Vid. RUDA, A., "Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 19, 2004, págs. 9 y ss.

¹⁶²⁷ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "Actuación dañosa de los grupos", en RJC, núm. 4, 1997, págs. 991 y ss.

¹⁶²⁸ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., "Daños por productos: estado de la cuestión", Tecnos, Madrid, 2001, págs. 100 y ss.

¹⁶²⁹ Vid. VATTIER, C., "Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria", en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004, pág. 56.

procedente que el perjudicado lo demande. Por ello, LEGNANI llega a decir que no basta que se proporcione el nombre del productor, que incluso puede figurar en el producto, pues si no hay otros datos concretos que permitan presentar la demanda al perjudicado, éste podrá accionar contra el proveedor.¹⁶³⁰ Y ATAZ, a su turno, afirme que no parece ser suficiente sólo proporcionar "...un nombre, sino que de alguna manera tendrá que aportar pruebas para exonerarse realmente de responsabilidad, porque bien pudiera ocurrir que el vendedor amenazado de una demanda facilitara un nombre cualquiera, abocando al perjudicado a una demanda contra fabricante, importador o suministrador anterior que, tal vez, no pudiera prosperar por demostrar el demandado que él no fue quien fabricó, suministró o importó el producto defectuoso causante del daño."¹⁶³¹ En la misma línea, CILLERO DE CABO entiende que el contenido de la información que debe facilitar el proveedor al perjudicado "...debe ser tal que permita [a éste] demandar a la persona identificada. No es suficiente indicar el nombre del fabricante o del importador, puesto que en el escrito de demanda debe constar la dirección del demandado..."¹⁶³², liberándolo de la obligación de aportar más datos que los indicados.

Como se ve, para la doctrina más autorizada, el proveedor sólo cumple con la obligación colaborativa de identificar al productor o al importador Comunitario que le imponen los preceptos en mención, cuando realmente aporta datos suficientes y relevantes al perjudicado, que le permitan enderezar una demanda contra el productor del producto defectuoso que lo dañó o, en su caso, contra su importador Comunitario.

2.5.- ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de los 3 meses con que cuenta el proveedor para indicar al perjudicado la identidad del productor o del importador Comunitario?

Esta pregunta puede ser menos inocente de lo que aparenta. Una primera respuesta natural y obvia, es decir que se cuenta este plazo desde que el proveedor ha sido requerido por el perjudicado al efecto. Según observan RUIZ MUÑOZ y DE ANGEL YAGUEZ¹⁶³³, en buena lógica, tal plazo debe comenzar a correr - precisamente- desde que el proveedor sea requerido por el perjudicado para que le identifique o brinde información acerca de la persona del productor o del

¹⁶³⁰ Vid. LEGNANI, A., "Prodotti difettosi. La responsabilità per danno. Comento al d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224", Ed. Maggioli, Rimini, 1990, pág. 53.

¹⁶³¹ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 75.

¹⁶³² Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 220.

¹⁶³³ Vid. RUIZ MUÑOZ, M., 'Responsabilidad civil del empresario/fabricante', en BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), "Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores", McGraw-Hill, Madrid, 1999, pág. 520; DE ANGEL YAGUEZ, R., 'Comentario al art. 1902' en "Comentario del Código Civil", coord. por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., T. 8, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 632.

importador Comunitario o de su propio suministrador, según el caso.¹⁶³⁴ Para GOMEZ CALERO el plazo corre desde que se efectúa el requerimiento de información o desde el día en que se interpone la demanda.¹⁶³⁵ Sin embargo, de inmediato surge la duda si esta petición es posible de formular mediante requerimiento extrajudicial o si se exige una interpelación judicial, pues ninguno de los preceptos pertinentes lo aclara y obviamente la respuesta que encontremos pertinente, incidirá en la partida del plazo en comento.

Si se atiende a los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR¹⁶³⁶, la verdad es que tampoco nos ayudan a despejar esta duda, pues ninguno de estos preceptos ha fijado el *dies a quo* a contar del cual debe iniciarse el cómputo de este plazo de 3 meses, pues la norma Comunitaria habla de un plazo razonable para identificar al productor, pero sin indicar desde cuándo se cuenta ese plazo razonable, cuya concreción ha sido criticada duramente -entre otros-, por PARRA LUCAN¹⁶³⁷ y por MARIN¹⁶³⁸, quienes han exaltado que la falta o disparidad de plazos que pueden suscitarse conforme a las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE en virtud de esta irresolución, atenta contra la idea de armonización que persigue la Directiva 85/374.¹⁶³⁹ Por su parte, el artículo 138.2 del TR consagra el citado plazo de 3 meses y también omite regular desde cuándo debe calcularse ese lapso de tiempo.

En la idea de ir determinando el *dies a quo*, una respuesta nos ofrece CILLERO DE CABO, en cuyo pensamiento el *dies a quo* debe correr desde la recepción por parte del proveedor de dicha solicitud de información y no desde la fecha en que ella se formula¹⁶⁴⁰, en lo que evidentemente es una propuesta muy razonable, si hablamos de una regulación que pretende proteger al perjudicado por un daño causado por un producto defectuoso. Otra solución de texto positivo a estas dudas, se encuentra

¹⁶³⁴ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en EC, n° 34, 1995, pág. 127; RUIZ MUÑOZ, M., "Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, n.92.

¹⁶³⁵ Vid. GOMEZ CALERO, J., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 74.

¹⁶³⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable...". / TR, artículo 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."

¹⁶³⁷ Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en "Tratado de responsabilidad civil", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1480.

¹⁶³⁸ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., "Daños por productos: estado de la cuestión", Tecnos, Madrid, 2001, págs. 133 y ss.

¹⁶³⁹ Por ejemplo, la ley de adecuación alemana lo fija en 1 mes contado desde la notificación de la demanda y los Decretos italiano y portugués en 3 meses a contar del requerimiento del perjudicado. Otras leyes de trasposición no especifican cuál es este plazo razonable y a veces introducen más elementos de incertidumbre, como ocurre con la Ley irlandesa, que señala que el requerimiento al proveedor se debe efectuar en un plazo razonable después de ocurrido el daño.

¹⁶⁴⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 214.

en el Derecho italiano, que a texto expreso señala que dicho plazo comienza a correr desde el requerimiento escrito del perjudicado al proveedor, según lee el artículo 116 del Codice del Consumo de 2005.

Entonces y a modo de síntesis, nos parece dable concluir que este plazo de 3 meses corre desde que el proveedor recibe la solicitud extrajudicial de información por parte del perjudicado, o bien, desde que recibe la notificación de la demanda, si el perjudicado opta por demandarlo directamente. Cabe comentar que la jurisprudencia también se ha inclinado por esta respuesta. Entre otras, podemos mencionar la SAP de Barcelona, de 29 de noviembre de 2004¹⁶⁴¹, que exige que *"...habiendo requerido el perjudicado al suministrador para que le facilite la identificación del fabricante, aquél no lo haga dentro de los tres meses siguientes a dicho requerimiento..."* para dar lugar a la responsabilidad del proveedor; la SAP de Burgos, de 1 de febrero de 2002¹⁶⁴², que recalca que el requerimiento por parte del perjudicado al proveedor solicitándole la identidad del productor, es un requisito absolutamente imprescindible para que pueda entrar en juego la norma de responsabilidad supletoria del proveedor; y la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001¹⁶⁴³, que reitera la idea anterior. Desde luego, en estos fallos subyace el pensamiento de que el perjudicado tiene la obligación de emplazar al proveedor para que éste pueda informarle los datos del productor o del proveedor anterior, pensamiento que concretamente confirman, entre otras, la SAP de Badajoz, de 14 de julio de 2003¹⁶⁴⁴, que absolviendo de responsabilidad al vendedor de una escalera defectuosa, concluye que *"...no se le puede achacar ningún ánimo de ocultación del nombre del fabricante ya que en ningún momento se requirió con tal fin su colaboración..."*.

La discusión acerca de cuándo empieza el cómputo de ese plazo no es baladí, porque, como señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, el proveedor responde *"...aunque después del plazo de 3 meses el perjudicado descubra la identidad del fabricante, del importador o de un intermediario anterior siempre que ello se produzca después de haber iniciado las acciones judiciales correspondientes en reclamación de la indemnización de los daños sufridos."*¹⁶⁴⁵ ATAZ, ahondando en este punto, asevera que una vez interpuesta la demanda contra el proveedor, *"...tras habersele requerido para que proporcionara la información a que la ley se refiere y haber éste dejado transcurrir el plazo de tres meses sin facilitarla, el efecto del plazo consistirá en que dicha demanda no podrá ser enervada por una tardía colaboración."*¹⁶⁴⁶ Entonces, transcurrido el plazo de 3 meses, sin que el proveedor

¹⁶⁴¹ Vid. AC 2004/2017.

¹⁶⁴² Vid. JUR 2002112207.

¹⁶⁴³ Vid. AC 2001, 637.

¹⁶⁴⁴ Vid. JUR 200446697.

¹⁶⁴⁵ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en EC, n° 34, 1995, pág. 127.

¹⁶⁴⁶ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 75.

haya brindado al perjudicado la identidad del productor o de un sujeto equiparado a él por esta legislación especial, ya no podrá liberarse de responsabilidad facilitando la identidad del productor, pues, como dicen los BERCOVITZ, admitir lo contrario implicaría propiciar conductas negligentes e incluso dolosas en torno al cumplimiento de esta exigencia que le imponen al proveedor los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR para salvar su responsabilidad.¹⁶⁴⁷ Como se ve, para la doctrina mayoritaria basta que se haya cumplido el plazo de 3 meses en comento, para que ya el proveedor no pueda liberarse de responsabilidad en virtud de una colaboración tardía e, incluso, si el perjudicado llega a conocer la identidad del productor o del importador Comunitario después de estar vencido este plazo.

Sin embargo, pudiera tener espacio una pequeña distinción: si vencido el plazo de 3 meses en comento y sin que el perjudicado haya iniciado una acción judicial resarcitoria contra el proveedor, este último le proporciona la identidad del productor o del importador Comunitario, ¿no sería razonable permitirle al proveedor liberarse de responsabilidad, ya que no ha sido emplazado en juicio y a ese momento ya es conocido el verdadero responsable del daño? A lo mejor debiera ser responsable de los daños que haya experimentado el perjudicado por el retraso en la entrega de esta información, más no de todo el daño causado por el producto defectuoso, pues sería la manera de reencausar esta responsabilidad especial en cabeza de su legítimo responsable, el productor, aplicando la regla general de responsabilidad que está en la base conceptual de este sistema especial de responsabilidad, sin necesidad de aplicar esta regla de excepción, que hace responsable a quien suministra el producto defectuoso. Dejamos planteada esta inquietud, pues no es un tema resuelto.

Para ir acabando este punto, es conveniente subrayar que este plazo no admite prórroga de ningún tipo, pues el legislador no lo contempla como posibilidad y porque otras leyes de actuación de la Directiva 85/374, como el mencionado Decreto italiano, lo prohíben expresamente, lo que inclina la interpretación en el sentido expuesto.

Por último, si la identificación del productor o del importador Comunitario se produce con posterioridad al término del plazo concedido al efecto, se presenta un supuesto más de responsabilidad solidaria entre el productor y el proveedor, pues seguirá siendo responsable el proveedor, aunque se le concede acción de repetición o reembolso contra quienes resulten ser responsables del daño.

2.6.- ¿Qué ocurre si el perjudicado no conoce al proveedor del producto defectuoso que le causó el daño?

¹⁶⁴⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *“Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores”*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 267 y ss.

Pensemos en el evento en que el perjudicado en realidad es un *bystander* o alguien que tuvo un contacto accidental con el producto defectuoso, o bien, obtuvo el producto de un comercio no establecido o informal, fruto de lo cual, realmente no conoce al proveedor del producto. Obviamente, tampoco sabe quién es su productor ni su importador Comunitario.

La verdad es que el legislador Comunitario no ha considerado la posibilidad de que el perjudicado no esté en condiciones de identificar al proveedor. No hay respuesta en la Directiva 85/374 ni en el TR al respecto, lo que nos lleva a un problema que ya fue superado por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana a través de la teoría del *Market Share Liability*¹⁶⁴⁸, aunque la doctrina española se ha mostrado totalmente reacia a aceptar su aplicación en el Sistema Jurídico español.

2.7.- ¿Puede el perjudicado demandar directamente al proveedor, sin solicitarle primero que identifique al proveedor del producto defectuoso o sin esperar a que transcurra el mencionado plazo de 3 meses con que cuenta para ello?

Entendemos que el perjudicado no puede demandar directamente al proveedor del producto defectuoso sin solicitarle antes que identifique al productor o al importador Comunitario o a su propio suministrador, pues ello sería transformarlo en un responsable directo y él no lo es. Ante tal situación, el proveedor podría oponer a esa demanda una excepción para enervar la acción incoada, consistente, precisamente, en la falta de solicitud de identificación del productor como exigencia habilitante para poder emplazarlo, liberándose de toda responsabilidad si tal excepción es acogida en la sentencia definitiva que resuelve la demanda indemnizatoria que se haya interpuesto en su contra.¹⁶⁴⁹ Sin embargo, para CILLERO DE CABO, la solución debiera ser distinta, pues, en su opinión, es un error el que se deba esperar a la dictación de la sentencia definitiva para saber la suerte de esta excepción enervadora que ha interpuesto el proveedor demandado, ya que en el pensamiento crítico de esta autora, alegado por el proveedor "*...que el perjudicado no se dirigió a él, ni le fue concedido el plazo señalado en el artículo 4.3 - se refiere a la LPD- para llevar a cabo las tareas de investigación que le permitieran identificar al fabricante...*"¹⁶⁵⁰, lo que procede es que el tribunal conceda al proveedor el plazo de 3 meses para que identifique al productor o importador Comunitario, suspendiéndose en el intertanto el procedimiento. Y si concluido ese término, no se ha singularizado al productor o al importador Comunitario por el proveedor, debiera reiniciarse el juicio, pero ahora con plena responsabilidad del

¹⁶⁴⁸ Vid. *supra* apartado 3.3.2.1.2.2.9.4.- Teoría de la Participación en el Mercado o *Market Share Liability* / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁶⁴⁹ De prosperar esta excepción, el perjudicado debiera dirigir su demanda contra el productor o alguno de los sujetos asimilados a él, siempre que los plazos de prescripción y/o caducidad estén todavía corriendo.

¹⁶⁵⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 213.

proveedor, quien no podrá ser oído más tarde sobre la identidad del productor o del importador Comunitario.

Entonces, lo obvio es que el perjudicado solicite previamente al proveedor que identifique al productor o al importador Comunitario, para luego dirigir su demanda resarcitoria contra él, aunque debe quedar claro que sigue siendo de cargo del perjudicado probar que esa persona que demanda es realmente el productor del producto defectuoso que le causó el daño, si ello resulta discutido. Su mejor testigo en ese evento, claro está, será el proveedor que le proporcionó la identificación del productor o del importador Comunitario o de su propio suministrador.¹⁶⁵¹ Cosa distinta es que habiendo sido requerido el proveedor para que identifique al productor o al importador Comunitario, no lo haga dentro del plazo de 3 meses que posee al efecto, caso en el cual, el perjudicado podrá enderezar su demanda de indemnización de perjuicios contra él, bastándole probar el defecto, el daño y la relación de causalidad existente entre ambos.

Ahora bien, debemos decir que de una lectura atenta de los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR¹⁶⁵², se desprende que esta legislación especial no contempla ninguna regulación acerca de la forma en que el perjudicado debe montar su reclamo contra el proveedor. De hecho, los citados preceptos aluden a la falta de identificación del productor del producto defectuoso y la consecuencia que se sigue de ello, que consiste, como sabemos, en que el proveedor sea considerado como su productor, para efectos de hacerlo responsable, más no especifica ningún curso de acción que deba seguir el perjudicado contra el proveedor, por lo que la conclusión lógica es que aquél podría optar por cualquiera de las alternativas mencionadas (pedir previamente al proveedor que identifique al productor o al importador Comunitario o accionar directamente contra él), más allá de los meritos o críticas que nos pueda merecer esta situación. Y nos parece irrefutable esta aseveración, pues si *"...el legislador hubiera pretendido ordenar los pasos del proceso de reclamación contra el suministrador, obligando, en primer lugar, a la solicitud previa de información..."*¹⁶⁵³, así lo habría indicado, lo que no acontece. De hecho, CILLERO DE CABO, a propósito del derogado artículo 4.3 de la LPD,

¹⁶⁵¹ Elucubrando, si resulta que la identificación del productor o del importador Comunitario es errónea o equivocada, por lo que se frustra la demanda y han vencido los plazos de prescripción o caducidad que contempla esta legislación especial, creemos que el perjudicado podría intentar una acción indemnizatoria contra el proveedor, pero al amparo del Derecho común y por negligencia o dolo en el cumplimiento de esta obligación de identificación.

¹⁶⁵² Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable..."*. / TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹⁶⁵³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 211.

apuntaba que esta disposición "...alude primero a la consideración del suministrador como fabricante, cuando éste no pueda ser identificado, y sólo después introduce como excepción la exoneración...", de lo cual concluye que el legislador "...concibe la información del suministrador como una excepción a la responsabilidad, como una causa de exoneración, y no la falta de información, como un requisito previo de la demanda."¹⁶⁵⁴

2.8.- ¿Es necesario para configurar esta responsabilidad del proveedor, que su omisión o reticencia en identificar al productor del producto defectuoso o al importador Comunitario o incluso a su suministrador, le sea reprochable (por dolo o culpa)?

Una de las dudas clásicas que surge en la hipótesis de responsabilidad del proveedor en estudio, supuesto que no identifique dentro del plazo legal al productor, es si se requiere en el incumplimiento de este deber de colaboración alguna connotación subjetiva particular. Es decir, si es necesario que exista dolo, culpa, negligencia o rebeldía en la falta de identificación del productor o del importador Comunitario o de su propio suministrador. Aunque la doctrina no sea unánime al respecto, la conclusión mayoritaria es que no parece exigible mala fe o voluntad rebelde en su falta de cooperación en la identificación del productor para configurar su responsabilidad, nos dice REGLERO.¹⁶⁵⁵ Es más, para ATAZ, el proveedor debe ser considerado responsable incluso si no facilita al perjudicado la identidad del productor por desconocimiento, es decir, sin culpa, pues el fundamento final de esta responsabilidad, radica en el hecho de comercializar productos de origen desconocido.¹⁶⁵⁶

CILLERO DE CABO y JIMENEZ LIEBANA¹⁶⁵⁷, puntualizan que el proveedor también puede liberarse de responsabilidad si, en lugar de identificar a la persona que directamente le suministró a él mismo el producto, identifica a cualquiera de los miembros de la cadena de distribución. Comparte este criterio URBISTONDO¹⁶⁵⁸, entre otros. Empero, ATAZ critica duramente esta opinión, pues en su concepto, "...si cada suministrador dispone de un plazo de tres meses para facilitar el nombre de su antecesor en la cadena de suministro del producto, dependiendo de los eslabones que la misma pueda tener el plazo real en el que se podría formalizar la demanda contra el fabricante o importador por el perjudicado podría llegar a ser lo

¹⁶⁵⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 211.

¹⁶⁵⁵ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 3, 1994, pág. 47.

¹⁶⁵⁶ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 74.

¹⁶⁵⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 218; JIMENEZ LIEBANA, D., "Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos", McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 278.

¹⁶⁵⁸ Vid. URBISTONDO TAMAYO, S., "La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos y su armonización al Derecho comunitario", en EC, n° 30, 1994, pág. 50.

bastante largo como para desanimarle de intentar la demanda."¹⁶⁵⁹ Esta cadena posible de plazos, puede ser sumamente distorsionadora, ya que dependiendo del número de intermediarios que participen en la cadena de distribución del producto, se puede llegar a dilatar enormemente la posibilidad de instar por una indemnización para el perjudicado¹⁶⁶⁰, en lo que probablemente se transforme en una evidente insatisfacción de toda posibilidad indemnizatoria.

Nótese que si el producto defectuoso es importado, el proveedor sólo puede liberarse de responsabilidad identificando al importador Comunitario, pues no le sirve identificar al productor, según se concluye del texto expreso de los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR en comentario, que leen: "*...si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor...*"¹⁶⁶¹ y "*...si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante...*"¹⁶⁶² respectivamente. Sin embargo, CILLERO DE CABO piensa que el proveedor también puede liberarse de responsabilidad, "*...si identifica, en lugar de al importador, a su propio proveedor...*"¹⁶⁶³, pues es la cadena lógica para llegar finalmente al importador Comunitario.

En resumen, para que el proveedor responda de los daños causados por un producto defectuoso, es necesario que: (i) el productor o el importador Comunitario no haya podido ser identificado por el perjudicado; (ii) a su turno, el proveedor no haya identificado al productor o al importador Comunitario o a quien le haya suministrado a él el producto, una vez requerido al efecto; o bien, (iii) tales identificaciones las haya hecho el proveedor fuera del plazo de 3 meses que le confiere esta legislación especial.

Verificados los requisitos que habilitan al perjudicado para accionar de perjuicios contra el proveedor, para que prospere su demanda, deberá probar el defecto del producto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, al igual que acontece respecto del productor o de cualquiera de los otros sujetos responsables por asimilación al productor.

2.9.- ¿Qué ocurre si el proveedor además reúne el carácter de otro sujeto responsable según esta legislación especial?

¹⁶⁵⁹ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "*La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 74.

¹⁶⁶⁰ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "*Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en INIURIA, n° 3, 1994, pág. 47; CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, págs. 217 y 218.

¹⁶⁶¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3.

¹⁶⁶² Vid. TR, artículo 138.2.

¹⁶⁶³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 217.

La doctrina está conteste en que de concurrir en la persona del proveedor la calidad de productor o algún sujeto asimilado a él¹⁶⁶⁴, deberá responder en tal calidad¹⁶⁶⁵, antes que como proveedor, pues, como sabemos, su responsabilidad es subsidiaria en el rol de suministrador.

2.10.- ¿Cuál es el real alcance del artículo 138.2 del TR, disposición que establece la responsabilidad del proveedor?

Esta pregunta la rescatamos a propósito de un planteamiento que hizo CILLERO DE CABO en relación al derogado artículo 4.3 de la LPD, que fue reemplazado por el artículo 138.2 del TR prácticamente en los mismos términos¹⁶⁶⁶, de modo que su postulado sigue siendo plenamente válido.

Esta autora tiene una visión distinta sobre la interpretación que habitualmente la doctrina ha dado a este precepto, en orden a que el proveedor responde al no poder ser identificado el productor del producto defectuoso que causó el daño. Para CILLERO DE CABO, en cambio, *"...no parece que fuera ésta la aplicación que el legislador pensaba dar a este precepto. El supuesto que en realidad contempla el artículo 4.3 de la Ley 22/1994 -léase hoy artículo 132.8 del TR- es el de los daños causados por productos en los que no figura la identidad del fabricante o del importador..."*¹⁶⁶⁷, abriendo el debate, pues tal pensamiento significa que al proveedor se le estaría pidiendo un imposible y ya lo dice el viejo aforismo jurídico: a lo imposible nadie está obligado.

Sin duda, es interesante lo planteado por CILLERO DE CABO, aunque deba decirse que no ha tenido ninguna acogida por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia.

2.11.- En caso que el proveedor requerido por el perjudicado identifique a su proveedor y no al productor, ¿puede este proveedor, a su turno, invocar el

¹⁶⁶⁴ Vid. *supra* apartado 4.3.- Sujetos asimilados al productor en la Directiva 85/374 y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁶⁶⁵ Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 1242 y 1243; CAVANILLAS MUGICA, S., TAPIA FERNANDEZ, I., *"La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal"*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 154.

¹⁶⁶⁶ Vid. LPD, artículo 4.3. *"Si el fabricante del producto no puede ser identificado, será considerado como fabricante quien hubiere suministrado o facilitado el producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del fabricante o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."* / TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹⁶⁶⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 132.

derecho a identificar a su propio proveedor, liberándose de responsabilidad?

De acuerdo al tenor literal de los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, el proveedor puede liberarse de toda responsabilidad, si dentro del plazo de 3 meses identifica al productor o al importador Comunitario. Se ha entendido que también cumple con esta obligación y se libera de toda responsabilidad, si identifica a quien le suministró a él el producto defectuoso.

Surge entonces la duda, si el suministrador identificado por el proveedor puede, a su turno, invocar el derecho del proveedor para liberarse de responsabilidad identificando, a su turno, a su propio proveedor o al productor, dentro de un plazo de 3 meses a contar de que sea requerido de esa información o desde la notificación de una demanda indemnizatoria por parte del perjudicado. Esta situación podría iterarse muchas veces, en tanto hubieren intervenido más de 2 proveedores en la puesta en circulación del producto. Desde luego, esta hipótesis es posible sólo por la posibilidad legal que introdujeron las referidas disposiciones de eximirse de responsabilidad, identificando a quienes han intervenido antes en la cadena de distribución del producto defectuoso, situación que, desde luego, puede prestarse para abusos y dilaciones arbitrarias, al extremo de frustrar¹⁶⁶⁸ o hacer muy difícil la indemnización del perjudicado, como plantea DE LA VEGA.¹⁶⁶⁹ Advertencia que reitera VELA, enfatizando que ello podría dar lugar *"...a una cadena de reclamaciones que dilate injustamente la obtención de la compensación y produzca graves perjuicios económicos al demandante."*¹⁶⁷⁰

2.12.- Identificado el productor o el importador Comunitario, ¿queda el proveedor liberado de inmediato y de pleno derecho de su responsabilidad, según esta legislación especial?

Este es un tema que no está del todo claro. Si atendemos a los preceptos atinentes (artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR), ellos no contemplan ninguna palabra al respecto. La duda es si identificado el productor o el importador Comunitario, puede entenderse que el proveedor, por el solo hecho de esa identificación, quede liberado de toda responsabilidad o al margen del juicio indemnizatorio, si hubiera sido notificado como demandado antes de haber identificado al productor o al importador Comunitario.

Pareciera que la conclusión que surge de los textos normativos atinentes, es que efectivamente el proveedor queda liberado de toda responsabilidad y al margen de

¹⁶⁶⁸ Pues con tales dilaciones podrían consumarse los plazos de caducidad y/o de prescripción que contempla esta legislación especial, sin que el perjudicado haya podido emplazar válidamente a un sujeto responsable del daño que le causó el producto defectuoso.

¹⁶⁶⁹ Vid. DE LA VEGA GARCIA, L. F., *"Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 114 y 115.

¹⁶⁷⁰ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 32.

todo juicio, por el hecho de cumplir con la carga de identificación en comento. Desde luego, esta conclusión levanta una serie de inquietudes. Por ejemplo, ¿Qué pasa si luego resulta que la persona identificada por el proveedor no era realmente el productor ni el importador Comunitario? ¿Qué pasa si a esas alturas ya están cumplidos los plazos de prescripción o de caducidad de las acciones del perjudicado? En fin, hay un sinnúmero de posibilidades que permiten esbozar la tesis de que, probablemente, la mejor opción en términos de protección del perjudicado, es dejar vinculado al proveedor hasta el término del juicio indemnizatorio, a fin de despejar el tema de su responsabilidad o su exención en la sentencia de término. O bien, entender que el proveedor sólo podría ser excluido del juicio, si quien él identificó como productor o importador Comunitario comparece al juicio y no refuta ser el productor del producto defectuoso o su importador, soluciones que evidentemente conjugan de buena manera el sentido protector de esta legislación especial.

2.13.- Análisis de diferentes situaciones que pueden presentarse a propósito de la identificación del productor del producto defectuoso, por parte del proveedor.

Podemos concebir una amplia gama de situaciones, de las que destacaremos las que nos parecen más interesantes.

2.13.1.- El caso en que el proveedor no identifica al productor, pero sí a quien le suministró el producto defectuoso.

Puede ocurrir que el proveedor identifique a un sujeto responsable distinto del productor del producto defectuoso, como acontece si sólo identifica dentro del plazo de 3 meses a su suministrador y no al productor. Esta es una situación prevista en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, pues ese suministrador es reputado productor para hacer efectiva su responsabilidad como tal, a menos que él también revele al perjudicado la identidad del productor o de su suministrador y así sucesivamente. Esta situación, en concepto de ALCOVER, constituye un caso de desplazamiento de la responsabilidad en la cadena de comercialización del producto, ya que, en tal evento, el proveedor se libera de responsabilidad "*...si indica la identidad de cualquier eslabón anterior de la cadena de comercialización aunque no sea su proveedor...*"¹⁶⁷¹, pese a que el tenor literal de las citadas disposiciones de la norma Comunitaria y del TR no lo expliciten, ya que la responsabilidad se va trasladando, recorriendo de esta manera la cadena de comercialización del producto aguas arriba, hasta terminar en el productor real o bien en un proveedor que no fue capaz de identificar a su suministrador.

2.13.2.- El caso en que el proveedor desconoce la identidad del productor del producto defectuoso, pero conoce la identidad del productor aparente, o del

¹⁶⁷¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 111.

productor de una materia prima o de un producto de la caza o de una parte componente del producto defectuoso de que se trate.

Pueden surgir algunas dudas en los casos en que requerido el proveedor para que identifique al productor del producto defectuoso, en realidad lo desconozca, pero si sea capaz de identificar al productor aparente o al productor de una materia prima o de un producto de la caza o de una parte componente que se ha integrado al producto defectuoso.

De la sola lectura de los preceptos pertinentes, la conclusión -en principio- es que el proveedor no debiera responder, pues para esta legislación especial, el productor de parte integrante o de materia prima está equiparado al productor. Sin embargo, es de considerar que el productor de parte integrante o de materia prima sólo es responsable de la concreta parte integrante o materia prima que hayan causado el defecto del producto terminado y que también queda eximido de responsabilidad si el defecto es imputable a la concepción del producto al que han sido incorporados o a las instrucciones dadas por el productor final. Estas reflexiones permitirían sostener que de demandar el perjudicado a un productor de una parte integrante o de una materia prima identificado como tal por el proveedor, que luego se vale de alguna de las excusas antes referidas, es muy probable que el damnificado resulte desamparado. Ello, por cuanto el proveedor salva su responsabilidad identificando a un productor parcial y éste último se libera de responsabilidad en el juicio, acreditando que la pieza o elemento que aportó, no generó el defecto del producto final, o bien, que se ciñó estrictamente a las instrucciones dadas por el productor final. Por estas razones, VELA sostiene que, "*...aun siendo conocidos estos productores de parte integrante o materia prima, si no lo es el fabricante final -o el importador- el perjudicado puede accionar también contra el suministrador final...*"¹⁶⁷², agudeza que persigue brindar protección al perjudicado en estas coyunturas, y que incluso podría intentar asilarse en una interpretación simple del tenor literal del artículo 138.2 del TR, que sólo menciona a texto expreso al productor o al importador, para liberar de responsabilidad al proveedor.¹⁶⁷³

Nos queda la firme impresión que, más allá de la eventual orfandad en que pueda quedar el perjudicado, la exégesis correcta ante supuestos como los descritos, es que el proveedor salva su responsabilidad, si identifica a un productor de parte integrante o de materia prima, pues ellos son agentes económicos equiparados directamente al productor en esta legislación especial y, por ende, responsables

¹⁶⁷² Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "*Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Comares, Granada, 2004, pág. 31.

¹⁶⁷³ Vid. TR, artículo 138.2. "*Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.*"

directos. En cambio, el proveedor sigue siendo una anomalía en este sistema de responsabilidad, que sólo responde por excepción y subsidiariamente. De hecho, teóricamente pueden haber otras posibilidades, pero lo importante es que en todos los casos que mencionamos, se ha señalado como alternativa del productor, a un sujeto que forma parte del elenco de responsables que contempla la Directiva 85/374 y el TR.

Entre otras, podrían darse las siguientes combinaciones: (i) si son varios los productores finales, sin que se pueda identificar cuál de ellos fabricó el producto defectuoso, podría acudir a la solución que ofrece la teoría del *Market Share Liability*¹⁶⁷⁴; (ii) si el defecto procede del productor parcial, responden éste y el productor final; (iii) si el defecto procede del productor o proveedor de materia prima defectuosa, responden éste y el productor final; (iv) si hay un productor aparente, éste responde junto con el productor real; (v) si hay un importador aparente, éste responde junto con el productor real; (vi) si hay un importador, éste responde con el productor; (vii) si se trata de un producto importado y el importador Comunitario no es conocido, responde el proveedor; y, (viii) si el productor y/o el importador Comunitario no son conocidos, responde el proveedor.

Algunas de las situaciones recién nombradas permiten todavía reflexiones adicionales: (i) si se trata de un producto importado a la UE, el proveedor puede llegar a ser responsable si en el producto no se indica el nombre del importador Comunitario, aun cuando apareciera el del productor, pues lo que se persigue es facilitar las acciones del perjudicado, a fin de que pueda emplazar al proveedor sin verse obligado a perseguir a un productor que tiene su domicilio fuera de la UE. Así lo dicen, por lo demás, expresamente los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR¹⁶⁷⁵; (ii) si el proveedor no ha podido identificar al productor real, pero si al productor aparente, alguna doctrina entiende que en esta situación el proveedor no se libera de responsabilidad, pues no ha cumplido con la exigencia de identificar al productor. En sentido opuesto, otra doctrina entiende que el proveedor si ha cumplido a cabalidad su deber de identificar al productor, dado que el productor aparente está considerado como un sujeto que responde directamente, como si fuera el productor real y no en forma subsidiaria, como sí acontece con el proveedor, lo que nos parece una propuesta acertada, ya que el productor aparente es un sujeto equiparado al productor, por ende, responsable principal, por lo que el perjudicado puede emplazarlo sin ninguna limitación, a fin

¹⁶⁷⁴ Vid. *supra* apartado 3.3.2.1.2.2.9.4.- Teoría de la Participación en el Mercado o *Market Share Liability* / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁶⁷⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "*Si el productor del producto no pudiera ser identificado... Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador al que se refiere el apartado 2, incluso si se indicara el nombre del productor.*" / TR, artículo 138.2. "*Si el productor no puede ser identificado... La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante.*"

de que lo indemnice de todo perjuicio que haya podido padecer; (iii) también puede suscitar alguna duda el caso en que no se conoce al productor del producto, pero en cambio se conoce al productor de la materia prima o de una parte integrante con que se ha elaborado el producto, caso en el cual, nos parece que en cuanto ellos han sido asimilados al productor en esta legislación especial, al proveedor le basta con identificarlos para liberarse de responsabilidad ante el perjudicado. Un escenario muy distinto es aquél en que el perjudicado desconoce la identidad del productor de una materia prima defectuosa o de una parte integrante del producto defectuoso, pero sí tiene conocimiento del productor del producto acabado, evento en el cual, no parece plausible que pueda accionarse contra el proveedor como un eventual responsable, ya que el perjudicado tiene abiertas las puertas para accionar contra la figura central de esta legislación especial -el productor-, pareciendo desproporcionado e improcedente cualquier intento de dirigirse contra el proveedor, que es un responsable subsidiario y por excepción, según veremos más adelante.¹⁶⁷⁶

2.13.3.- El caso en que el perjudicado conoce la identidad del productor, pero ignora cuál ha sido el producto que le causó el daño.

En el supuesto en que el perjudicado no desconozca la identidad del productor, pero si ignora cuál ha sido el producto que concretamente le ha causado el daño, CILLERO DE CABO entiende que el proveedor no debiera estar afecto a responsabilidad¹⁶⁷⁷, pues en este caso lo que no se conoce es la identidad del producto causante del daño, hipótesis no prevista por los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, que giran en torno al desconocimiento de la identidad del productor, no del producto causante del daño, según se desprende del tenor literal de cada uno de estos preceptos, que en lo pertinente leen: "*Si el productor del producto no pudiera ser identificado...*" dice el artículo 3.3 de la Directiva 85/374; y "*Si el productor no puede ser identificado...*", dispone el artículo 138.2 del TR, lo que deja en claro que en la hipótesis planteada, no es posible vincular al proveedor con este régimen especial de responsabilidad.

2.13.4.- El caso en que el proveedor puede ser considerado productor aparente según la Directiva 85/374 y el TR, pero en el plazo de 3 meses identifica al productor real.

Esta situación puede presentarse en el evento que el proveedor comercialice productos no fabricados por él, pero colocándoles su marca, pues, como sabemos, los artículos 3.1 de la Directiva 85/374 y 5 del TR¹⁶⁷⁸ permitirían considerarlo

¹⁶⁷⁶ Vid. *infra* apartado 2.15.2.- Es una responsabilidad excepcional; apartado 2.15.3.- Es una responsabilidad subsidiaria / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

¹⁶⁷⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 140.

¹⁶⁷⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.1. "*Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto.*" / TR, artículo 5.

como productor aparente y, por ende, pasible de responsabilidad según esta legislación especial¹⁶⁷⁹ y, sin embargo, acontezca que el proveedor proporcione al perjudicado la identidad del verdadero productor dentro del plazo legal de 3 meses de que dispone al efecto, incluso sin haber sido requerido al efecto y como manera de salvar su responsabilidad.

Surge la duda entonces: ¿mantiene su responsabilidad como productor aparente este proveedor o el hecho de identificar al verdadero productor lo exime de responsabilidad?, eludiendo así esta legislación especial en virtud de una norma de defensa ideada por el legislador Comunitario en beneficio del proveedor y no como una ayuda para el productor. Para ATAZ, en este caso el proveedor-productor aparente no puede eludir su responsabilidad como productor aparente, primando este carácter por sobre el de proveedor.¹⁶⁸⁰ A la misma solución ha arribado la jurisprudencia, que ha hecho primar la calidad de productor aparente sobre la de suministrador. Verbigracia, las SAP de Valencia, de 17 de septiembre de 2002¹⁶⁸¹ y de 2 de noviembre de 2004¹⁶⁸², refieren el caso de 2 empresas comercializadoras que fueron demandadas por los daños causados por productos defectuosos que vendieron, en los cuales figuraba su marca, pero no se mencionaba el nombre del productor real. Estas empresas pretendieron eximirse de responsabilidad, primero, alegando su condición de meros proveedores del producto y, segundo, por el hecho de haber puesto en conocimiento del perjudicado, dentro del aludido plazo de 3 meses, la identidad del productor real del producto causante del daño, alegatos que fueron desestimados por el juzgador, quien los declaró responsables a título de productores aparentes.

Esta decisión judicial nos parece absolutamente consistente, en cuanto, en realidad, el proveedor no responde como suministrador sino como productor, lo que es coherente con el fin tutelar de esta legislación especial y con el sistema de responsabilidad construido sobre la figura del productor -figura cardinal de esta regulación especial-, ya que el productor aparente responde como si fuera el productor real, dada la confianza y expectativa de seguridad que genera en el

"Concepto de productor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."

¹⁶⁷⁹ Vid. *supra* apartado 4.3.1.3.- Responsabilidad del productor aparente / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁶⁸⁰ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 73 y 74.

¹⁶⁸¹ Vid. AC 20021658.

¹⁶⁸² Vid. JUR 200531112.

público, según tuvimos oportunidad de analizar con antelación en este trabajo.¹⁶⁸³ Por ende, no debiera poder aprovecharse, como productor aparente, de una disposición pensada para dar salvaguardia al proveedor, que es un responsable anómalo dentro del sistema de responsabilidad implantado por la Directiva 85/374, ya que en términos puros no fabrica ni importa productos y tampoco puede controlar su fabricación ni importación, no pudiendo quedar comprendido su actuar en la tesis del riesgo creado ni en la del riesgo de empresa, pilares estructurales de esta legislación especial.

2.13.5.- El caso en que el proveedor puede identificar al productor de un producto importado a la UE, pero no a su importador Comunitario. O bien, no puede identificar al importador Comunitario, pero si a su proveedor. Conforme lo señalan a texto expreso los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, en este caso el proveedor no se libera de responsabilidad, pues únicamente le sirve a tal fin, identificar al importador Comunitario y no a un productor que está situado fuera de la UE¹⁶⁸⁴, pues permitirle eludir toda responsabilidad, frustraría la protección del perjudicado, que es una de las finalidades esenciales de esta legislación especial. Por ende, dice ATAZ, si no conoce a su importador Comunitario y aunque conozca a su productor, el proveedor debe responder igual.¹⁶⁸⁵

Una situación distinta tiene lugar, en el caso en que el proveedor no puede identificar al importador Comunitario del producto, pero si a su proveedor, pues aunque el artículo 138.2 del TR no se ponga en esta hipótesis, en opinión de CILLERO DE CABO el proveedor "*...también podrá liberarse de la obligación de indemnizar si identifica, en lugar de al importador, a su propio proveedor...*"¹⁶⁸⁶, e, incluso, "*...a alguno de los suministradores...*"¹⁶⁸⁷, aunque no fuera aquél que le suministró a él directamente el producto.

2.14.- Imposibilidad del perjudicado de demandar al proveedor, por insolvencia del productor conocido o identificado del producto defectuoso

¹⁶⁸³ Vid. *supra* apartado 4.3.1.2.- Las razones que justifican aparejar al productor aparente al productor; apartado 4.3.1.3.- Responsabilidad del productor aparente / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁶⁸⁴ Vid. *supra* apartado 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

¹⁶⁸⁵ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 74.

¹⁶⁸⁶ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 217.

¹⁶⁸⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, págs. 219 y 220.

causante del daño; o por el hecho de que el productor identificado haya salido del mercado al tiempo de producirse el daño al perjudicado.

Tampoco es posible que el perjudicado emplace al proveedor del producto defectuoso que le causó el daño, si el productor está identificado o es conocido, pero es insolvente, por lo que no tendría como indemnizarlo. Pues, como sabemos, la norma que sanciona la responsabilidad del proveedor sólo opera si el productor o el importador Comunitario no pudieran ser identificados, pero nada dice en caso de insolvencia o quiebra del productor, en la idea de hacerlo responsable supletorio también, como correctamente destaca KRAMER.¹⁶⁸⁸

Esta solución, si bien no protege al perjudicado, es plenamente coherente con la regulación impuesta por los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, que establecen que el proveedor únicamente responde en caso de falta de identificación del productor y no en los casos en que este último no tenga patrimonio para responder de las indemnizaciones a que hubiese lugar, pues su rol, en caso alguno, es el de un deudor por garantía.

La misma situación se presenta cuando el productor ha salido del mercado, pues, en ese caso, tampoco es desconocido, simplemente ocurre que ya no está en el mercado, situación que no está regulada en esta legislación especial, dado lo cual, tratándose de una responsabilidad excepcional la del proveedor, la única conclusión posible es entender que en tal caso, no hay responsabilidad del proveedor, pues a nuestro entender, no caben interpretaciones extensivas ni analógicas a estos respectos.

2.15.- La naturaleza de la responsabilidad del proveedor regulada por los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.

2.15.1.- ¿Es una responsabilidad objetiva atenuada o en realidad es una responsabilidad legal?

Dado que la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia predicen que el sistema de responsabilidad impuesto por la Directiva 85/374 y el TR es objetiva, pero atenuada¹⁶⁸⁹, debiera entenderse, naturalmente, que la responsabilidad del proveedor es objetiva, pues tiene lugar independientemente de cualquier negligencia de su parte, dado que responde, aunque sea mediatamente, por el productor, a quien no es necesario acreditarle culpa en la generación del defecto del producto que puso en circulación, ya que responde en virtud de una atribución de responsabilidad nacida de la tesis del riesgo creado o del riesgo de empresa, como destacamos al estudiar las bases de este sistema especial de responsabilidad

¹⁶⁸⁸ Vid. KRAMER, L., "EEC Consumer Law", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1988, pág. 293.

¹⁶⁸⁹ Vid. *supra* apartado 1.- El sistema objetivo de responsabilidad matizado que recoge la Directiva 85/374; apartado 3.- El sistema de responsabilidad objetivo matizado implementado por el TR / Capítulo III EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD ACOGIDO POR LA DIRECTIVA 85/374: UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO. SU RATIFICACION EN LA DEROGADA LPD Y EN EL TR / PARTE II.

por daños causados por productos defectuosos.¹⁶⁹⁰ Con todo, como venimos diciendo, cabe también el matiz de que se trata de una responsabilidad objetiva atenuada, pues más allá de la verificación de la ocurrencia del daño, el proveedor puede excusarse si prueba la concurrencia de alguna de las causales de exclusión o de exoneración de responsabilidad consagradas en esta legislación especial.¹⁶⁹¹ Por lo que, en principio, no debiera extrañar la afirmación de que la responsabilidad del proveedor es objetiva atenuada.

Sin embargo, para CILLERO DE CABO esta conclusión no es tan evidente. En su opinión, el proveedor no responde en las mismas condiciones que los demás sujetos responsables, que responden a título principal, por lo que "*...la determinación del fundamento de su responsabilidad nos obliga a ir más allá de la simple calificación de ésta como objetiva...*"¹⁶⁹², aludiendo a que, innegablemente, la base y razón de ser de esta disciplina especial es el riesgo creado, fenómeno que no es predicable, en ningún sentido, respecto de este agente económico, ya que por regla general, los defectos de los productos aparecen en fábrica, pues *estricto sensu*, son propios del proceso fabril, en el cual el proveedor no interviene. De hecho, la mera distribución de un producto o su venta, no pueden generar un defecto del producto, salvo situaciones excepcionalísimas, en que la manipulación o la conservación o derechamente la intervención del producto por parte del distribuidor, fuera de la órbita de control del productor o en su absoluta ignorancia, causan la aparición de un defecto que muy probablemente quedará fuera de la órbita de esta disciplina especial.¹⁶⁹³ Pero ello, en todo caso, no es lo normal, pues el rol del proveedor en la cadena de valor del producto es simplemente distribuirlo o venderlo. Por ende, el fundamento de su responsabilidad no puede estar enraizado en el origen del defecto, como ocurre con los demás agentes económicos que quedan vinculados a esta clase de responsabilidad junto con el productor y que es lo que explica que se hayan asimilado al productor. Por lo demás, si bien el proveedor reporta un lucro con su actividad, él no crea el riesgo, léase el defecto del producto. En efecto, su declarada responsabilidad es subsidiaria y "*...su exclusión del círculo de responsables a título*

¹⁶⁹⁰ Vid. *supra* apartado 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos; apartado 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado; apartado 3.3.5.2.2.- Tesis del Riesgo Provecho o del Riesgo Beneficio / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁶⁹¹ Vid. *infra* apartado 2.- Estudio de las causales de exclusión y de atenuación de responsabilidad, que puede invocar el productor según esta legislación especial y definición de si son ellas aprovechables por el proveedor / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹⁶⁹² Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 115.

¹⁶⁹³ Vid. *infra* Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TITULO II, DISPOSICIONES ESPECIFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPITULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

principal, impide concebir esa actividad como una actividad de riesgo."¹⁶⁹⁴ Y ocurre que tampoco lo pone en circulación, hecho que hace viable el daño. A fin de cuentas, si él pusiera en circulación el producto defectuoso, hecho que detona la responsabilidad por productos defectuosos según la Directiva 85/374 y sus leyes de actuación en la UE¹⁶⁹⁵, no se divisa cual pudiera ser la razón que hace que la responsabilidad del proveedor sólo sea eventual y subsidiaria, pues en tal caso debiera ser directa, al igual que la del productor. Confirmando esta idea, FERNANDEZ opina que el proveedor, en lo que toca al producto defectuoso, no genera riesgos.¹⁶⁹⁶

En suma, si la responsabilidad del proveedor no es objetiva, en cuanto no obedece a un riesgo creado, o al riesgo de empresa, ni a la puesta en circulación del producto; y tampoco es subjetiva, porque su diligencia no es óbice a su responsabilidad, pareciera ser que estamos ante un supuesto de responsabilidad legal, impuesto por el legislador Comunitario honrando criterios pragmáticos, en aras de facilitar la tutela del justiciable -el consumidor, el usuario o el *bystander* dañado por un producto defectuoso-, quien tiene al frente a un agente económico fácilmente asequible y demandable. Como dice CILLERO DE CABO, "*...Lo más lógico, por tanto, es concluir que estamos ante un supuesto de responsabilidad impuesta por el legislador...*"¹⁶⁹⁷, lo que sigue demostrando el carácter anómalo y disruptivo de este agente económico como sujeto responsable en esta legislación especial.

2.15.2.- Es una responsabilidad excepcional.

Recordemos que, en términos puros, el proveedor no debiera ser considerado como un posible responsable bajo la égida de esta legislación especial, pues él no produce ni importa a la UE el producto defectuoso que suministra, por lo que la teoría del riesgo creado o la del riesgo de empresa no le es aplicable, tesis que, como sabemos, sustenta este régimen de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos. De hecho, la incardinación del productor como responsable principal, es un principio básico de la Directiva 85/374, que el TJCE protege a ultranza, en términos de considerar que cualquier tentativa de extensión de la responsabilidad objetiva derivada de un producto defectuoso a sujetos distintos del productor, importa una incorrecta ejecución de esta Directiva, como

¹⁶⁹⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 118.

¹⁶⁹⁵ Vid. *supra* apartado 6.1.- La puesta en circulación como condición de aplicabilidad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374 / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁶⁹⁶ Vid. FERNANDEZ LOPEZ, J. M., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en Comunidad Europea Aranzadi, 1995, pág. 38.

¹⁶⁹⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 120.

sancionó en la STJCE, de 25 de abril de 2002¹⁶⁹⁸, que condenó a Francia por una errónea adecuación de la Directiva 85/374, ya que el artículo 8 de la Ley 98-389, de 19 de mayo de 1998, hacía al proveedor responsable por la falta de seguridad de un producto, en las mismas condiciones que al productor. En igual sentido se pronunció la STJCE, de 9 de febrero de 2006¹⁶⁹⁹, que expresa en su numeral 35 que: *"...puesto que la Directiva persigue una armonización completa de los aspectos que regula, la determinación del círculo de los responsables realizada en esas disposiciones [los arts. 1 y 3 de la Directiva] debe considerarse exhaustiva."*

Por ello, la doctrina ha insistido a porfía en que el mecanismo de extender el régimen de responsabilidad del productor al proveedor es algo absolutamente excepcional y, por ende, sólo podrá tener lugar -insiste MARIN-, en los casos expresamente considerados por el legislador Comunitario¹⁷⁰⁰, pues no puede perderse de vista que el rasgo esencial de este régimen especial, es concentrar toda la responsabilidad por los daños causados por el defecto de un producto en el productor, según se desprende de los artículos 1 de la Directiva 85/374 y 135 del TR¹⁷⁰¹, que disponen, en lo medular, que el productor es el sujeto responsable de los daños que cause un producto defectuoso, sin mencionar, en principio, a los demás partícipes en la cadena de comercialización de un producto, lo que revela que el proveedor no es, en principio, responsable. Así lo confirman, por lo demás, la SAP de Jaén, de 20 de noviembre de 2000¹⁷⁰² y la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 2001¹⁷⁰³, entre otras.

2.15.3- Es una responsabilidad subsidiaria.

Cabe advertir que la responsabilidad del proveedor por los daños causados por un producto defectuoso, antes de la aprobación de la LPD, al amparo de la LGDCU, era una responsabilidad principal o directa, pues el consumidor podía dirigirse perfectamente contra el vendedor del producto, siendo innecesario que emplazara a su productor, incluso si éste estaba plenamente identificado. Con la dictación de la LPD, esa situación cambió, pues se introdujo la regulación concebida por la Directiva 85/374, que impide al perjudicado accionar directamente contra el proveedor, lo que la mayoría de la doctrina calificó, en su tiempo, como un retroceso en el nivel de protección de los consumidores.

¹⁶⁹⁸ Vid. Aranzadi TJCE 2002\140. Asunto C-52, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.

¹⁶⁹⁹ Vid. Aranzadi TJCE 2006\34. Asunto C-127/04, Comisión de las Comunidades Europeas, asunto *Declan O'Byrne con Sanofi Pasteur MSD Ltd. y Sanofi Pasteur S.A.*

¹⁷⁰⁰ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 137.

¹⁷⁰¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 1. *"El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos."* / TR, artículo 135. *"Principio general. Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen."*

¹⁷⁰² Vid. JUR 2001/30937.

¹⁷⁰³ Vid. AC 2001/637.

Al derogarse la LPD, el TR mantuvo la lógica implantada por la Directiva 85/374. Es así que para los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, el proveedor no es un sujeto responsable primariamente por los daños causados por un producto defectuoso, pues sólo responde si no ha sido capaz de identificar al productor o algún sujeto asimilado a él. Y resulta obvio que su responsabilidad no sea principal, pues claramente él no posee ni le es exigible que tenga los conocimientos específicos acerca de los productos que distribuye, tampoco los fabrica ni puede inspeccionarlos, ni controlar su producción, ni intervenir en su diseño, lo que en opinión de RODRIGUEZ CARRION *"...justifica que su responsabilidad sólo revista el carácter de excepcional y subsidiaria, para el caso de no conocerse la identidad del fabricante del producto."*¹⁷⁰⁴ Con iguales predicamentos se inscribe CILLERO DE CABO, para quien esta responsabilidad es subsidiaria, pues sólo responde el proveedor *"...si el fabricante o el importador, principales responsables de los daños causados por productos defectuosos, no pueden ser condenados porque no se les ha podido identificar."*¹⁷⁰⁵ Conteste con ello, VELA opina que la responsabilidad subsidiaria del proveedor *"...resulta lógica ya que fundándose la reclamación en defectos de fabricación, el suministrador no es quien genera el riesgo puesto que, normalmente, es ajeno al proceso de producción y control del producto..."*¹⁷⁰⁶ Así visto, más bien parece que se sanciona al proveedor por la falta de información o de asistencia en la identificación de alguno de los responsables directos según esta legislación especial, que por una posible relación con el defecto del producto; o por una eventual responsabilidad culpable; o por una posible relación contractual con el perjudicado. En verdad y como dice VELA, con esta *"...afección objetiva indirecta el legislador pretende proteger al perjudicado evitándole difíciles pesquisas cuando el productor o el importador no están identificados, acabar con los productos anónimos..."*¹⁷⁰⁷ y estimular la colaboración del proveedor, que, para salvar su responsabilidad, deberá facilitar la acción del perjudicado.¹⁷⁰⁸

Por ello es que se admite que se libere de toda responsabilidad, si puede informar la identidad del productor o del importador Comunitario o de su propio proveedor, pues, en tal caso, el perjudicado puede accionar contra un responsable directo o principal. De hecho -nos recuerda FAIREST-, la *Consumer Protection Act* inglesa, señala expresamente que el perjudicado no puede reclamar contra el proveedor, si

¹⁷⁰⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 130.

¹⁷⁰⁵ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 208.

¹⁷⁰⁶ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 29.

¹⁷⁰⁷ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 30.

¹⁷⁰⁸ Vid. TRONTI, M., *"Direttiva CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi"*, Giurisprudenza di Merito, IV, 1998, págs. 693 y ss.

éste identifica a cualquiera de los sujetos mencionados en la Sección 2(2), vale decir, al productor, al productor aparente o al importador.¹⁷⁰⁹

Reafirman que su responsabilidad es de carácter excepcional y subsidiaria, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 23 de septiembre de 2000¹⁷¹⁰, que destaca que en este régimen especial *"...la responsabilidad del suministrador es subsidiaria frente a la del fabricante o importador..."*, quien *"...queda relegado a un segundo plano, sobre la base de que no interviene en el proceso de fabricación..."*, enfatizando así, que esta responsabilidad se vuelve operativa únicamente cuando falta la identificación del productor o del importador Comunitario o de quien le hubiera distribuido o facilitado el producto, vencido que sea el plazo de 3 meses con que cuenta para identificarlo. Con la misma óptica, la STS, de 4 de octubre de 1996¹⁷¹¹, referida a la explosión de una botella, explicita que la responsabilidad del proveedor es subsidiaria, al eximir de toda responsabilidad al vendedor demandado por los daños causados por un producto defectuoso, en circunstancias que el productor estaba emplazado en ese juicio y condenado por la sentencia de grado a indemnizar tales daños, declarando expresamente que *"...la parte recurrente pretende traer a la causa al suministrador, habiendo logrado conseguir su pretensión con respecto al fabricante; y es por ello, el necesario fracaso de su actual actuación..."*. Agrega este fallo, para cerrar su convicción absolutoria, que de los hechos y prueba (pericial) de la causa, no se desprende *"...ni por asomo, la concurrencia del suministrador, en la producción del daño o perjuicio..."*, liberando al proveedor, a mayor abundamiento, de una responsabilidad directa en la aparición del defecto, ya que la explosión de la botella sólo puede obedecer a su carácter defectuoso de fábrica.

Para concluir este punto, vale la pena traer a colación las reflexiones de ALCOVER sobre estos particulares, para quien está justificado que el productor aparente y el importador Comunitario sean responsables directos, pues, de otra forma, el perjudicado se encontraría desprotegido. En cambio, basta que el proveedor sea un responsable supletorio, pues ello es suficiente para asegurar al perjudicado una adecuada protección¹⁷¹², ya que se le asegura contar con un patrimonio contra el cual dirigirse para obtener la indemnización de sus daños, en el evento de que el productor o el importador Comunitario sean desconocidos o imposibles de identificar. En contra de esa opinión se presenta GUTIERREZ SANTIAGO, para quien el carácter de responsable subsidiario del proveedor *"...puede llevar a que los tribunales se vean obligados, en algunos casos, a hacer verdaderas acrobacias*

¹⁷⁰⁹ Vid. FAIREST, P., *"Guide to the Consumer Protection Act 1987"*, CCH Editions, Bicester, 1989, págs. 90 y ss.

¹⁷¹⁰ Vid. JUR 2001/18469.

¹⁷¹¹ Vid. RJ 1996/7034.

¹⁷¹² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 100.

circenses para que la víctima logre la satisfacción de los perjuicios sufridos..."¹⁷¹³, insistiendo en la idea de que este régimen especial ha significado, en la práctica, una disminución del nivel de protección para los consumidores, en lo que nos parece una exageración sistémica, pues al menos desde el punto de vista de la coherencia de este régimen de responsabilidad, el proveedor sólo debe responder por excepción, pues no es el generador del defecto del producto.

2.16.- Eventos de responsabilidad solidaria del proveedor.

Como hemos visto, por regla general el proveedor responde subsidiariamente. Sin embargo, pueden encontrarse algunos casos en que su responsabilidad no es subsidiaria, sino solidaria.¹⁷¹⁴

Una primera hipótesis de solidaridad entre el proveedor y el productor, se refiere al caso de un producto defectuoso importado, ya que el inciso final del artículo 138.2 del TR¹⁷¹⁵ obliga al proveedor a identificar al importador Comunitario del producto, aunque esté identificado el productor, de manera que si el proveedor no identifica al importador Comunitario que lo proveyó del producto, deberá responder frente al perjudicado, pero lo hace solidariamente con el productor, al tenor de lo previsto en el artículo 132 del TR.¹⁷¹⁶

Cabe comentar que si bien el hecho que el producto sea importado y el productor desarrolle su actividad fuera de la UE, ciertamente hace más difícil la reclamación del perjudicado en su contra, nada impide, como puntualiza CILLERO DE CABO, que se le demande si, en virtud del Derecho Internacional Privado, resulta aplicable la legislación española en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos o si, siendo aplicable otra regulación extranjera, ésta también atribuye responsabilidad al productor en estos casos.¹⁷¹⁷

Una segunda hipótesis de responsabilidad solidaria entre el proveedor y el productor, alude al evento en que el proveedor sea responsable por aplicación del artículo 146 del TR¹⁷¹⁸, esto es, por haber suministrado un producto defectuoso a

¹⁷¹³ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 465.

¹⁷¹⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 177; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 270.

¹⁷¹⁵ Vid. TR, artículo 138.2. *"...La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

¹⁷¹⁶ Vid. TR, artículo 132. *"Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño."*

¹⁷¹⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 177.

¹⁷¹⁸ Vid. TR, artículo 146. *"Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."*

sabiendas de su defecto¹⁷¹⁹, ya que en tal caso, el proveedor responde como si fuera el productor y, debemos decirlo, aun cuando esté identificado el productor o el importador Comunitario. Razón por la cual, se colige que en esta conjetura su responsabilidad es solidaria con la del productor, por aplicación del mencionado artículo 132 del TR.

Una tercera hipótesis de responsabilidad solidaria del proveedor, puede tener lugar en relación a agentes económicos no mencionados en el artículo 138 del TR¹⁷²⁰ y fuera del ámbito de aplicación del TR, pues de acuerdo al artículo 128.2 del TR¹⁷²¹, quedan a salvo otros derechos que puedan corresponder al perjudicado como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del productor, del importador Comunitario o de cualquier otra persona, pues este precepto no contiene limitación alguna en el ámbito subjetivo. Tal podría ser el caso, nos dice CILLERO DE CABO, en que el daño obedece a una negligencia en la concepción del producto, esto es, un caso de defecto de proyecto, de diseño o de cálculo, pues, *"...el perjudicado podría demandar al proyectista al amparo del art. 1902 CC¹⁷²², y al suministrador final de acuerdo con la Ley 22/1994. De no haber identificado al fabricante el suministrador respondería solidariamente con el proyectista, que lo haría por culpa extracontractual (si bien se trataría de un supuesto de solidaridad impropia)."*¹⁷²³

Por último, en todos los casos de responsabilidad solidaria que queden regulados bajo el imperio del artículo 132 del TR, se concede un derecho de repetición a quien hubiere respondido al perjudicado indemnizándole sus daños, en contra de los otros responsables, conforme su participación en la causación del daño, tema sobre el cual ya volveremos más adelante.¹⁷²⁴

2.17.- Imposibilidad de los Estados miembros de la UE de alterar la regulación sobre la responsabilidad del proveedor que instauró la Directiva 85/374 en su artículo 3.3.

¹⁷¹⁹ Vid. *infra* apartado 3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

¹⁷²⁰ Esto es, el productor, el productor de una parte integrante o de una materia prima, el productor aparente y el importador Comunitario, además del proveedor.

¹⁷²¹ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

¹⁷²² Vid. CC, artículo 1902. *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."*

¹⁷²³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 178.

¹⁷²⁴ Vid. *infra* Capítulo V EL DERECHO DE REPETICION QUE PUEDE EJERCER EL PROVEEDOR, EN CASO DE QUE SE HAYA HECHO EFECTIVA SU RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO QUE EL HA SUMINISTRADO / PARTE III.

El TJCE rechazó expresamente la facultad de los países miembros de la UE, de establecer en sus legislaciones internas un régimen de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos del proveedor, distinto al implementado por la Directiva 85/374. Así se lee, entre otras, de la STJCE, de 25 de abril de 2002¹⁷²⁵, que manifiesta que esta Directiva no es de mínimos, por lo que los Estados miembros no tienen ninguna posibilidad de incorporar al texto Comunitario regulaciones propias, salvo en aquellas materias que expresamente autoriza la misma Directiva 85/374, entre las cuales no se encuentra el tópico de la responsabilidad del proveedor. Más concretamente aún, la STJCE, de igual fecha¹⁷²⁶, condena a Francia por dictar una norma ajena al artículo 3.3 de la Directiva 85/374, pues el artículo 1386-7.1 del *Code* francés, disponía que el vendedor o cualquier otro proveedor profesional sería responsable por el defecto de un producto, en las mismas condiciones que el productor. Esta igualación de la responsabilidad de ambos sujetos, aun cuando incrementaba la protección de los perjudicados, fue sancionada como una defectuosa adecuación de la Directiva 85/374, que infringía el Derecho Comunitario, pues implicaba alterar los equilibrios establecidos por la Directriz Comunitaria.¹⁷²⁷

No puede dejar de decirse que, con posterioridad a esta STJCE, el Consejo de la UE, mediante la Resolución de 19 de diciembre de 2002, relativa a una enmienda de la Directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos¹⁷²⁸, propuso evaluar una modificación de la Directiva 85/374, encaminada a permitir que las legislaciones nacionales de los Estados miembros pudieran regular la responsabilidad de los proveedores en iguales términos que el régimen previsto para los productores.¹⁷²⁹ Esta Resolución no ha estado desprovista de críticas. Verbigracia, RUIZ MUÑOZ califica de sorprendente e infundada, agregando que no es más que *"...un acto de mera voluntariedad política sin mayor trascendencia..."*.¹⁷³⁰ PARDO, por su parte, la califica de insólita¹⁷³¹ y BOURGES¹⁷³² ha dicho que, de seguirse el consejo de esta Resolución, se incurriría en una grave desviación del objetivo primordial de la Directiva 85/374 que, como sabemos, pretende

¹⁷²⁵ Vid. TJCE 2001/141.

¹⁷²⁶ Vid. TJCE 2002/139, asunto C-52/00.

¹⁷²⁷ Sobre este fallo se han manifestado interesantes opiniones. Vid., al efecto, CARRASCO PERERA, A., *"Efecto perverso en las Directivas de Consumo"*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 541, 2002, pág. 3; CALAIS-AULOY, J., *"Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE, 25 avril 2002)"*, en Le Dalloz, núm. 31, Paris, 2002, págs. 2458 y ss.

¹⁷²⁸ Vid. DOUE C 26, de 4 de febrero de 2003.

¹⁷²⁹ Tras destacar que uno de los objetivos de la UE es garantizar un alto nivel de protección del consumidor, esta Resolución postula que: *"...existe una necesidad de evaluar si debe modificarse la Directiva 85/374/CEE..., de modo tal que puedan aplicarse las normas nacionales sobre responsabilidad de los proveedores sobre la misma base que el mecanismo de responsabilidades de la Directiva relativa a la responsabilidad de los productores."*

¹⁷³⁰ Vid. RUIZ MUÑOZ, M., *"Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, epígrafe IV.4.

¹⁷³¹ Vid. PARDO LEAL, M., *"¿Es necesario modificar la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?"*, en Revista de Derecho Alimentario, núm. 11, 2006, págs. 24 y 25.

¹⁷³² Vid. BOURGES, L. A., *"La revisión de la Directiva 85/374/CEE relativa a los daños causados por productos defectuosos se retrasa..."*, en Revista de Derecho Alimentario, núm. 18, 2006, pág. 5.

armonizar la legislación sobre la responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos en los Estados miembros de la UE.

Conteste con estas detracciones de la doctrina, el TJCE ha mantenido su opinión respecto de la imposibilidad de alterar la regulación de la responsabilidad del proveedor, de la cual es fiel reflejo su sentencia de 10 de enero de 2006¹⁷³³, en la que contestando 5 cuestiones prejudiciales relativas a la responsabilidad del proveedor planteadas por un tribunal danés, declaró que la Directiva 85/374, en tanto pretende una armonización completa, "*...se opone a una norma nacional según la cual el proveedor debe asumir, en otros supuestos además de los enumerados taxativamente en el art. 3.3 de la Directiva, la responsabilidad objetiva que ésta imputa al productor.*"¹⁷³⁴

2.18.- ¿Cuáles son las razones que justifican la incorporación del proveedor como sujeto responsable del daño que causa un producto defectuoso, en la hipótesis prevista en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR?

Puede suceder más veces de las que intuimos, que para el perjudicado conocer al proveedor puede ser la única y genuina opción de ser resarcido, pues es el exclusivo sujeto con el que ha tenido una relación inmediata y directa en relación al producto cuyo defecto lo ha dañado. Por ello, indagar por cuáles puedan ser las razones que justifican la incorporación del proveedor como sujeto pasivo en esta legislación especial, no es fútil, pues si bien la Directiva 85/374 y el TR contemplan un amplio elenco de sujetos responsables ante el perjudicado, entre quienes evidentemente el productor es la figura central, normalmente el perjudicado decide accionar contra el proveedor, pues es a quien tiene más cerca o a quien más conoce, sin reparar que en el caso de daños causados por productos defectuosos, el defecto es atribuible al productor o a alguno de los sujetos asimilados al productor, pero no al proveedor, quien nada ha fabricado, producido ni importado al Mercado Común y aun cuando la causa del defecto escape, fuera de toda duda, a su esfera de control. Quien, además, normalmente posee una solvencia limitada o menor, propia de quienes actúan en el tráfico comercial como minoristas. En suma, nos

¹⁷³³ Vid. TJCE 2006/3, asunto C-402/03.

¹⁷³⁴ El caso se refiere a un proceso iniciado por 2 consumidores que sufrieron salmonelosis, tras haber comido huevos en mal estado. Los huevos habían sido comprados en una tienda de la cadena BILKA, que a su turno los adquirió del productor SKOV. Como los perjudicados demandaron exclusivamente al proveedor BILKA, éste alegó en su defensa, que la responsabilidad era del productor, quien no había sido demandado. El Tribunal danés de primera instancia, atribuyó responsabilidad al proveedor, condenándole a pagar una indemnización de perjuicios, declarando que el productor, que había sido llamado al proceso por el proveedor, debía reembolsarle a éste dicha indemnización. Ambos agentes económicos plantearon recursos de apelación y el Tribunal de Alzada danés suspendió el procedimiento, a fin de consultar al TJCE si la Directiva 85/374 se opone o no a que los Estados miembros introduzcan o mantengan un régimen legal (o jurisprudencial), en virtud del cual el suministrador, sin ser él mismo productor ni estar equiparado al productor, deba asumir la responsabilidad objetiva del productor por los daños causados por productos defectuosos con arreglo a la Directiva 85/374. La conclusión del TJCE fue que el artículo 10 de la Ley 371, de 7 de junio de 1989 (la Ley danesa de actuación de la Directiva 85/374), no se ajustaba a la Directiva 85/374, por haber ampliado injustificadamente el círculo de responsables contra los que el perjudicado tiene derecho a ejercitar una acción con arreglo al sistema de responsabilidad objetiva previsto en ella.

parece evidente que sobre el proveedor se concentra una amplia gama de responsabilidades, ya que al ser el último eslabón en la cadena de valor del producto y por ende, quien se relaciona directamente con el perjudicado, suele ser elegido como el demandado en todo accidente de consumo. GUTIERREZ SANTIAGO ejemplifica esta situación, comentando la STS, de 26 de enero de 1990¹⁷³⁵, que se pronuncia sobre una demanda por daños causados por un defecto de fabricación de un armario de baño con iluminación incorporada, que produjo la muerte por electrocución del hijo del demandante. Pues aunque el defecto en cuestión afectaba a los circuitos eléctricos internos del aparato, de modo que externamente no era apreciable, el TS declaró responsables solidarios al fabricante y al vendedor, sustentándose en el artículo 1902 del CC, invocando el principio *pro damnato*. Lo complejo de este fallo es que, sin lugar a dudas, para el vendedor era realmente imposible conocer la existencia del defecto en comento, pese a lo cual, se le condena, en lo que nos parece un exceso del sentenciador, que más bien nos habla de una ubérrima responsabilidad objetiva o, si se quiere, de una absoluta convicción del juzgador por concederle una indemnización al padre, sobre cualquier consideración de rigor jurídico-formal.¹⁷³⁶ Más tarde, y por aplicación de la LGDCU, se sucedieron varios fallos en esta línea. A modo de ejemplo, GUTIERREZ SANTIAGO nos recuerda la SAP de Santander, de 3 de abril de 1990¹⁷³⁷, en que el vendedor de una cafetera a presión es condenado, pese a que el defecto de fabricación no era apreciable a simple vista y no le era exigible conocerlo.

Primero la LPD y después de su derogación, el TR, pusieron fin a esa corriente jurisprudencial, reordenando las cosas, pues ahora el proveedor responde sólo en 2 supuestos residuales: (i) si el productor o importador Comunitario no es identificado en conformidad a los términos previstos por el artículo 138.2; y (ii) si el proveedor ha suministrado el producto a sabiendas de que era defectuoso, según dispone el artículo 146.¹⁷³⁸ Es decir, teóricamente quedó vedada la posibilidad de

¹⁷³⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsables y beneficiarios en el régimen de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos", en Segunda Época 20, Boletín de la Facultad de Derecho n° 20, UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, 2002, págs. 161 y 162.

¹⁷³⁶ Este fenómeno del juez buscando hacer justicia, incluso más allá de las fronteras que le imponen los preceptos legales aplicables, en una peligrosa aproximación a la figura del juez del *Common Law*, que es un juez-legislador, en el Sistema Jurídico continental ha recibido de parte de alguna doctrina el nombre de activismo judicial, en lo que no deja de representar una situación compleja, que amenaza el principios de la separación de los poderes públicos, base del Estado de Derecho, y, además, comienza a producir un germen de inseguridad jurídica indesmentible para los operadores jurídicos. Vid. HERRERO, L., 'El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal', en AAVV, "Debido proceso", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003, págs. 127 y ss.; PEYRANO, J. W., 'Sobre el activismo judicial', en AAVV, "Activismo y garantismo procesal", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen XLVII, Córdoba, Argentina, 2009, págs. 11 y ss.

¹⁷³⁷ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsables y beneficiarios en el régimen de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos", en Segunda Época 20, Boletín de la Facultad de Derecho n° 20, UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, 2002, pág. 162.

¹⁷³⁸ Vid. TR, artículo 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante." / Artículo 146. "Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá,

aplicar extensivamente el artículo 1902 del CC; y las normas de la LGDCU, ahora refundidas en el TR, tampoco pueden ser aplicadas, pues se deben emplear, por especialidad, las normas sobre daños provocados por productos defectuosos que contiene el TR en su Título II, Disposiciones específicas en materia de responsabilidad, artículos 135 y ss.

Si bien la responsabilidad del proveedor queda restringida normativamente a los 2 casos regulados por los artículos 138.2 y 146 del TR recién mencionados, vale la pena ahondar en las razones que la justifican. Nos referimos a que nadie puede desconocer que el proveedor, en su rol como agente económico en la vida comercial de un producto, no cumple con ninguno de los requisitos que justifican la responsabilidad del productor por daños causados por productos defectuosos y a las que dedicamos largos párrafos en la Parte I de este trabajo.¹⁷³⁹ Por ello es que ALCOVER sostiene que el proveedor no debiera ser responsable, en principio, en este régimen especial, pues en la actualidad no tiene *"...los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los bienes con los que se comercia."*¹⁷⁴⁰ En la misma línea, ALPA y BESSONE advertían que la imposición de esta responsabilidad sobre el proveedor, podría incrementar de manera excesiva e inútil los costes de seguros, perjudicando a los pequeños distribuidores y comerciantes.¹⁷⁴¹ Con tales premisas en mente, ALPA, en algunas reflexiones iniciales, apuntaba que *"...el papel desarrollado por el detallista dentro de la cadena de distribución confiere a tales cuestiones una relevancia del todo marginal..."*.¹⁷⁴² Sin embargo, a corto andar, el propio ALPA debió revisar esa opinión, pues las modernas formas de organización empresarial empezaron a mostrar que la figura y posición de los proveedores - distribuidores y suministradores- en la cadena de comercialización de un producto y en especial de cara a un daño generado por un producto defectuoso, no era desdeñable, pues es él quien normalmente está relacionado directamente con el productor, por lo que es él, al decir de URBISTONDO, quien mejor puede llevar a cabo la tarea de identificarlo, si en el producto mismo no consta tal información¹⁷⁴³, opinión seguida por TOBAJAS y MARINS¹⁷⁴⁴ entre otros, destacando así su importancia dentro de este sistema de responsabilidad por

como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."

¹⁷³⁹ Vid. *supra* Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁷⁴⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 96.

¹⁷⁴¹ Vid. ALPA, G., BESSONE, M., *"Il consumatore e l'Europa: raccolta e un commento di testi e materiali della Comunità Economica Europea del Consiglio d'Europa"*, Cedam, Padova, 1979, pág. 32.

¹⁷⁴² Vid. ALPA, G., *"Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore"*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 74.

¹⁷⁴³ Vid. URBISTONDO TAMAYO, S., *"La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos y su armonización al Derecho comunitario"*, en EC, n° 30, 1994, pág. 50.

¹⁷⁴⁴ Vid. TOBAJAS GALVEZ, O., *"La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 23, 2002, págs. 774 y 775; MARINS, J., *"Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de protecao e defesa do consumidor"*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, pág. 104.

daños provocados por productos defectuosos, pero acotada en el sentido antes indicado.

Considerando tales premisas, ALPA volvió sobre sus dichos anteriores, corrigiendo su primera impresión, "...según la cual la responsabilidad del detallista no ofrecería ninguna garantía al consumidor que con mayor facilidad puede obtener el resarcimiento de los daños dirigiéndose contra el productor...", abogando ahora, por establecer una responsabilidad en cabeza del proveedor, pues "...se dan casos en los que es difícil localizar al fabricante del producto defectuoso y se estima más sencillo dirigirse directamente contra el revendedor..."¹⁷⁴⁵, abriendo las puertas a la responsabilidad de estos agentes económicos intermedios en la cadena de valor del producto, cuando la identificación del productor o del importador Comunitario fallase, en aras de dar efectiva tutela al perjudicado. De modo que podría concluirse que, en la valoración de la Directiva 85/374, es mejor hacer responsable al proveedor, más allá de cualquier consideración técnico-jurídica, que dejar desprotegido al perjudicado, "...ante la casi segura imposibilidad de conseguir la indemnización del fabricante..." remata ALCOVER.¹⁷⁴⁶ Por ello es que el legislador Comunitario optó por hacer al proveedor responsable por los daños provocados por los defectos de un producto, situándolo en idéntica posición que la del productor, aunque realmente no lo sea, lo que en la práctica se traduce en que éste sujeto pueda terminar asumiendo las mismas responsabilidades que el productor de un producto defectuoso, verificadas las condiciones que al efecto tipifican los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.¹⁷⁴⁷ Este principio de responsabilidad tutelar, ya es anunciado por el Considerando 4º de la Directiva 85/374, que declara que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso que el producto sea defectuoso, protección que exige que esta responsabilidad se extienda a una serie de agentes económicos, incluidos quienes han suministrado un producto defectuoso cuyo productor no ha sido identificado.¹⁷⁴⁸

¹⁷⁴⁵ Vid. ALPA, G., "Circolazione dei prodotti e responsabilità del fabbricante in diritto nord-americano", en Riv. Dir. Comm. I, 1971, pág. 431.

¹⁷⁴⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 122.

¹⁷⁴⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable...". / TR, artículo 138.2. "Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."

¹⁷⁴⁸ Vid. Directiva 85/374, Considerando 4º. "Considerando que la protección del consumidor exige que todo aquel que participa en un proceso de producción, deba responder en caso de que el producto acabado o una de sus partes o bien las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos; que, por la misma razón, la responsabilidad debiera extenderse a todo el que importe productos en la Comunidad y a aquellas personas que se presenten como productores poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo y a los que suministren un producto cuyo productor no pudiera ser identificado;...".

Muchas pueden ser las razones que expliquen esta decisión, pero sin duda imperan las concepciones protectoras y pragmáticas, pues así se provee al perjudicado de un sujeto contra el cual dirigirse, fácilmente identificable, con domicilio conocido, lo que lo libera de una labor de investigación en los casos en que el productor no es conocido o su identificación es difícil de lograr; y también se le salva de tener que litigar contra un productor lejano, todo lo cual devendría en una imposibilidad material de interponer una demandada indemnizatoria, frustrándose el resarcimiento del daño sufrido.¹⁷⁴⁹ Más puntillosa, CILLERO DE CABO funda esta responsabilidad, esencialmente, en la necesidad de proteger al perjudicado, pues al tratarse de un proveedor, que es quien habrá mantenido una relación directa con el perjudicado, este último podrá identificarlo fácilmente, salvo que se trate de un consumidor no contratante o de un *bystander*, quienes obviamente nunca han tenido ese contacto personal con el proveedor del producto defectuoso y, muy probablemente, enfrentarán serias dificultades para identificarlo. Por lo demás, reiterando una idea ya expuesta, el proveedor suele estar relacionado comercialmente con el productor o el importador Comunitario en forma bastante directa, por lo que es quien mejor puede identificarlo, pese a que en el producto no conste tal información.¹⁷⁵⁰

Por último, insistimos en que estas reglas de responsabilidad del proveedor, persiguen facilitar al perjudicado el ejercicio de las acciones resarcitorias¹⁷⁵¹, mostrando que la finalidad subyacente de estas normas es brindar mayor protección al perjudicado, pues se fuerza al proveedor de un producto defectuoso a facilitar o develar la identidad del productor o del importador Comunitario o del distribuidor del producto en cuestión y si no se logra tal propósito, es el propio proveedor el que debe enfrentar las acciones indemnizatorias del perjudicado, lo que termina por cerrar el círculo y alinear los intereses de los involucrados hacía una mejor y más eficaz protección del ofendido. Según RODRIGUEZ CARRION, es así como se incentiva y más bien se obliga "*...al suministrador para que organice su empresa de forma tal que pueda conocer la identidad de los fabricantes de los productos que distribuye, para que no permanezcan anónimos.*"¹⁷⁵² LATORRE, con similar argumentación, justifica la decisión del legislador Comunitario de hacer

¹⁷⁴⁹ De hecho, glosando las ventajas que representa para el perjudicado la configuración del proveedor como responsable, deberíamos concluir que de no existir los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, el proveedor podría exonerarse de toda responsabilidad acreditando que: (i) el defecto es de fabricación, de diseño o de manipulación, en los que no tuvo ninguna intervención; (ii) no tuvo ni le era exigible tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión; (iii) por idénticas razones, nada debía o podía advertir o informar sobre el producto; (iv) le era imposible controlar la calidad del producto; (v) no ha ofrecido una garantía contractual al perjudicado; (vi) el daño obedece a culpa del propio perjudicado; (vii) el daño obedece al hecho de un tercero por quien él proveedor no debe responder; (viii) el daño fue causado por fuerza mayor o un caso fortuito; (ix) etcétera.

¹⁷⁵⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 112 y 167.

¹⁷⁵¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 2000, pág. 131.

¹⁷⁵² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 131.

responder al proveedor, en cuanto se ha "*...querido crear en cualquier distribuidor la carga de ayudar al consumidor en la búsqueda del fabricante del producto defectuoso a fin de evitar, en la práctica, la indefensión de aquél.*"¹⁷⁵³

A modo de síntesis, podemos decir que la responsabilidad supletoria del proveedor se explica en razón de las siguientes consideraciones: (i) todo proveedor debe soportar la carga de ayudar al perjudicado a identificar al productor del producto defectuoso, en la idea de ir ascendiendo por la cadena de distribución del producto a través de los agentes intermediarios, hasta dar con su productor, lo que sin su colaboración, sería la más de las veces, muy difícil, si no imposible de lograr, atendidas las complejidades que caracterizan las organizaciones productivas modernas; (ii) estimula a los proveedores a guardar las facturas de compra y demás documentos propios de su relación comercial de abastecimiento o suministro, lo que les permitirá establecer, en todo momento, la identidad de sus proveedores y, por extensión, la cadena completa de comercialización del producto de que se trate; (iii) se dificulta la posibilidad de que un productor pueda permanecer en el anonimato a través de escudos societarios y otras ingenierías jurídicas; (iv) se evita la existencia de productos anónimos en el mercado; (v) se incentiva a los proveedores a preocuparse de la seguridad de los productos que comercializan; (vi) se alienta, indirectamente, el que los proveedores sean administradores diligentes y responsables.

Uno de los ejemplos clásicos para demostrar la bondad de incorporar al proveedor al elenco de responsables que contempla esta legislación especial, es el caso de la venta a granel de alimentos no transformados, pues en tales negocios, es sumamente difícil identificar al productor, de modo que la posibilidad de demandar al proveedor a quien se compraron tales productos a granel, si en el plazo de 3 meses no identifica al productor o a quien le suministró a él dichos productos, evidentemente impide que el perjudicado quede en la más absoluta indefensión.¹⁷⁵⁴ Por ello, no es de extrañar que la doctrina mayoritaria opine que la incorporación del proveedor como sujeto responsable en el ámbito de los productos defectuosos, es una innovación acertada, pues mejora el espectro de protección, ya que sin esta explícita atribución de responsabilidad, por lo general no se le podría considerar pasible de demandas por el daño causado por un producto defectuoso, pues su tarea y rol es simplemente el de distribución y venta al público, ya que no participa, ni encarga ni propicia la elaboración, manipulación o alteración de los productos que luego distribuye.

¹⁷⁵³ Vid. LATORRE LOPEZ, A., 'La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso', en *"Valoración Judicial de daños y Perjuicios"*, JESUS FERNANDEZ ENTRALGO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 2, 1999, págs. 416 y 417.

¹⁷⁵⁴ Vid. PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 1461; VATTIER, C., *"Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria"*, en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004, págs. 55 y 56.

De hecho, el mecanismo de extender su responsabilidad a la esfera de los productos es algo que se ha debido manejar cuidadosamente, pues una sobrecarga de responsabilidad en cabeza de este agente económico, podría producir un efecto regresivo o contraproducente, en directo perjuicio del consumidor, porque el proveedor no tendría otro remedio que incrementar el precio del producto final, a fin de soportar los costos de aseguramiento y defensa. Y como efecto colateral, probablemente se reduciría la competencia en el sector de la distribución, generándose un germen propicio para fenómenos de concentraciones de mercado, figuras monopólicas, encarecimiento de los precios por falta de competencia, etcétera.

En este contexto y planteando una opinión distinta a la recogida en la Directiva 85/374, se ha postulado por alguna doctrina que la extensión de esta responsabilidad especialísima del proveedor, sólo debiera operar con respecto de los grandes distribuidores o grandes almacenes, bien porque el producto se fabrica bajo sus estrictas indicaciones, bien porque el productor forma parte de un grupo empresarial controlado por el gran distribuidor, pues habitualmente se trata de organizaciones empresariales integradas verticalmente.

3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR.

3.1.- El origen de esta disposición.

Como decíamos al iniciar este Capítulo, el primer antecedente del artículo 146 del TR fue la Disposición adicional única de la LPD¹⁷⁵⁵, ya que al trasponer la Directiva 85/374, el legislador español enclavó esta norma como una innovación, pues no estaba contemplada en la Directriz Comunitaria, por lo que debe decirse que obedece, según la opinión generalizada, por entero a una desafortunada inspiración del legislador español.

Al ser derogada la LPD por el TR, esta Disposición adicional única se mantuvo en el artículo 146¹⁷⁵⁶, bajo el epígrafe "*Responsabilidad del proveedor*", pese a las innumerables críticas y diatribas que había merecido por parte de la doctrina.

3.2.- Esta disposición es excepcional, pues regula un caso en que el proveedor responde directamente y no como responsable subsidiario.

¹⁷⁵⁵ Vid. LPD, Disposición adicional única. "*Responsabilidad del suministrador. El suministrador del producto defectuoso responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador.*"

¹⁷⁵⁶ Vid. TR, artículo 146. "*Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor.*"

Se trata este artículo 146 del TR de una disposición excepcional, pues se refiere a una responsabilidad directa y principal del proveedor que, a sabiendas de la defectuosidad del producto, lo pone en circulación. Caso en el cual, responderá *"...como si fuera el productor..."* lee esta disposición. El uso de la expresión adverbial empleada por este precepto: *"como si fuera"*, permitió decir a MARIN sobre la Disposición adicional única de la derogada LPD, que también la empleaba, que la responsabilidad del proveedor en este caso, participaba de las mismas características que la responsabilidad del productor, incluido su carácter de responsabilidad objetiva.¹⁷⁵⁷

En este supuesto al que nos referimos, la responsabilidad del proveedor es principal o directa y no subsidiaria, aunque esté identificado el productor o el importador Comunitario¹⁷⁵⁸, pues el verbo rector que incardina su responsabilidad, es saber de la existencia del defecto y aun así comercializar el producto. Por ende, debe concluirse que el legislador está hablando de una conducta dolosa de su parte. Ahora bien, si por dolo se entiende la intención positiva de causar o inferir daño a otro, es posible discutir la posición anímica del proveedor en este caso, pues a lo mejor en su conducta no existe tal intención positiva de dañar a otro. Puede haber sí, una negligencia grave en su conducta, pues evidentemente le es exigible representarse la posibilidad que el defecto del producto dañe a algún consumidor o usuario. Con todo, podemos encontrar nociones más amplias de dolo, como explica DIEZ-PICAZO, para quien también hay dolo si *"...el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo..."*¹⁷⁵⁹, caso en el cual, evidentemente podría estimarse dolosa la conducta del proveedor, por el solo hecho de comercializar un producto que él sabe es defectuoso, independientemente de si tiene o no la intención de dañar a alguien, pues, como dice CILLERO DE CABO, está ejecutando una *"...acción contraria a un deber legalmente impuesto, acción que puede ocasionar un daño..."*¹⁷⁶⁰, situación en la que claramente estaría incurriendo en una conducta dolosa, sancionable a la luz de esta disposición. En suma, nos parece que del tenor literal de esta disposición, queda claro que la responsabilidad de que da cuenta opera únicamente para el proveedor que, a sabiendas, proporciona un producto defectuoso, sin que pueda pretenderse aplicarla por analogía o extensión a otros partícipes en la cadena de comercialización del producto, que de incurrir en una conducta semejante,

¹⁷⁵⁷ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 136.

¹⁷⁵⁸ Vale decir, la identificación del productor o del importador Comunitario no es óbice para establecer la responsabilidad directa del proveedor en este caso y, por lo mismo, él no se libera de responsabilidad aunque los pudiera identificar, ya que en esta hipótesis su responsabilidad no se gatilla por la falta de identificación del productor o del importador Comunitario, sino por una conducta propia, cuya valoración es subjetiva.

¹⁷⁵⁹ Vid DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II"*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 612.

¹⁷⁶⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 228.

responderán de los daños que causen, pero conforme las reglas del Derecho común que resulten aplicables.

En sentido opuesto opina CRESPO, para quien es cuestionable la afirmación de que la responsabilidad del proveedor que actúa a sabiendas del defecto sea principal o directa, ya que el hecho de que esta disposición autorice al proveedor a repetir en contra del productor o del importador Comunitario, altera -en su opinión- esta aseveración, pues la acción de reembolso normalmente se le concede a un deudor indirecto o por garantía para recuperar lo que ha pagado a la víctima, del deudor directo o principal. Por ende, se debe concluir que la responsabilidad regulada en esta Disposición Adicional en realidad es subsidiaria.¹⁷⁶¹ MARCO se suma a los reproches de CRESPO, pues si aun mediando una conducta dolosa del proveedor, resulta que la percusión del daño es soportada por el productor, dado que se le permite a este proveedor que facilitó el producto a sabiendas de la existencia del defecto ejercer una acción de repetición contra el productor, realmente su responsabilidad resulta absolutamente atenuada o morigerada, razón por la cual, puede calificarse al proveedor como un responsable civil subsidiario, pues incluso en este evento tan censurable, su responsabilidad se manifiesta reducida.¹⁷⁶²

3.3.- Críticas que ha merecido esta disposición.

Como decíamos, esta Disposición adicional única debe haber sido el precepto más criticado de la derogada LPD. Se la calificó de norma ociosa, ya que sancionaba un actuar tan reprochable y claramente doloso, que era irredargüiblemente castigable conforme las normas del Derecho común, ora contractuales o extracontractuales en sede civil, ora penal.¹⁷⁶³ Y es que no hay otra conclusión posible respecto de un proveedor que, a sabiendas, ofrece un producto defectuoso a sus clientes, pues no sólo sería de aplicación este precepto del TR, sino también el CC, pues habría dolo y obligación de responder, conforme al artículo 1106¹⁷⁶⁴ de esa compilación¹⁷⁶⁵, ya

¹⁷⁶¹ Vid. CRESPO, G., "La responsabilidad del fabricante español por daños transfronterizos", en EC, n° 31, 1994, pág. 67.

¹⁷⁶² Vid. MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, nota 589, pág. 189.

¹⁷⁶³ Vid. LLACER, M. R., "El dolo en el saneamiento por vicios ocultos", en ADC, 1992, págs. 1499 y ss.; MORALES MORENO, A. M., "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa", en ADC, 1982-II, págs. 591 y ss.; SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil. Temas actuales", Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 429; SOTOMAYOR GIPPINI, J. M., "La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en RES, núm. 79, 1994, pág. 86; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en EC, n° 34, 1995, pág. 128.

¹⁷⁶⁴ Vid. CC, artículo 1106. "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes."

¹⁷⁶⁵ Vid., entre otros, MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., "¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU", en RDP, sept.-oct., 2008, pág. 104; PARRA LUCAN, M. A., 'La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales', en "Tratado de responsabilidad civil", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 1482 y 1483; VATTIER, C., "Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria", en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004, pág. 55; MARCO MOLINA, J., "La responsabilidad civil del fabricante por

que un proveedor que "...con conocimiento del defecto ofrece un producto defectuoso en el mercado, actúa dolosamente..."¹⁷⁶⁶ nos dice LATORRE, tornando aplicable el citado artículo 1106 del CC. O al menos incurre en una conducta culpable o negligente, por la cual también se le puede reprochar al amparo del CC.¹⁷⁶⁷ Sobre todo, si reparamos en que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 128.2 del TR, en materia de indemnización de daños causados por bienes o servicios, siempre son aplicables las reglas generales de la responsabilidad civil, ora contractuales o extracontractuales, las que no se ven afectadas por las acciones reconocidas en este Libro Tercero del TR, referido a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos.¹⁷⁶⁸

Siempre desde el ángulo de la derogada LPD, para TORRALBA esta Disposición no concordaba en absoluto con los demás preceptos de esa ley, a tal punto, que parecía "...haber sido introducida de prisa y corriendo sin la menor reflexión en cuanto su contenido y a la coherencia interna de la norma en su conjunto."¹⁷⁶⁹ Otros epítetos que ha recibido, son de innecesaria y carente de sentido.¹⁷⁷⁰ RODRIGUEZ CARRION llega a calificarla de "...inútil y perturbadora...".¹⁷⁷¹ Y con otros calificativos de similar calibre, la estigmatizan PARRA LUCAN y JIMENEZ LIEBANA.¹⁷⁷² Por su parte, GOMEZ LAPLAZA y DIAZ enfatizan lo soso de su incorporación¹⁷⁷³, ya que en este caso es palmario que existen remedios civiles y penales. Por lo mismo, se acusó al legislador español de haber olvidado normas básicas del CC, relativas a las Obligaciones y los Contratos, pues incluso podría pensarse que el proveedor de buena fe, pero negligente, no tendría responsabilidad alguna al tenor de este precepto, que exige actuar a *sabiendas*.

productos defectuosos. Fundamentos y aplicación", Atelier, Barcelona, 2007, págs. 189 y ss.; DIAZ ALABART, S., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en Act. Civ., 1995-2, págs. 538 y 539.

¹⁷⁶⁶ Vid. LATORRE LOPEZ, A., 'La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso', en "Valoración Judicial de daños y Perjuicios", JESUS FERNANDEZ ENTRALGO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial n° 2, 1999, pág. 416.

¹⁷⁶⁷ Vid. ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 77; CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, págs. 227 y ss.

¹⁷⁶⁸ Vid. TR, artículo 128.2. "Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."

¹⁷⁶⁹ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., "La Responsabilidad del Fabricante", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 216.

¹⁷⁷⁰ Vid. DIAZ ALABART, S., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en Act.Civ., 1995-2, págs. 538 y ss.; JIMENEZ LIEBANA, D., "Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos", McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 487 y ss.

¹⁷⁷¹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 136.

¹⁷⁷² Vid. PARRA LUCAN, M. A., "La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial", en Aranzadi Civil, vol. I, 1995, pág. 21; JIMENEZ LIEBANA, D., "Los defectos de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos", en la Ley, 1996-4, pág. 5.

¹⁷⁷³ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., "Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos", en AC, n° 25, 1995, pág. 539.

Ahora bien, si hubiera que buscar algún sentido en su incorporación a la derogada LPD y su mantención en el TR, MARCO sostiene que es muy probable que esta extraña Disposición que introdujo el legislador español, sea "*...una secuela mediata del dramático asunto de la colza, donde la actividad de directa distribución al público del producto nocivo por parte de numerosos vendedores ambulantes contribuyó en gran medida a la propagación del daño...*"¹⁷⁷⁴, aportándonos una justificación imposible de desatender, atendidas las graves consecuencias que padeció la población española con el tristemente célebre caso del aceite de colza.¹⁷⁷⁵

3.4.- Análisis de la legalidad de esta disposición, al haber sido incorporada por el legislador español en la derogada LPD al trasponer la Directiva 85/374, sin estar recogida ésta hipótesis en la norma Comunitaria.

Es importante destacar que al no estar contemplado en la Directiva 85/374 este supuesto de responsabilidad del proveedor que introdujo la derogada LPD, un amplio sector doctrinal impugnó la legitimidad del obrar del legislador español.¹⁷⁷⁶

Empero, CILLERO DE CABO tiene una opinión distinta de esa corriente doctrinal, pues en cuanto tal regulación "*...no perjudica el ejercicio de las acciones sobre responsabilidad contractual o extracontractual, y dado que nada nuevo añade a lo que resulta de la aplicación de estas normas existentes en nuestro Ordenamiento, no puede decirse que modifique el nivel de protección que la Directiva 85/374 establece en favor de los perjudicados..., ...y no tiene ninguna trascendencia, por lo que se refiere al cumplimiento del Derecho comunitario, la decisión de suprimir o mantener [esa disposición].*"¹⁷⁷⁷ En base a similares consideraciones, MARCO justifica que esta singular norma no haya sido impugnada ante el TJCE.¹⁷⁷⁸

3.5.- ¿Quién debe probar que el proveedor suministró el producto a sabiendas de su carácter defectuoso?

En general, la doctrina mayoritaria opina que sobre el demandante pesa el deber de probar que el proveedor suministró el producto a sabiendas de la existencia del

¹⁷⁷⁴ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, nota 589, pág. 189.

¹⁷⁷⁵ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "*El caso de la colza, o los deberes de la protección penal de los consumidores*", Huarte de San Juan, núm. 1, 1994; "*Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del caso de la colza*", en PJ, núm. 33, 1994; PAREDES CASTAÑÓN, J. M., RODRIGUEZ MONTAÑES, T., "*El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., "*De nuevo sobre el "caso de la colza" una réplica*", en RDPC, núm. 5, 2000.

¹⁷⁷⁶ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., "*Los 'defectos' de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*", en La Ley, 1996-4, pág. 5; RUIZ MUÑOZ, M., "*Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, n. 96.

¹⁷⁷⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 241.

¹⁷⁷⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 191.

defecto. Con todo, es evidente que presenta una dificultad probatoria inmensa establecer que el proveedor sabía que el producto suministrado era defectuoso, pues el dolo no se presume. Ello podría explicar la casi inexistente aplicación práctica de este artículo.

Reiterada jurisprudencia confirma que el *onus probandi* es del perjudicado¹⁷⁷⁹, de la que destacamos las sentencias más ilustrativas. Por ejemplo, la SAP de Cantabria, de 20 de junio de 2005¹⁷⁸⁰, que absuelve al demandado, un vendedor de petardos defectuosos, ya que entendió que para declararlo culpable, "*...se hubiera tenido que probar por la parte actora que el vendedor conocía el defecto del producto...*", no siendo suficiente que no se hubiera comprobado si reunía los requisitos reglamentarios para desarrollar su actividad comercial. Tal criterio es ratificado por la SAP de Cantabria, de 20 de junio 2005¹⁷⁸¹, que desecha la demanda precisamente por falta de dicha prueba, pues para determinar la responsabilidad del demandado, se debió probar por la demandante que el vendedor conocía el defecto del producto.¹⁷⁸² A su turno, la SAP de Madrid, de 13 septiembre 2005¹⁷⁸³, también descarta la demanda en contra de un revendedor de un vehículo todo terreno, entendiendo que éste, como proveedor, no podía saber que se trataba de un producto defectuoso, máxime si no se probó que se vendiera un vehículo de motor defectuoso, sino un coche de 12 años, hecho conocido por el vendedor y el comprador. Por su parte, la SAP de Barcelona, de 29 de noviembre de 2004¹⁷⁸⁴, absuelve a la demandada, una empresa suministradora e instaladora de un filtro de agua de una lavadora, pieza defectuosa cuya rotura causó la inundación de una vivienda, declarando que "*...la Disposición Adicional única de la Ley (22/1994) no puede ser aplicada en el presente supuesto porque para ello se requiere la prueba del dolo consistente en suministrar el producto a sabiendas de la existencia del defecto, ya que el dolo no se puede presumir, y esta prueba no concurre en este caso, sin que al respecto quepa apreciar que en el normal desarrollo de esa actividad de distribución la demandada conociera o hubiera debido conocer el defecto, defecto que, además, no es apreciable a simple vista, encontrándose en un elemento interno del filtro.*"¹⁷⁸⁵

Finalmente, un caso emblemático en esta materia, donde sí se condena al proveedor, está recogido en la SAP de Almería, de 10 de enero de 2003¹⁷⁸⁶, que acoge la demanda presentada en contra del proveedor de una partida de ladrillos

¹⁷⁷⁹ Vid. SAP de Badajoz, de 30 de noviembre de 2001, JUR 200265142; SAP de Cáceres, de 21 de junio de 2002, JUR 2002226019; SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2005, JUR 2005/219880; etcétera.

¹⁷⁸⁰ Vid. JUR 2005176100.

¹⁷⁸¹ Vid. JUR 2005/176100.

¹⁷⁸² Este fallo se dictó bajo la vigencia de la LPD, por lo que los racionios reproducidos giran en torno a la Disposición adicional única.

¹⁷⁸³ Vid. JUR 2005/219880.

¹⁷⁸⁴ Vid. AC 2004/2017.

¹⁷⁸⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 498.

¹⁷⁸⁶ Vid. JUR 2003/44564.

defectuosos, que causaron la ruina de una obra, pues se probó que había suministrado los ladrillos a sabiendas de su carácter defectuoso, sin que sea excluyente de su responsabilidad -agrega este fallo-, el hecho de que el demandado haya proporcionado la identidad del productor. Quizás las excepcionales circunstancias que rodean este juicio, expliquen la convicción sancionadora del juzgador, que lo llevó a aplicar la Disposición Adicional única de la derogada LPD, pues se determinó que había suministrado el producto conociendo su carácter defectuoso, pues se trataba de *"...un profesional del suministro de material de construcción, y por tanto, conocedor de las vicisitudes de dicho mercado, que suministró a los actores un producto con una merma de precio que excede de los límites de la mera oferta -a razón de 13 ptas. el ladrillo, cuando su precio normal asciende a 30 ptas. en compra (al fabricante) y a 35 ptas. en venta..."*, por lo que no podía sino ser *"...consciente de que se trataba de un producto de saldo..."* y tener conocimiento del defecto, con lo que se dio por acreditado el dolo necesario para sancionarlo.

3.6.- ¿Cuáles son las responsabilidades del proveedor que incurre en el supuesto de responsabilidad que regula el artículo 146 del TR?

El proveedor que incurra en la conducta dolosa descrita en esta disposición, deberá indemnizar solamente los daños personales y los daños materiales que no afecten al propio producto defectuoso, que superen la cantidad de la franquicia que contempla esta legislación especial¹⁷⁸⁷ y siempre que los bienes dañados no estén destinados a un uso empresarial.

En resumen y en lo que nos parece una situación sumamente extraña y criticable respecto de quien actúa dolosamente, no queda obligado, al menos bajo esta norma, a resarcir: (i) daños materiales experimentados por el propio producto defectuoso; (ii) daños por una cantidad inferior a la franquicia legal; (iii) daños sobre bienes de uso empresarial; y, (iv) daños morales. Por lo que si el perjudicado busca obtener la reparación de estos daños excluidos, deberá demandarlos en conformidad al Derecho común, posibilidad que le franquea el artículo 128.2 del TR¹⁷⁸⁸, que afirma la posibilidad del perjudicado de interponer cualquier otra acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad contractual o extracontractual del productor, del importador Comunitario o de cualquier otro sujeto responsable según esta legislación especial. Lo que significa que el legislador español no ha querido derogar ni preterir otros regímenes indemnizatorios contra el productor u otro responsable de la producción o comercialización de un producto defectuoso,

¹⁷⁸⁷ Vid. *supra* apartado 3.2.2.4.- Por aplicación de la franquicia prevista en la Directiva 85/374, quedan excluidos los daños materiales inferiores a 500 ECUS, cifra que el TR lleva a 390,66 euros / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

¹⁷⁸⁸ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

incluido el propio proveedor, aunque, claro está, en virtud de un cuerpo legal distinto al TR.¹⁷⁸⁹

3.7.- Comentarios sobre la acción de repetición contra el productor que confiere el artículo 146 del TR al proveedor que suministra un producto defectuoso, a sabiendas de ello.

Acerando las críticas que ha merecido este precepto, la mayoría de la doctrina execra que el legislador haya dado a este proveedor doloso una acción de repetición contra el productor del producto defectuoso que, al haber sido suministrado, causó un daño. Por lo que si el perjudicado demanda exclusivamente al proveedor, éste puede reclamar al productor del reembolso de la suma pagada.¹⁷⁹⁰ Es por ello que no se entiende por qué se le cataloga de responsable solidario con el productor y, en el mismo acto, se le confiera una acción de repetición en contra de este último si ha indemnizado al perjudicado, en circunstancias que conocía el defecto del producto y no ha trepido en comercializarlo. Y lo que evidentemente hace más inverosímil esta situación, es que aprovechándose de su propio dolo, pueda repetir en contra del productor del producto defectuoso. Máxime, que el proveedor que sabiendo del defecto comercializa un producto defectuoso que causa un daño, a nuestro entender, comete un ilícito *per-se*, por lo que esta acción de repetición casi parece un premio.

Como dicen YZQUIERDO TOLSADA y ATAZ, no hace ningún sentido que un actuar doloso irrogue derecho a ser indemnizado.¹⁷⁹¹ En verdad, ¿qué podría justificar concederle acción de reembolso contra el productor? Pues parece que nada. Más bien se trata de un dislate jurídico, pues realmente lo único que corresponde hacer a ese proveedor que conoce el defecto del producto, es abstenerse de ponerlo en circulación, venderlo o transferirlo e informar al productor de inmediato, para que éste adopte las medidas de retiro del mercado o de recuperación del producto de manos de sus clientes que estime adecuadas o que le sean exigibles y, si fuera el caso, comunicar a la autoridad sanitaria tal situación. Nos parece que es sencillamente descabellado justificar el otorgamiento de una acción de repetición, a quien actúa de forma tan deleznable.

Sin embargo, REGLERO, en lo que es posible de calificar como un intento por darle algún sentido a esta disposición, entiende que *"...quien ha actuado con culpa y, con mayor motivo, con dolo, debe indemnizar con carácter prioritario sobre quien, aun siendo designado en la Ley como sujeto primario responsable, no se le puede imputar*

¹⁷⁸⁹ Vid., por todos, TASCHNER, H. C., "La future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté Européenne", en Rev. Marché Commun, núm. 297, 1986, pág. 260.

¹⁷⁹⁰ Vid. TR, artículo 146. *"...En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."*

¹⁷⁹¹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", Dykinson, Madrid, 2001, pág. 335; ATAZ LOPEZ, J., "La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 76 y 77.

culpablemente el daño."¹⁷⁹² Con igual óptica, CILLERO DE CABO justifica esta acción de repetición en la siguiente hipótesis: *"...si el perjudicado demanda exclusivamente al suministrador, tratándose de un caso de concurrencia en la producción del daño, es lógico admitir el derecho del suministrador a reclamar al fabricante o a cualquier otro responsable que no haya sido demandado, el reembolso de la indemnización en la proporción en que éstos hayan contribuido a causar el daño. El suministrador también podrá repetir frente a los sujetos que respondieron solidariamente con él, si el perjudicado reclamó al suministrador íntegramente la indemnización o más de lo que le correspondía pagar..."*, y luego añade, en lo que nos interesa en este punto, que *"...el suministrador que actúa dolosamente debe ser quien indemnice los daños, pero esto no significa que el legislador no pueda hacer referencia al derecho de repetición del suministrador contra el fabricante o el importador, porque, aun sometidos a un régimen de responsabilidad objetiva, pudieron actuar también dolosa o negligentemente..."*¹⁷⁹³, en una aclaración que nos parece interesante, pues quiere decir que si el proveedor actuó con culpa, también podría entenderse conferido el derecho de reembolso. Aunque nos parece que tal derecho de repetición está concedido sólo para el caso de un proveedor doloso, según se desprende del tenor literal del precepto en comento, que sólo alude a un actuar doloso. Si fuera el caso de una actuación culposa del proveedor y quisiera repetir contra el productor, nos parece que pudiera invocar las normas del CC.¹⁷⁹⁴

3.8.- ¿Puede el perjudicado, frente a un evento regulado en el artículo 146 del TR, demandar a otros responsables del daño que ha sufrido, distintos del proveedor doloso?

En un caso en que el daño haya sido causado tanto por el actuar doloso del proveedor que suministra el producto defectuoso a sabiendas de ello, como de terceros que contribuyen con su actuar al daño¹⁷⁹⁵, sean o no sujetos responsables según esta legislación especial, no se divisa problema para que el perjudicado accione contra el proveedor doloso y otros posibles responsables, acumulando acciones e invocando las normas jurídicas pertinentes contra cada cual.

Ahora bien, el proveedor doloso responderá aunque un tercero haya participado en la producción del daño. Y en el ámbito de las relaciones internas, se distribuirá la contribución a la deuda entre ellos, en proporción a sus respectivos grados de culpabilidad.

¹⁷⁹² Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *"Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 3, 1994, pág. 48.

¹⁷⁹³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 238.

¹⁷⁹⁴ Vid. CC, artículo 1145. *"El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. / El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. / La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno."*

¹⁷⁹⁵ Nótese que no hablamos del productor del producto defectuoso, pues contra él siempre están disponibles las acciones que concede esta legislación especial, ya que él introdujo el producto al mercado, al ponerlo en circulación.

3.9.- La concurrencia de culpa del perjudicado, junto con el suministro a sabiendas de un producto defectuoso por parte del proveedor.

Aludimos a la situación en que el daño se produce por la concurrencia de 2 conductas: la del propio perjudicado y la del proveedor, que, a sabiendas, distribuye el producto defectuoso que causa el daño. Hablamos de una situación que nos parece está al margen de esta legislación especial, pues las 2 conductas deben ser valoradas subjetivamente, pues se trata de conductas culpables de ambos sujetos. Sin embargo, el perjudicado podría accionar en base al artículo 146 del TR en contra del proveedor.

En tales casos, la culpa del perjudicado -teóricamente- podría dar lugar a una reducción de la responsabilidad del proveedor, pero jamás a la supresión de su responsabilidad, pues evidentemente ha habido una conducta dolosa de su parte, lo que definitivamente obsta a una exención total de responsabilidad.

3.10.- ¿Presenta esta disposición alguna ventaja o beneficio dentro del sistema de responsabilidad especial que materializa el TR?

Buscando identificar un beneficio en esta imprecada disposición, encontramos algunas opciones que, teóricamente, permiten decir que algo aporta.

En primer lugar, CILLERO DE CABO plantea que esta disposición, bien vista, presenta una ventaja para el perjudicado, pues "*...al menos ofrece el perjudicado la posibilidad de ver ampliado el plazo de prescripción...*"¹⁷⁹⁶ para demandar sus perjuicios en aquellos casos en los que el perjudicado no hubiera contratado directamente con el responsable, pues el plazo ya no sería de 1 año, conforme prevé el artículo 1968 del CC¹⁷⁹⁷, sino de 3 años¹⁷⁹⁸, que es el plazo de prescripción previsto en el artículo 143.1 del TR.¹⁷⁹⁹

En segundo lugar, ante una hipótesis de retiro de un producto defectuoso del mercado, que ha sido suministrado por un proveedor a sabiendas del defecto, puede acontecer que el productor o el importador Comunitario que lo introdujeron en el mercado sean sumamente diligentes para obtener el retiro, aunque igualmente se verifiquen daños por el uso o consumo de este producto defectuoso.

¹⁷⁹⁶ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 243.

¹⁷⁹⁷ Vid. CC, artículo 1968. *"Prescriben por el transcurso de un año: 1º La acción para recobrar o retener la posesión. 2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado."*

¹⁷⁹⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 242 y 243.

¹⁷⁹⁹ Vid. TR, artículo 143.1. *"La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización."*

En tales casos, la disposición en cita estaría aportando un responsable más a la cadena de sujetos responsables en favor del perjudicado, quien podría demandar directamente al proveedor doloso, a quien conocen mejor, tiene más cerca, etcétera, lo que evidentemente debe ser calificado en forma positiva. Aunque si éste fuera el fundamento de este precepto, el proveedor doloso estaría recibiendo un mejor trato que si se le aplicase el régimen general de responsabilidad del CC, pues puede repetir contra el productor, lo que también es una incongruencia que no podemos dejar de advertir.

Por último, nos queda un reflexión: si en este caso hay que probar el dolo, ¿no es más fácil para el perjudicado desentenderse de este supuesto y volcarse al evento de responsabilidad regulado en el artículo 183.2 del TR?

4.- Tercer supuesto de responsabilidad del proveedor: que él mismo cause el defecto del producto que suministra.

GHIDINI, a propósito de este supuesto de responsabilidad del proveedor, en que ha sido él mismo el causante del defecto en el ejercicio de su comercio, afirma que esta hipótesis tiende a reducirse "*...en el moderno mercado de bienes de consumo, a una fracción atípica.*"¹⁸⁰⁰ Sin embargo, por pocos o esporádicos que puedan ser estos casos, se trata de un supuesto de responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto defectuoso que merece ser analizado, aunque no sea conducente ni gravitante o deba descartársele como un caso de responsabilidad del proveedor regido por esta legislación especial.

Una primera reflexión que quisiéramos plantear, es que este supuesto de responsabilidad es más complejo de lo que aparenta a primera vista. Para sortear las dificultades que plantea dilucidar esta hipótesis de responsabilidad, alguna doctrina señala que es menester distinguir entre los daños causados por productos defectuosos cuyos defectos tienen origen en el proceso de producción y aquellos daños ocasionados por defectos que se han originado en el curso de la actividad empresarial que ejecuta el proveedor, única manera -dice CILLERO DE CABO- que permitiría brindar cabal tutela jurídica al perjudicado, sea en virtud de esta legislación especial o de otros cuerpos normativos distintos.¹⁸⁰¹

En lo que interesa a este análisis, son los defectos que nacen durante la actividad empresarial que ejecuta el proveedor, los que deben ocuparnos. En tales eventos, podría concluirse que el proveedor puede tener responsabilidad en los siguientes casos: (i) aunque el defecto haya tenido su origen en el proceso fabril, pueda imputarse al proveedor falta de debida diligencia por no advertir la existencia del

¹⁸⁰⁰ Vid. GHIDINI, G., "*La responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili contrattuali I*", Giuffrè, Milano, 1970, pág. 3.

¹⁸⁰¹ Vid., por todos, CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, págs. 255 y ss.

defecto, en circunstancias que debió haberlo sabido por aplicación de la obligación general de seguridad de los productos; y (ii) si le es reprochable, subjetivamente, la aparición del defecto.¹⁸⁰²

Como se ve, se trata de casos en que en realidad la posibilidad de hacer responder al proveedor descansa en que se le puede reprochar una conducta inadecuada o negligente, lo que nos aparta de inmediato de esta legislación especial, pues se trata de situaciones dañosas que deben resolverse de conformidad al Derecho común o a la regulación sectorial que corresponda. Por ende, debe descartarse este tercer supuesto de responsabilidad como uno propio del sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos instaurado por la Directiva 85/374 y, considerarlo, más bien, como constitutivo de otras fuentes de responsabilidad del proveedor, por culpa, que tendremos oportunidad de analizar más adelante en este trabajo.¹⁸⁰³

¹⁸⁰² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 255 y ss.

¹⁸⁰³ Vid. *infra* Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

CAPITULO XIII

¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL?

SUMARIO: 1.- ¿PUEDE EL PROVEEDOR INVOCAR EN SU BENEFICIO, EN CASO DE SER LLEVADO A JUICIO POR EL PERJUDICADO, LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXONERACION O DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE ESTA LEGISLACION ESPECIAL CONTEMPLA EN FAVOR DEL PRODUCTOR Y DE LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? 1.1.- LA EXISTENCIA DE ESTAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXONERACION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD, ES REFLEJO DE QUE ESTA LEGISLACION ESPECIAL CONSAGRA UN SISTEMA OBJETIVO MATIZADO DE RESPONSABILIDAD. 1.2.- EN PRINCIPIO, SE TRATA DE CAUSALES TAXATIVAS DE EXCLUSION, DE EXONERACION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD. 1.3.- NECESIDAD DE DISTINGUIR, CASUISTICAMENTE, DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDEN VERIFICARSE, A FIN DE DILUCIDAR SI REALMENTE APROVECHAN AL PROVEEDOR, SIEMPRE Y EN TODO CASO, ESTAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXONERACION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD. 1.4.- ¿QUIEN DEBE PROBAR LA CONCURRENCIA DE ESTAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXONERACION O DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD? 1.5.- PRECISION TERMINOLOGICA ENTRE CAUSALES DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD Y CAUSALES DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD. 2.- ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE EXCLUSION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD, QUE PUEDE INVOCAR EL PRODUCTOR SEGUN ESTA LEGISLACION ESPECIAL Y DEFINICION DE SI SON ELLAS APROVECHABLES POR EL PROVEEDOR. 2.1.- PRIMERA CAUSAL: QUE NO HABIA PUESTO EN CIRCULACION EL PRODUCTO DEFECTUOSO. 2.2.- SEGUNDA CAUSAL: QUE, TENIENDO EN CUENTA LAS CIRCUNSTANCIAS, SEA PROBABLE QUE EL DEFECTO QUE CAUSO EL DAÑO NO EXISTIERA EN EL MOMENTO EN QUE SE PUSO EN CIRCULACION EL PRODUCTO O QUE ESTE DEFECTO APARECIERA MAS TARDE. 2.3.- TERCERA CAUSAL: QUE EL PRODUCTO NO HABIA SIDO FABRICADO PARA LA VENTA O CUALQUIER OTRA FORMA DE DISTRIBUCION CON FINALIDAD ECONOMICA; NI FABRICADO, IMPORTADO, SUMINISTRADO O DISTRIBUIDO EN EL MARCO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL O EMPRESARIAL. 2.4.- CUARTA CAUSAL: QUE EL DEFECTO SE DEBIO A QUE EL PRODUCTO FUE ELABORADO CONFORME A NORMAS IMPERATIVAS EXISTENTES, DICTADAS POR LOS PODERES PUBLICOS. 2.5.- QUINTA CAUSAL: QUE, EN EL MOMENTO EN QUE EL PRODUCTO FUE PUESTO EN CIRCULACION, EL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS CIENTIFICOS Y TECNICOS NO PERMITIA DESCUBRIR O APRECIAR LA EXISTENCIA DEL DEFECTO (LOS RIESGOS DEL DESARROLLO O *DEVELOPMENT RISKS*). 2.5.1.- CONCEPTO DE RIESGOS DEL DESARROLLO. 2.5.2.- ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA INCLUSION O EXCLUSION DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD PARA EL PRODUCTOR EN ESTA LEGISLACION ESPECIAL. 2.5.3.- ¿ES CONSISTENTE CON UN REGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO O CUASI OBJETIVO, LA CONSAGRACION DE UNA CAUSAL DE LIBERACION DE RESPONSABILIDAD COMO LA DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO? 2.5.4.- ¿CUAL PUESTA EN CIRCULACION ES LA RELEVANTE, PARA LOS FINES DE ALEGAR ESTA CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD: LA DEL PRODUCTOR O LA DE OTROS SUJETOS RESPONSABLES EQUIPARADOS A EL? Y ¿PUEDE CONSIDERARSE LA PUESTA EN CIRCULACION QUE HACE EL PROVEEDOR PARA ESTOS EFECTOS? 2.5.5.- LOS RIESGOS DEL DESARROLLO EN FUNCION DE LOS LIMITES TEMPORALES QUE CONSIDERA ESTA LEGISLACION ESPECIAL, PARA ACEPTAR UNA RECLAMACION POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO. LA IMPORTANCIA DE LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO, COMO HITO QUE MARCA EL INICIO DEL COMPUTO DE LOS PLAZOS DE CADUCIDAD Y DE PRESCRIPCION. 2.5.6.- CRITICA A LA RECEPCION DE LA CAUSAL DE RIESGOS DEL DESARROLLO EN LA LEY 4/1999, DE MODIFICACION DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN. 2.5.7.- SITUACION ESPECIAL DE LOS MEDICAMENTOS, ALIMENTOS O PRODUCTOS ALIMENTARIOS DESTINADOS AL CONSUMO HUMANO, A CUYO RESPECTO, CONFORME AL ARTICULO 140.3 DEL TR, NO PUEDE INVOCARSE LA CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD CONSISTENTE EN LOS RIESGOS DEL DESARROLLO. 2.5.7.1.- RAZONES QUE EXPLICAN ESTA SALVEDAD. 2.5.7.2.- ¿QUE SE ENTIENDE POR MEDICAMENTOS PARA ESTOS EFECTOS? 2.5.7.2.1.- DEFINICION DE MEDICAMENTO. 2.5.7.2.2.- LA DIFERENCIA ENTRE MEDICAMENTO DE USO HUMANO Y PRODUCTO SANITARIO. 2.5.7.2.3.- LA REGULACION NORTEAMERICANA DE LA CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD DE LOS RIESGOS DEL DESARROLLO, A PROPOSITO DE LOS MEDICAMENTOS. 2.5.7.2.4.- EL DEBER DE SEGUIMIENTO DEL PRODUCTO, EN RELACION A LOS MEDICAMENTOS. 2.5.8.-

¿QUE SE ENTIENDE POR ALIMENTOS O PRODUCTOS ALIMENTARIOS DESTINADOS AL CONSUMO HUMANO, PARA ESTOS EFECTOS? 2.5.9.- LA PERTINACIA DEL PRODUCTOR EN PONER EN CIRCULACION UN PRODUCTO CUYOS DEFECTOS YA SON POSIBLES DE CONOCER, GRACIAS A LOS AVANCES DE LA CIENCIA Y TECNOLOGIA. 2.5.10.- LOS RIESGOS DEL DESARROLLO Y LA PUESTA EN CIRCULACION DE UN PRODUCTO MAS PERFECCIONADO. 2.5.11.- LOS RIESGOS DEL DESARROLLO Y LAS LAGUNAS DEL DESARROLLO. 2.5.12.- ¿EXISTE UN DEBER DE RETIRO DEL MERCADO (O *RECALL*) O DE RECUPERACION DE LOS PRODUCTOS QUE FUERON PUESTOS EN CIRCULACION, SIN ADVERTIR SU DEFECTO? 2.5.13.- ¿APROVECHA ESTA CAUSAL DE EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD AL PROVEEDOR? 2.6.- SEXTA CAUSAL: EL PRODUCTOR DE UNA PARTE INTEGRANTE DE UN PRODUCTO TERMINADO NO SERA RESPONSABLE, SI PRUEBA QUE EL DEFECTO ES IMPUTABLE A LA CONCEPCION O EL DISEÑO DEL PRODUCTO AL QUE HA SIDO INCORPORADO O A LAS INSTRUCCIONES DADAS POR EL PRODUCTOR FINAL DE ESE PRODUCTO. 2.7.- LIMITES TEMPORALES QUE PUEDE INVOCAR EL PROVEEDOR PARA EXIMIRSE DE RESPONSABILIDAD: (I) LA PRESCRIPCION; (II) LA CADUCIDAD; Y (III) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO DEFECTUOSO CON ANTELACION AL 8 DE JULIO DE 1994 (FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LPD). 2.7.1.- LA PRESCRIPCION. 2.7.2.- LA CADUCIDAD. 2.7.3.- LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO DEFECTUOSO CON ANTELACION AL 8 DE JULIO DE 1994. 2.8.- LA CULPA DEL PERJUDICADO O LA DE UN TERCERO EN LA CAUSACION DEL DAÑO, COMO CAUSALES QUE PUEDEN SER DE EXONERACION O DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD, SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS. 2.8.1.- LA CULPA DEL PERJUDICADO. 2.8.1.1.- REGULACION DE LA CULPA DEL PERJUDICADO COMO CAUSAL DE EXONERACION O DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD. 2.8.1.2.- LA ASUNCION DE LOS RIESGOS POR PARTE DEL PERJUDICADO. 2.8.2.- LA CULPA DE UN TERCERO EN LA PRODUCCION DEL DAÑO, COMO CONCAUSA DEL DEFECTO, NO REDUCE O LIMITA LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR. 2.8.2.1.- LA CULPA DEL TERCERO COMO CONCAUSA DEL DEFECTO EN LA PRODUCCION DEL DAÑO. 2.8.2.2.- LA CULPA DEL TERCERO COMO UNICA CAUSA DEL DAÑO. 3.- OTRAS DEFENSAS POSIBLES PARA EL PROVEEDOR, BASADAS EN DISPOSICIONES DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TR. 3.1.- DEFENSA DEL PROVEEDOR BASADA EN LOS LIMITES RESARCITORIOS QUE CONTEMPLA LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR, POR DAÑOS DE MUERTE Y LESIONES CORPORALES CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS IDENTICOS QUE PRESENTAN EL MISMO DEFECTO. 3.2.- DEFENSA DEL PROVEEDOR BASADA EN UNA CLAUSULA DE EXONERACION O LIMITACION DE RESPONSABILIDAD, CELEBRADA CON OTRO DE LOS SUJETOS RESPONSABLES SEGUN ESTA LEGISLACIÓN ESPECIAL. 3.2.1.- INEFICACIA DE LAS CLAUSULAS DE EXONERACION DE RESPONSABILIDAD O DE LIMITACION DE RESPONSABILIDAD FRENTE AL PERJUDICADO. 3.2.2.- EFICACIA DE LAS CLAUSULAS DE EXONERACION O LIMITACION DE RESPONSABILIDAD CELEBRADA ENTRE EL PROVEEDOR CON OTRO DE LOS SUJETOS RESPONSABLES SEGUN ESTA LEGISLACIÓN ESPECIAL. 3.2.3.- ALCANCE DE LAS EXPRESIONES "*CLAUSULAS DE EXONERACION O DE LIMITACION DE LA RESPONSABILIDAD*" A QUE ALUDEN LOS ARTICULOS 12 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 130 DEL TR. 4.- DEFENSAS DEL PROVEEDOR QUE NO ESTAN CONSIGNADAS A TEXTO EXPRESO EN LA DIRECTIVA 85/374 NI EN EL TR, PERO QUE SON POSIBLES DE DEDUCIR DE DICHS CUERPOS NORMATIVOS O DEL SISTEMA JURIDICO. 4.1.- LA FUERZA MAYOR O EL CASO FORTUITO COMO CAUSALES DE EXENCION DE RESPONSABILIDAD NO CONSAGRADAS EN LA DIRECTIVA 85/374 NI EN EL TR. 4.2.- DEFENSA DEL PRODUCTOR APARENTE, CONSISTENTE EN QUE EL NO HA PUESTO SU SIGNO, MARCA, LOGO O SELLO EN EL PRODUCTO, EN SU ENVOLTORIO O ENVASE. 4.3.- DEFENSA DEL PROVEEDOR CONSISTENTE EN IMPUGNAR EL CARACTER DEFECTUOSO DEL PRODUCTO QUE HA CAUSADO EL DAÑO.

1.- ¿Puede el proveedor invocar en su beneficio, en caso de ser llevado a juicio por el perjudicado, las causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad que ésta legislación especial contempla en favor del productor y de los sujetos asimilados a él?

1.1.- La existencia de estas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad, es reflejo de que esta legislación especial consagra un sistema objetivo matizado de responsabilidad.

Como sabemos, el régimen de responsabilidad objetiva que impone la Directiva 85/374 y el TR, está matizado por la configuración de ciertas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad del productor¹⁸⁰⁴, las que también aprovechan a los sujetos responsables equiparados a él. Lo confirma el veredicto de GUTIERREZ SANTIAGO, para quien la existencia de "*...un elenco de circunstancias que permiten al fabricante exonerarse de responsabilidad atenúa en alguna medida el carácter objetivo de la misma y conduce a configurarla –en términos de la propia Exposición de Motivos de la Ley- como una responsabilidad objetiva <<no absoluta>>: una responsabilidad objetiva <<matizada>>, <<relativa>> o <<atenuada>>, como ha sido calificada en la doctrina, o una responsabilidad <<cuasi objetiva>>, como habitualmente la denominan nuestros tribunales...*".¹⁸⁰⁵

Ahora bien, en lo que nos interesa, la pregunta relevante es si el proveedor, que no es estrictamente un sujeto equiparado o asimilado al productor en esta legislación especial, sino un responsable subsidiario y por excepción, puede prevalerse de las causales de exclusión, exoneración y atenuación de responsabilidad previstas para el productor. Es importante preguntarse por ello, pues las respuestas que podamos hallar, nos ofrecerán una guía orientadora para el análisis de cada una de las causales en comento. En una primera aproximación a estas respuestas que queremos encontrar, debiéramos concluir que una premisa rectora de todo este estudio, es que el proveedor sólo tiene responsabilidad en los casos en que un productor la tenga. Es decir, si por el motivo que fuere, el productor del producto defectuoso no debiera ser responsable según esta legislación especial, forzoso es concluir que el proveedor no puede tener ningún tipo de responsabilidad al alero de esta disciplina por daños causados por productos defectuosos, ya que su figuración en esta legislación especial como sujeto pasivo, es a falta de identificación del productor, según hemos analizado con antelación.¹⁸⁰⁶ A lo mejor

¹⁸⁰⁴ Vid. *supra* apartado 1.1.- La existencia de estas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad, es reflejo de que esta legislación especial consagra un sistema objetivo matizado de responsabilidad / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹⁸⁰⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 392 y 393; "*Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)*", Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 32, 2008, págs. 147 y ss.

¹⁸⁰⁶ Vid. *supra* apartado 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales

tiene responsabilidad de acuerdo al Derecho común o a alguna otra legislación sectorial, más no bajo las disposiciones de la Directiva 85/374 y del TR, pues su responsabilidad es siempre subsidiaria a la responsabilidad principal y directa del productor. Una segunda reflexión que podemos instalar como premisa rectora de esta investigación, es que si el proveedor responde en subsidio del productor, debe estar titulado para invocar en su favor cualquier excepción, justificación o circunstancia que exculpe, libere o morigere la responsabilidad del productor, sin restricciones, ya que su designación como responsable únicamente obedece al hecho que no ha identificado dentro del plazo de 3 meses con que cuenta al productor del producto defectuoso que causó el daño, o a su importador Comunitario o a quien le suministró a él el producto defectuoso, en circunstancias que él no lo fabricó ni lo puso en circulación, por lo que debe concluirse que puesto en la posición del productor por esta legislación especial, debe contar con el derecho a impetrar en su defensa cualquier beneficio o circunstancia que favoreciera al productor. Una tercera premisa esencial que podemos acopiar para este estudio, es que no puede perderse de vista que pueden existir situaciones especiales, donde los hechos o circunstancias concurrentes pueden alterar las 2 premisas rectoras anteriores, que en ciertos casos pueden ser muy evidentes y en otros estar sumamente disimuladas, lo que podría hacer difícil su identificación, lo que se hará más tangible a la hora de estudiar en detalle, las causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad que no están recogidas a texto expreso en esta legislación especial, según veremos más adelante.¹⁸⁰⁷

1.2.- En principio, se trata de causales taxativas de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad.

Las disposiciones de los artículos 7 y 8.2 de la Directiva 85/374 y 140 y 145 del TR¹⁸⁰⁸ expresan que las causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de

contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

¹⁸⁰⁷ Vid. *infra* apartado 4.- Defensas del proveedor que no están consignadas a texto expreso en la Directiva 85/374 ni en el TR, pero que son posibles de deducir de dichos cuerpos normativos o del Sistema Jurídico / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹⁸⁰⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 7. *"En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto."*; Artículo 8.2. *"La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable."* / TR, artículo 140. *"Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o*

responsabilidad son taxativas y no meros ejemplos, tanto respecto del productor, como de los demás sujetos asimilados a él, incluido el proveedor. Así lo ha dicho el TS, quien en su sentencia de 19 de abril de 2000¹⁸⁰⁹, expone que las causales de exoneración de responsabilidad del productor y de los sujetos asimilados a él, son taxativas, ratificando lo dicho en el Preámbulo de la Directiva 85/374, que señala que: *"...el criterio de la responsabilidad objetiva del productor es el que permite resolver el problema del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna..., ...es el que inspira el articulado..., ...no admitiendo más que supuestos tasados de exención de responsabilidad."*

Sin embargo, nos parece importante dejar enunciado, desde ya, que existen otras causales de exención de responsabilidad que no están mencionadas a texto expreso en los referidos preceptos de los artículos 7 y 8.2 de la Directiva 85/374 y 140 y 145 del TR, pese a que la doctrina y la jurisprudencia están contentes en que resultan aplicables en esta legislación especial.¹⁸¹⁰

1.3.- Necesidad de distinguir, casuísticamente, diversas situaciones que pueden verificarse, a fin de dilucidar si realmente aprovechan al proveedor, siempre y en todo caso, estas causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad.

La duda es si el proveedor, que es un sujeto responsable por excepción y subsidiario en esta compilación especial, puede aprovechar en su beneficio, en caso de ser demandado como responsable de los daños causados por un producto defectuoso y supuesto que se hayan verificado todas las condiciones que lo hacen admisible, las causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad propias del productor (y de los sujetos asimilados a él), que es un responsable directo y principal.

cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)."; artículo 145. "Culpa del perjudicado. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente."

¹⁸⁰⁹ Vid. STS, de 19 de abril de 2000, RJA 2000/2979.

¹⁸¹⁰ Vid. *infra* apartado 4.- Defensas del proveedor que no están consignadas a texto expreso en la Directiva 85/374 ni en el TR, pero que son posibles de deducir de dichos cuerpos normativos o del Sistema Jurídico / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN, DE EXENCIÓN Y DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

Por lo pronto, el artículo 3.3 de la Directiva 85/374¹⁸¹¹, al definir la responsabilidad del proveedor, expresa que él será considerado como productor del producto defectuoso. Lo mismo hace el artículo 138.2 del TR¹⁸¹², al decir que si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor. Y si ello es así, fuerza es concluir que, en tales casos, el proveedor responderá objetivamente por los daños causados por el producto defectuoso de que se trate, pues es considerado el productor del producto defectuoso para estos efectos. Ante tal situación, entendemos que queda perfectamente justificado que el proveedor pueda invocar en su favor, todas las causales de exclusión, de exoneración y de atenuación de responsabilidad que favorecen al productor. La doctrina opina mayoritariamente que ello es posible, agregando que debe entenderse que tales causales en realidad son aplicables a todo sujeto responsable según esta legislación especial, incluido el proveedor.¹⁸¹³ Según CILLERO DE CABO, esa es "*...la decisión más coherente.*"¹⁸¹⁴ A su turno, RODRIGUEZ CARRION señala que en caso de quedar en posición de responsable, el proveedor puede "*...oponer las mismas excepciones que correspondan al fabricante o importador...*".¹⁸¹⁵ Desde luego, nos estamos refiriendo al proveedor de buena fe, puesto que de haberse suministrado el producto defectuoso a sabiendas de la existencia del defecto, la situación es distinta, ya que se trataría de un proveedor doloso, situación prevista en el artículo 146 del TR¹⁸¹⁶, cuya actuación es no sólo censurable y resarcible en sede civil, sino muy probablemente castigable en sede penal, excediendo con mucho el ámbito propio de esa legislación especial.¹⁸¹⁷ Lo mismo sucedería si el proveedor actuara negligentemente, a nuestro entender.

De modo que todo lo que digamos al estudiar estas causales de eliminación o reducción de responsabilidad del proveedor, es aplicable al productor y a los sujetos asimilados a él. Con todo, debe advertirse que es posible un matiz, pues,

¹⁸¹¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. "*Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable...*".

¹⁸¹² Vid. TR, artículo 138.2. "*Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto...*".

¹⁸¹³ Vid. ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 121; LOIS CABALLE, A. I., "*La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*", Tecnos, Madrid, 1996, págs. 226 y 227.

¹⁸¹⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 155.

¹⁸¹⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 132.

¹⁸¹⁶ Vid. *infra* apartado 3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

¹⁸¹⁷ Como en este caso hablamos de un proveedor doloso, es obvio que su responsabilidad no es objetiva, si no por culpa, caso en el cual, el peso de la prueba es del perjudicado, quien tendrá que probar que el responsable conocía el defecto del producto y que pese a ello, dolosamente lo puso en circulación. Por ello, le podría resultar más fácil desentenderse del hecho de la distribución dolosa del productor y amparándose en su defecto, accionar contra el proveedor en base a la regulación del artículo 139 del TR, donde sólo debe probar la tríada: daño, defecto y relación causal entre ambos.

puede darse el caso en que una causal de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad del productor, en verdad no sea pertinente respecto del proveedor, atendida la naturaleza de la causal o de las especiales circunstancias de los hechos que la constituyan. Intentaremos identificar estos casos y explicar porque nos parece que pudieran no estar disponibles para el proveedor.

1.4.- ¿Quién debe probar la concurrencia de estas causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad?

En materia de carga de la prueba u *onus probandi*, quien alegue la concurrencia de una de estas causales de exclusión, de exoneración o de atenuación de responsabilidad, sea el productor o el proveedor o cualquiera de los otros sujetos responsables según esta nomenclatura especial, deberá probar los hechos que la constituyen.

De hecho, no existe ninguna presunción a favor del perjudicado, ni casos de inversión de la carga de la prueba en su favor. Aunque claro está, ello no impide que los tribunales de justicia igualmente puedan acudir a tales herramientas, en base a interpretaciones extensivas o elucubraciones favorecedoras del perjudicado, como ocurrió con la aplicación vasta del artículo 1902 del CC por parte del TS, antes de la dictación de la LPD, aunque debiera esperarse que la naturaleza objetiva de este régimen de responsabilidad especial atempere tal proceder.¹⁸¹⁸

1.5.- Precisión terminológica entre causales de exclusión de responsabilidad y causales de exoneración de responsabilidad.

LARROUMET¹⁸¹⁹ advierte sobre una precisión terminológica que debe hacerse entre causales de exclusión de responsabilidad y causales de exoneración de responsabilidad. Las primeras se refieren a situaciones en que el legislador Comunitario -técnicamente-, considera que no hay responsabilidad del productor, pues el defecto no le es imputable a él. Se trata de los casos previstos en el artículo 7 letras a), b), c), d) y e) de la Directiva 85/374, que se reiteran en el artículo 140.1 letras a), b), c), d) y e) del TR.¹⁸²⁰

¹⁸¹⁸ Vid. *supra* apartado 5.- Situación anterior a la dictación de la Directiva 85/374 / Capítulo II LA DICTACION DE LA DIRECTIVA 85/374 / PARTE II.

¹⁸¹⁹ Vid. LARROUMET, C., "Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 96.

¹⁸²⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 7. "En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto;...". / TR, artículo 140. "Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto. b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con

Por su parte, las causales de exoneración de responsabilidad, apuntan a situaciones en que falta la relación de causalidad entre el daño sufrido por el perjudicado y el defecto del producto. Es decir, situaciones en que no existe, se ha roto o se ha interrumpido el nexo causal o, si se quiere, casos en que el perjudicado no puede acreditar la existencia de este nexo causal. Sobre estos particulares, LARROUMET explica que en el Derecho común "...existen tres causales de exoneración: la fuerza mayor, la intervención o la culpa de un tercero y la intervención o la culpa de la víctima..."¹⁸²¹, aunque la Directiva 85/374 sólo recoge la causal de intervención o culpa del propio perjudicado en la producción del daño (o de una persona por la cual éste debe responder), conjuntamente con el defecto del producto, en su artículo 8.2¹⁸²², repetido en iguales términos por el artículo 145 del TR.¹⁸²³ Más, ninguno de estos preceptos se refiere a texto expreso a la fuerza mayor y al caso fortuito, aunque, como veremos, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que igualmente tienen cabida, con los matices que se dirán en el apartado respectivo más adelante.¹⁸²⁴

En la visión de INGLES, si bien estas causales suelen denominarse como de exoneración de responsabilidad, ocurre que también podrían estimarse como causales de no imputación de responsabilidad, porque el productor que se vale de ellas no pretende decir que el daño por un producto defectuoso no se ha producido, sino, por el contrario, sin negar tal hecho, lo que pretende es no ser declarado responsable, pues, no le es imputable jurídicamente tal daño, al verificarse ciertas condiciones específicas, fijadas por el Derecho.¹⁸²⁵

Con todo y más allá de estas precisiones, para efectos de su estudio, aclaramos que nos hemos referido a ellas indistintamente como causales de exclusión, de exoneración, de exención o de liberación de responsabilidad.

finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes. e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto."

¹⁸²¹ Vid. LARROUMET, C., "Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 96.

¹⁸²² Vid. Directiva 85/374, artículo 8.2. "La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable."

¹⁸²³ Vid. TR, artículo 145. "Culpa del perjudicado. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente."

¹⁸²⁴ Vid. *infra* apartado 4.1.- La fuerza mayor o el caso fortuito como causales de exención de responsabilidad no consagradas en la Directiva 85/374 ni en el TR / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹⁸²⁵ Vid. INGLES BUCETA, J. L., "Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo art. 141, 1° de la LRJAP-PAC", en DN, n° 109, octubre, 1999, pág. 16.

2.- Estudio de las causales de exclusión y de atenuación de responsabilidad, que puede invocar el productor según esta legislación especial y definición de si son ellas aprovechables por el proveedor.

La Directiva 85/374 consagra una serie de causales de exclusión de responsabilidad del productor en su artículo 7, que el proveedor puede invocar en su favor. Las que son reiteradas, en términos más o menos similares, por el artículo 140 del TR¹⁸²⁶, introduciendo, en todo caso, algunas novedades en relación al texto Comunitario, que comentaremos al analizar la causal específica de que se trate.

Para efectos de su estudio, las hemos condensado, tomando los elementos esenciales que cada uno de estos preceptos emplea al enunciar y desarrollar cada una de estas causales de exención de responsabilidad.

2.1.- Primera causal: que no había puesto en circulación el producto defectuoso.

Una causal de exclusión de responsabilidad que puede invocar el productor en su favor, consiste en que él no ha puesto en circulación el producto defectuoso, conforme leen los artículos 7.a) de la Directiva 85/374 y 140.1.a) del TR.¹⁸²⁷ RODRIGUEZ LLAMAS opina que esta causal de exoneración puede ser invocada por todos los sujetos equiparados al productor por esta legislación especial, incluido el proveedor.¹⁸²⁸ Nosotros pensamos que en principio el proveedor también puede valerse de ella, aunque pueden darse casos en que ello no resulte posible, según intentaremos explicar enseguida.

Esta causal de exclusión de responsabilidad se sustenta, según RODRIGUEZ LLAMAS, en una presunción implícita, de carácter simplemente legal, en cuya virtud *"...se presume que el fabricante o el importador han puesto en circulación el producto defectuoso que ha originado el daño, de manera que, si prueban que ello no es así se eximen de responsabilidad."*¹⁸²⁹ Lo que permite concluir que la justificación de imponer tal responsabilidad al productor, es que la puesta en circulación de un producto defectuoso es una acción voluntaria de su parte, hecho a partir del cual se le puede atribuir la responsabilidad que sanciona esta legislación especial.¹⁸³⁰

¹⁸²⁶ Vid. BARRON DE BENITO, J. L., "Responsabilidad de productos: sujetos responsables y causas de exoneración", en RDSP, enero- febrero, 1995; CAVANILLAS MUGICA, S., "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995.

¹⁸²⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.a). "que no puso el producto en circulación;...". / TR, artículo 140.1.a). "Que no había puesto en circulación el producto."

¹⁸²⁸ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 109.

¹⁸²⁹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 108.

¹⁸³⁰ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La adaptación del Derecho Español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en EC, n° 12, 1988, pág. 98.; CAVANILLAS MUGICA, S., "Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/94, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 42; MARKOVITS, Y., "La Directive CEE du 25 juillet 1985 sur la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux",

Pero si se profundiza el análisis, aparecen una serie de dudas y ya no resulta tan claro que en caso de ser emplazado en juicio por el perjudicado, el proveedor pueda liberarse de responsabilidad gracias a esta causal de exclusión. Para comprender estas vacilaciones que enunciamos, empecemos por entender en qué está basada esta causal de exención de responsabilidad. Según el TJCE, ella reside *"...en que una persona distinta del productor haya hecho salir el producto del proceso de fabricación..."*¹⁸³¹, introduciéndolo en el mercado. CILLERO DE CABO, con mayor rigor, precisa que esta causal gravita en torno a la prueba del productor consistente en *"...que él no <<puso en circulación>> el producto, y no que no fue él quien lo <<fabricó>>..."*¹⁸³², agregando el requisito de que el productor que pretende valerse de esta causal, no sólo no lo haya puesto en circulación, sino que, además, tampoco lo haya fabricado, lo que a nuestro entender es una exageración de esta autora, pues el tenor literal de los artículos 7.a) de la Directiva 85/374 y 140.1.a) del TR¹⁸³³ es clarísimo: basta que no haya puesto en circulación el producto defectuoso en cuestión, para poder exonerarse de responsabilidad.

Ahora bien, como sabemos, el concepto de puesta en circulación no se encuentra definido en esta legislación especial¹⁸³⁴, pero la doctrina está conteste en que el elemento esencial de la puesta en circulación es la voluntariedad con que se pone o introduce el producto en el mercado y siempre en el contexto de una actividad empresarial. Esta causal de exoneración se construye, como dice VELA, sobre la base de que el producto ha ingresado al mercado *"...sin conciencia del productor..."*¹⁸³⁵, es decir, en forma involuntaria y no implica una comercialización normal del producto. Por ende, no puede haber responsabilidad del productor en los casos en que no ha finalizado el proceso productivo, como ocurre cuando se entrega el producto a otro componente de la cadena de producción; o se envía como una muestra para ensayos; o no ha habido verdadera comercialización, como acontece cuando el producto sólo es expuesto, o está en etapa de mero transporte, o se trata de un desecho o de un residuo, o el producto fue robado, etcétera. Por

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris,1990, pág. 214; FAGNART, J. L., *"La responsabilité du fait des produits a l'approche du grand marché"*, Le Droit des Affaires-Het Ondernemings-Recht, núm. 17, 1990, pág. 28.

¹⁸³¹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 396.

¹⁸³² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 133.

¹⁸³³ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.a). *"En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación;..."* / TR, artículo 140.1.a). *"Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto."*

¹⁸³⁴ Vid. *supra* apartado 6.- La puesta en circulación de un producto y su importancia en la Directiva 85/374 y en el TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁸³⁵ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 78.

otra parte, un mismo producto puede ser objeto de varias puestas en circulación. Verbigracia, una por el productor, otra por el distribuidor mayorista y una última por el proveedor. En general, casi toda la doctrina está de acuerdo en que la única puesta en circulación relevante es la realizada por el productor, como dice BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO.¹⁸³⁶ Otras puestas en circulación que pudieran tener lugar, como las que efectúe un distribuidor mayorista o el proveedor son secundarias, pues en realidad el producto ya ha ingresado al mercado. De modo que el proveedor es uno de los responsables en esta legislación especial, que puede poner el producto en circulación, aunque su puesta en circulación sea secundaria o no principal.

Entonces, una primera hipótesis que podemos hilvanar, es que el proveedor no puede pretender liberarse de su responsabilidad subsidiaria, alegando que él no puso el producto en circulación, pues la causal apunta a que es el productor demandado quien prueba que él no puso el producto en circulación para eximirse de responsabilidad. Razonemos acerca de esta afirmación: es un hecho indiscutible que el proveedor, a lo sumo, efectúa una puesta en circulación secundaria o posterior a la que ya realizó el productor. Es palmario también, que los hechos que configuran esta causal de exclusión de responsabilidad del productor, nunca podrán encuadrar ni con el rol ni con la conducta del proveedor, ya que él no toma la decisión de poner el producto en el mercado, pues, por su posición en la cadena de valor del producto, es ostensible que el proveedor distribuye y suministra productos previamente puestos en circulación por otros agentes económicos, que están aguas arriba en esa cadena de valor. A mayor abundamiento, si reparamos en la arquitectura de este sistema especial de responsabilidad, es notorio que el proveedor no responde como el productor, esto es, en forma directa y a título principal, si no en forma subsidiaria y a falta de identificación del productor. Esto es, no responde el proveedor por haber fabricado el producto defectuoso ni por haberlo introducido en el mercado, generando el riesgo de daño para el consumidor o usuario de este producto, sino que por no haber identificado al productor dentro del plazo que se le confiere para ello.¹⁸³⁷ Como afirma CILLERO DE CABO, *"...la puesta en circulación es la actividad generadora del riesgo por cuya creación responde el fabricante en tanto que titular de dicha actividad. En consecuencia, no puede decirse que el suministrador final también ponga los productos en circulación. Si así fuera, debería responder como el fabricante, esto es, a título principal, puesto que incurriría en el criterio que determina la atribución de la*

¹⁸³⁶ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en EC, n° 12, 1987, pág. 116.

¹⁸³⁷ Vid. *supra* apartado 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

obligación de indemnizar..."¹⁸³⁸, lo que no ocurre así, precisamente porque no ha podido poner el producto en circulación. Por ende, permitirle al proveedor eximirse de responsabilidad alegando que él no ha puesto el producto defectuoso en circulación, sería, ni más ni menos, que aceptarle ir en contra de las razones y motivaciones consideradas por esta legislación para hacerlo un responsable por excepción. Por ello, entendemos que no debiera aceptársele invocar esta causal de exoneración de responsabilidad en su favor.

Con todo, extremando el análisis, puede encontrarse un caso en el que creemos que, al menos teóricamente, podría el proveedor alegar esta causal de exención de responsabilidad. Las puertas a esta posibilidad las abre la STJCE, de 9 de febrero de 2006¹⁸³⁹, en la causa *Declan O'Byrne con Sanofi Pauster S.A. y Otro*, asunto C-127/04, que se refiere a la aplicación de esta causal a propósito de su invocación por el laboratorio farmacéutico *Sanofi Pauster S.A.*, que alegó que el producto en cuestión -una vacuna *anti-haemophilus* supuestamente defectuosa-, se puso en circulación cuando lo remitió a su filial inglesa y no cuando esa filial inglesa lo entregó al hospital británico que suministró la vacuna al menor *O'Byrne*. El TJCE, al resolver este caso, vuelve a recurrir a la doctrina asentada en el fallo *Veedfald*¹⁸⁴⁰, reafirmando en su FD 24º, que para este Tribunal, "*...la exoneración de la responsabilidad por no haber puesto en circulación el producto comprende, en primer lugar, los casos en que una persona distinta del productor haya hecho salir el producto del proceso de fabricación...*"; agregando su FD 27º que debe entenderse que el producto es puesto en circulación "*...cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido...*". Luego, en lo que interesaba a la discusión central de este litigio, concluye que en principio es indiferente si el producto se vende del productor al consumidor o por un intermediario o distribuidor, en el contexto de un proceso de distribución, a menos que ese distribuidor en realidad estuviere "*...implicado en el proceso de fabricación del producto...*"¹⁸⁴¹, como podría ocurrir en el caso en que el distribuidor sea una filial cuyo rol no correspondiere sólo a distribuir el producto, ya que despliega alguna actividad productiva, circunstancias que deberá ponderar en cada caso el órgano jurisdiccional llamado a resolver la cuestión controvertida, pues podría ocurrir que los vínculos entre matriz y filial sean tan cercanos o estrechos que, en el caso concreto, el concepto normativo de productor abarque al de distribuidor, evento en el cual, no podría estimarse que ha habido puesta en circulación por el

¹⁸³⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 160.

¹⁸³⁹ Vid. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Resúmenes). RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2006, «DECLAN O'BYRNE», ASUNTO C-127/04 (23), en EC, n° 77, 2006, pág. 176.

¹⁸⁴⁰ De fecha 10 de mayo de 2001, asunto C-203/99, Gaceta Jurídica de la UE, n° 215, 2001, págs. 105 a 117.

¹⁸⁴¹ Vid. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Resúmenes). RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS, SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2006, «DECLAN O'BYRNE», ASUNTO C-127/04 (23), en EC, n° 77, 2006, pág. 179.

simple tránsito del producto entre esa matriz y esa filial. Y en este punto es que, concretamente, se abre la hipótesis de que esa filial sea un proveedor que en realidad está comprendido dentro de la definición normativa de productor, conforme las circunstancias fácticas del caso. Y en cuanto tal, entendemos que debiera permitírsele a este proveedor alegar esta causal en su favor.

Por otra parte, una segunda hipótesis que podemos extraer del examen de esta causal, apunta al caso en que el proveedor señale en su defensa, una vez emplazado a juicio por el perjudicado, que el productor que le suministró a él el producto, no lo puso en circulación. No encontramos ninguna norma que le impida argüir esta causal en su defensa, aunque si lo pensamos con detención, se detectan una serie de contradicciones. Por lo pronto, se puede pensar que si el proveedor esgrime esta causal, es porque en realidad sabía quién era el productor del producto defectuoso y nunca reveló su identidad dentro del plazo de 3 meses con que cuenta para ello. Con ello, hizo que el perjudicado dirigiera su acción indemnizatoria únicamente en contra de él y dejara libre al productor. A lo mejor es una muy hábil, aunque cuestionable estratagema, para exponer al juicio indemnizatorio sólo al proveedor y no al productor, quien probablemente tiene más patrimonio que el primero. Nótese que ya hay un juicio en curso, y que la excepción ahora devela quien es el productor, quien nunca fue emplazado, por lo que deberá esperarse el resultado de ese juicio para saber si tal excepción es acogida o no, consumándose seguramente los plazos de prescripción de las acciones indemnizatorias respectivas en contra de ese productor. Si finalmente la excepción es desechada, pues no la pudo probar o se acredita que en realidad ese mismo productor puso el producto en circulación, el proveedor deberá responder, aunque logró proteger al productor responsable. Y, si por el contrario, la excepción es acogida, el proveedor y el productor saldrán incólumes de esta acción judicial y el perjudicado no tendrá un patrimonio donde cobrar sus perjuicios, pues el verdadero responsable en este entramado de excepciones ha quedado oculto y con el plazo extintivo o de caducidad transcurriendo en su favor y ya consumado o por consumarse.

Una tercera hipótesis surge de una situación parecida a la anterior, en que emplazado a juicio el proveedor por el perjudicado, ejerza esta excepción liberatoria de responsabilidad, porque en realidad ha logrado conocer al productor del producto defectuoso después de vencido el plazo de 3 meses de que disponía. En este caso que planteamos, el proveedor está de absoluta buena fe, e intenta enderezar su defensa por la vía de esta excepción, lo que en términos teóricos nos parece absolutamente plausible, aunque la opinión mayoritaria de la doctrina es que ya no podría liberarse de responsabilidad, pues ya se han verificado los requisitos y condiciones que hacen procedente su responsabilidad, como si fuera el productor, por lo que de ser condenado en carácter de tal, sólo le quedará la opción

de intentar repetir contra el productor, el verdadero responsable del daño que se le ha ordenado indemnizar por una sentencia judicial de término.

Por último, vale la pena destacar una cuarta hipótesis, en que si bien el productor puede alegar esta excepción de responsabilidad, queda la duda si puede hacerlo el proveedor. No referimos al caso en que el producto defectuoso cause daño a los trabajadores del empresario -productor-, estando el producto defectuoso en los recintos de la empresa o bajo su esfera de control, pues técnicamente no ha sido puesto en circulación. Obviamente, también serán de aplicación todas las normas laborales, de accidentes del trabajo y penales que correspondan. Respecto del proveedor, entendemos que en este evento, conforme las circunstancias en que se verifica el daño, el proveedor no está en condiciones ni requiere invocarla, pues todos los perjudicados saben perfectamente quien es el productor del producto defectuoso que los dañó, el que además no ha circulado, por lo que el resarcimiento a que pudiere haber lugar, en todo caso, debiera ajustarse en conformidad al Derecho común, al no ser aplicable esta legislación especial.

2.2.- Segunda causal: que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que se puso en circulación el producto o que este defecto apareciera más tarde.

Esta causal, consagrada en los artículos 7.b) de la Directiva 85/374 y 140.1.b) del TR¹⁸⁴², está concebida en favor del productor y consiste en que dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto. Nótese que no hablamos del caso en que el defecto si existía al momento de la puesta en circulación del producto, pero no fue percibido, caso en el cual, sigue siendo responsable el productor, pues simplemente el producto no satisfacía las legítimas expectativas de seguridad que de él cabía esperar. Se trata de un defecto sobrevenido, que aparece después de la puesta en circulación del producto por parte de su productor.

Esta causal de exoneración se justifica, al decir de RODRIGUEZ LLAMAS, porque el riesgo por el que responde el productor *"...no es un riesgo entendido en sentido amplio, derivado del ejercicio de su actividad de fabricación en abstracto..."*¹⁸⁴³, sino que, por el contrario, responde precisamente del riesgo consistente en la fabricación de un producto defectuoso. Y es que conforme la estructura y basamentos de esta legislación especial, el productor sólo debiera responder de aquellos defectos que tengan su origen en el proceso de producción y, en ningún

¹⁸⁴² Vid. Directiva 85/374, artículo 7.b). *"o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;..."*. / TR, artículo 140.1.b). *"Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto."*

¹⁸⁴³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 115.

caso, de los que puedan surgir después de que el producto haya sido puesta en circulación, esto es, una vez que el producto salió de su esfera de control y ha quedado en situación de ser consumido o usado por cualquiera. O sea, el productor debe probar que el defecto no es imputable a su esfera empresarial, esto es, a su proceso de fabricación, "...lo que puede hacer mediante la prueba positiva de que apareció con posterioridad o con la negativa de que no pudo hacerlo en su fábrica..." al decir de ALCOVER¹⁸⁴⁴, incluido el evento de que pueda probar que el defecto es imputable a un tercero por el cual él no deba responder. Por ende, si el daño no procede exactamente de esa fuente de riesgo, no corresponde que responda el productor. Ello tiene lógica, pues se trataría de un defecto que no es originario, pues aparece después de que el producto ha sido puesto en circulación y, debe entenderse, sin que le haya sido posible conocer al productor que ello ocurriría. Vale decir, el defecto "...ha sobrevenido por circunstancias verificadas mientras el producto, ya puesto en circulación, se encontraba en cualquier fase de la cadena distributiva del mismo."¹⁸⁴⁵ Por ende, si al entrar al mercado el producto no portaba ningún defecto y éste aparece posteriormente, durante su etapa de distribución o comercialización, obviamente el productor no puede tener responsabilidad confirma VELA.¹⁸⁴⁶ Lo más probable es que el producto haya salido en perfecto estado y sin defectos de la esfera de control del productor y luego se haya convertido en defectuoso, por una acción u omisión del distribuidor o del proveedor, sobre todo si se trata de un producto que requiera condiciones específicas para su conservación que, de no ser cumplidas, lo transforman en defectuoso. Así, un producto lácteo que no se distribuye en cámaras frigoríficas puede convertirse en defectuoso. Ese defecto será imputable al agente económico que haya infringido las expectativas normativas de seguridad, en este caso, el distribuidor, quien ha configurado mal su esfera de control, porque, por ejemplo, se rompió la cadena de frío del producto lácteo, en un periodo en que el producto estaba bajo su cuidado. Así lo ha sancionado la jurisprudencia norteamericana, que exime al productor de responsabilidad, si el producto fue alterado por la propia víctima o por un tercero, según se falló en el asunto *López vs. Precision Papers, Inc.*¹⁸⁴⁷

De modo que, como dice BERCOVIT RODRIGUEZ-CANO, para valerse de ella, el productor deberá probar que el defecto no existía al momento de introducir el producto en el mercado¹⁸⁴⁸, pues, como dijimos, la clave de esta causal de exención

¹⁸⁴⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 130.

¹⁸⁴⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 116.

¹⁸⁴⁶ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004, pág. 101.

¹⁸⁴⁷ Vid. *López vs. Precision Papers, Inc.*, 107 A.D.2d 667, 484 N.Y.S.2d 585 (1985).

¹⁸⁴⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 124.

de responsabilidad es que el producto no era defectuoso al momento de su puesta en circulación por el productor, pero llega defectuoso a manos del consumidor final, lo que sólo puede obedecer a que alguno de los intervinientes en la cadena de comercialización, aguas abajo del productor, lo ha mal conservado, manipulado o intervenido de alguna forma tal, que lo ha convertido en defectuoso. Suelen citarse como ejemplos de esta posibilidad, los siguientes casos: (i) el transportista, el almacenista o el propio proveedor que, ignorando las instrucciones dadas por el productor para la adecuada conservación y mantención del producto, despliegan una conducta inapropiada y provocan la aparición del defecto. A ello alude RODRIGUEZ CARRION, cuando afirma que el productor puede eximirse de responsabilidad, si prueba que el "*...defecto surgió por culpa del suministrador, al no existir el defecto cuando el fabricante puso el producto en circulación en el mercado, habiendo aparecido el mismo por circunstancias surgidas en una fase en la que el suministrador, por ejemplo, conservó deficientemente el producto...*"¹⁸⁴⁹; (ii) el embalador que, al realizar el embalaje del producto, lo convierte en defectuoso; (iii) el distribuidor que altera el producto de alguna forma, añadiéndole algún químico; o trastorna su funcionamiento; o modifica sus mecanismos de seguridad; (iv) etcétera. Ahora bien, en todos estos casos, el verdadero responsable deberá ser perseguido al amparo de las normas del Derecho común por el perjudicado, aunque no podemos dejar de mencionar que esta solución puede dejarlo expuesto a algún grado de indefensión, pues la persecución del responsable normalmente no será fácil y probablemente tenga los plazos de prescripción encima¹⁸⁵⁰ o ya vencidos y lo más aconsejable sea demandar a todos quienes puedan resultar responsables.

Entendemos que esta causal de exclusión de responsabilidad está disponible para el proveedor, quien la puede interponer en su favor si es llevado a juicio por el perjudicado. Sin embargo, a parte de la doctrina esta posibilidad le causa reticencia, bajo la idea de que se puede prestar a maniobras espurias por parte de un proveedor demandado, que consciente que el defecto lo ha causado él, intente prevalerse de esta causal a fin de que el perjudicado tenga que intentar una nueva demanda en su contra, pero fuera del ámbito del TR. Esto es, en el contexto de un régimen de responsabilidad por culpa, lo que es un cambio radical que desnaturaliza el fin protector de esta legislación especial. Esta idea, planteada por

¹⁸⁴⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 210.

¹⁸⁵⁰ Procesalmente hablando, el perjudicado podría haber demandado en un mismo juicio al productor y a varios otros presuntos responsables, a fin de no perjudicar sus acciones y su derecho a ser indemnizado. Sin embargo, esta opción procesal puede acarrearle consecuencias judiciales negativas, pues podría ser rechazada su demanda contra alguno de esos otros presuntos responsables y ser condenado en costas. En el otro extremo, si opta sólo por demandar al productor y éste prueba que el producto no era defectuoso en el momento de su puesta en circulación, la demanda será rechazada y las acciones contra el responsable real podría estar prescrita acorde el Derecho común, pues la primera demanda contra el productor no ha podido interrumpir ni suspender el curso del plazo de prescripción de las acciones contra el verdadero responsable, pues entre el productor y el verdadero responsable no hay solidaridad. Como se ve, no es un tema sencillo de dilucidar.

CILLERO DE CABO, apunta al hecho que el proveedor sólo debe responder en los casos en que de haber estado identificado el productor, éste debiera responder, lo que no acontecería en la hipótesis planteada, pues en caso alguno debiera responder el productor si el defecto no existía cuando él puso el producto en circulación. Entender otra cosa, significaría intentar aplicar este régimen de responsabilidad especial *"...a supuestos para los que el legislador no ha previsto su aplicación."*¹⁸⁵¹

Vale la pena destacar que esta causal de exoneración es improcedente si el defecto obedece a un problema de mala conservación del producto previo a su puesta en circulación, ya que dentro del concepto normativo de defecto¹⁸⁵² previsto en los artículos 6.1 de la Directiva 85/374 y 137.1 del TR¹⁸⁵³, también quedan considerados los defectos derivados de la mala conservación o almacenamiento del producto, una vez acabada su fabricación pero antes de ser puesto en circulación, esto es, bajo la esfera de control del productor. Tampoco se refiere esta causal de exoneración, a problemas de materiales inadecuados o de baja calidad, caso en el cual, como dice BIN, en verdad se trata un defecto originario, puesto que ya existía cuando el producto se puso en circulación.¹⁸⁵⁴ Asimismo, no se incluyen en esta causal, los eventos en que el defecto se manifiesta después de la puesta en circulación del producto, pero debido a un hecho que queda dentro de la esfera típica de la actividad del productor, como pudiera ser -nos dice RODRIGUEZ LLAMAS-, una actividad de reparación o revisión del producto, o un defecto de información sucesiva por parte del productor, caso en el cual, el proveedor es responsable bajo la égida de esta legislación especial, ya que el defecto, en suma, sigue coligado al riesgo típico que asume el productor con su actividad.¹⁸⁵⁵

Adicionalmente, se considera que no está incluida en esta causal de exoneración, la situación en que a causa de una conducta negligente del perjudicado, se gatilla un defecto larvario en el producto o se agrava un defecto ya existente, pues en tal caso, en realidad se produce la concurrencia conjunta en la producción del daño de un defecto del producto y de la propia culpa del perjudicado, lo que configura una

¹⁸⁵¹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 170.

¹⁸⁵² Vid. *supra* apartado 3.- El concepto de producto defectuoso / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

¹⁸⁵³ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.1. *"Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación."* / TR, artículo 137.1. *"Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación."*

¹⁸⁵⁴ Vid. BIN, M., *'L'esclusione della responsabilità'*, en *"Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia. vol. XIII"*, dirigido por Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1989, pág. 126.

¹⁸⁵⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 117.

causal de exención o atenuación de responsabilidad distinta¹⁸⁵⁶, regulada en los artículos 8.2 de la Directiva 85/374 y 145 del TR.¹⁸⁵⁷

Por último, puede resultar oportuno comentar que la no adopción por parte del proveedor de las medidas oportunas para evitar daños, una vez descubierto el defecto del producto, aunque a él no le sea atribuible el defecto, incluida la retirada del producto del mercado o su recuperación de manos de los consumidores, podría implicar su responsabilidad con arreglo al artículo 1902 del CC u otras normas atingentes, según veremos más adelante en este trabajo.¹⁸⁵⁸

2.3.- Tercera causal: que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica; ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.

Esta causal de exención de responsabilidad, recogida en los artículos 7.c) de la Directiva 85/374 y 140.1.c) del TR¹⁸⁵⁹, trasunta que para el legislador Comunitario no se considera responsable al agente económico que no elabora el producto para su venta o para alguna otra forma de distribución con finalidad económica, acudiendo a una formulación amplia que cobija la compraventa, la permutación, el arrendamiento o alquiler, la importación y, según RODRIGUEZ LLAMAS, a *"...cualquier fenómeno de utilización del bien que sea distinto de la distribución gratuita para fines asistenciales o por mera liberalidad..."*¹⁸⁶⁰ y siempre que no se haya fabricado o distribuido en el marco de una actividad empresarial o profesional. Esto es sintónico con la declarada pretensión de la Directiva 85/374,

¹⁸⁵⁶ Vid. *infra* apartado 2.8.- La culpa del perjudicado o la de un tercero en la causación del daño, como causales que pueden ser de exoneración o de limitación de responsabilidad, según las circunstancias / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

¹⁸⁵⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 8.2. *"La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable."* / TR, artículo 145. *"Culpa del perjudicado. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente."*

¹⁸⁵⁸ Vid. *infra* apartado 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores; apartado 6.2.2.- Normas sobre responsabilidad extracontractual del CC; apartado 6.2.5.- Las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radicadas en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TITULO II, DISPOSICIONES ESPECIFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPITULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

¹⁸⁵⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.c). *"o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;..."* / TR, artículo 140.1.c). *"Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial."*

¹⁸⁶⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 126.

de regular las actividades profesionales y económicas de los agentes de producción en sus Considerados 2º y 3º¹⁸⁶¹, en base a la tesis del riesgo creado o del riesgo de empresa, criterio inspirador de la norma Comunitaria.¹⁸⁶² En efecto, como sabemos, el eje principal de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, es la tesis del riesgo creado, por ende, esta nomenclatura encuentra su más específica justificación en la actividad empresarial o profesional del productor. Como consecuencia lógica de ello, los riesgos por los que debe responder el productor, son aquellos típicos de su actividad empresarial o profesional, ya que, como dice RODRIGUEZ LLAMAS, *"...en dicho ámbito, ejercita un interés propio, del que obtiene un lucro, y en ningún caso ello puede hacerse a costa de la lesión de derechos ajenos."*¹⁸⁶³

Por lo mismo y siendo consistentes, si los daños acontecen fuera de la esfera de riesgos impuesta normativamente al productor, no se le puede hacer responsable de ellos. Y esto es lo que acontece, precisamente, en esta causal de exoneración de responsabilidad, que discurre sobre el hecho de que el productor no ha puesto en circulación el producto defectuoso en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. De suerte que es coherente con lo dicho hasta aquí, que se excluyan de responsabilidad todos los supuestos en los que el productor ha fabricado el producto sin ánimo de lucro o con una finalidad diversa a la venta o distribución del producto.

Para los BERCOVITZ, esta causal de exoneración es posible de invocar por cualquiera de los sujetos responsables según esta legislación especial, bajo el entendido que si la puesta en circulación del producto defectuoso *"...no se corresponde con su actividad empresarial o profesional y no se produce dentro del marco de su actividad económica, también ellos deben quedar liberados de toda imputación de responsabilidad basada en la Directiva."*¹⁸⁶⁴ En consecuencia, nos dice CALVO, el productor privado que regala a amigos o conocidos su producción, no responde conforme a esta disciplina especial, aunque pudiera perseguirse su

¹⁸⁶¹ Vid. Directiva 85/374, Considerado 2º. *"Considerando que únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema, tan propio de una época de creciente tecnicismo como la muestra, del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna;..."*. / Considerando 3º. *"Considerando que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente; que, en consecuencia, procede excluir los productos agrícolas y de la caza de esta responsabilidad, excepto en el caso en que hayan pasado por una transformación de tipo industrial que pudiera causar un defecto en tales productos; que la responsabilidad que establece la presente Directiva debería aplicarse también a los bienes muebles que se utilicen en la construcción de inmuebles o se incorporen a bienes inmuebles;..."*.

¹⁸⁶² Vid. *supra* apartado 3.3.2.1.2.1.1.- El Riesgo Creado; apartado 3.3.5.- La tesis del Riesgo de Empresa, como expresión de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad por productos defectuosos; apartado 3.3.5.1.- Concepto y características de la tesis del Riesgo de Empresa; apartado 3.3.5.2.1.- Tesis del Riesgo Creado; apartado 3.3.5.3.- Estado actual de la tesis del Riesgo de Empresa / Capítulo IV EL CONSUMO DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR / PARTE I.

¹⁸⁶³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 125.

¹⁸⁶⁴ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 295.

responsabilidad por la vía que franquea el artículo 1902 del CC¹⁸⁶⁵, de haberse verificado algún daño atribuible a los productos que regaló o entregó.

Según ALCOVER, la principal cuestión interpretativa que plantea esta excepción de responsabilidad, es si deben concurrir de forma conjunta los 2 requisitos mencionados o si basta que se cumpla cualquiera de ellos.¹⁸⁶⁶ La opinión de la mayoría de la doctrina, es que deben concurrir ambos supuestos negativos para que ella sea procedente, lo que se devela por el uso de la expresión copulativa "ni" en el artículo 140.1.c) del TR¹⁸⁶⁷, que para RODRIGUEZ LLAMAS *"...evidencia el carácter cumulativo de ambos condicionamientos, de forma tal que incumbe la demostración de ambos presupuestos a quien pretenda valerse de esta prueba liberatoria."*¹⁸⁶⁸ A la misma conclusión se arriba del estudio del artículo 7.c) de la Directiva 85/374, que emplea una "y" para ligar ambos requisitos, lo que es sinónimo de conjunción.¹⁸⁶⁹

La conjugación de ambos requisitos puede suscitar diversas hipótesis, por ejemplo: (i) que se fabrique e introduzca en el mercado un producto defectuoso, pero como hecho aislado y extraño a la actividad habitual del artífice, con ánimo de lucro; (ii) que se fabrique e introduzca en el mercado un producto defectuoso, como hecho aislado y extraño a la actividad habitual del artífice y sin ánimo de lucro o sin contraprestación alguna a cambio; (iii) que se fabrique e introduzca en el mercado un producto defectuoso, realizado al margen de una actividad profesional del artífice, pero a título oneroso o percibiendo una contraprestación; (iv) que se fabrique e introduzca en el mercado un producto defectuoso, en el curso de una actividad profesional, pero sin una finalidad económica; (v) etcétera. Todas esas situaciones parecieran ser casos en que se puede alegar esta causal de exención de responsabilidad del productor, pero es indiscutible que pueden darse cientos de matices, en que la decisión judicial seguramente se inclinará por hacer responder al productor. Sin embargo, advierte RODRIGUEZ LLAMAS, que el riesgo en estos casos estriba en que el prurito ilimitado de amparar al perjudicado, llegue a desvirtuar *"...uno de los presupuestos que justifica el sistema de responsabilidad por riesgo..."*¹⁸⁷⁰, como es el que se trate de una actividad empresarial o profesional del productor, agente central del daño en este sistema especial de responsabilidad.

¹⁸⁶⁵ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 46.

¹⁸⁶⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 123.

¹⁸⁶⁷ Vid. TR, artículo 140.1.c). *"Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial."*

¹⁸⁶⁸ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 124.

¹⁸⁶⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.c) *"o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;..."*.

¹⁸⁷⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 126.

Quizás donde mejor se pueda detectar una zona gris en esta materia, es en el caso de la entrega gratuita de productos, sea por razones publicitarias, de marketing o de propaganda, tras las cuales, por cierto, se puede esconder una intención económica o comercial y no constituir casos de mera liberalidad. Evidentemente, las posibilidades de discusión y análisis son múltiples. Por ejemplo, para JIMENEZ LIEBANA no hay responsabilidad, si el producto es cedido gratuitamente, como acontece con las muestras gratuitas o las ventas promocionales.¹⁸⁷¹ En cambio, para REGLERO deben incluirse las muestras gratuitas y promociones bajo el ámbito de este régimen especial de responsabilidad, siempre que se distribuyan.¹⁸⁷² Por su parte, más puntillosa en su apreciación, RODRIGUEZ LLAMAS opina que tratándose de productos "...que se fabrican para ser regalados, si bien con una finalidad publicitaria, de captación de clientela, o incluso como reclamo para la venta de otros productos...", se esconde una clara finalidad económica y, por tanto, no podrá exonerarse de responsabilidad el fabricante..."¹⁸⁷³ invocando esta causal. Para FAGNART, ROYCE-LEWIS y HEWITT, aun en el caso en que el productor profesional realice una distribución gratuita, por motivos promocionales o publicitarios, debe responder.¹⁸⁷⁴ A la misma conclusión debe arribarse, si se constata que el producto se regala como parte de una estrategia de apertura o penetración de mercado, pues subyace en esa aparente actividad gratuita de mercadeo, una evidente finalidad comercial, lo que hace procedente que el productor soporte el riesgo y responsabilidad de que su producto defectuoso cause daños.

En el mismo contexto, un producto defectuoso confeccionado al margen de una actividad profesional, pero puesto en el mercado a título oneroso o percibiendo algún tipo de contraprestación, cualquiera sea su naturaleza, pareciera estar fuera del alcance de esta causal de exención de responsabilidad, tal y como sostienen MARTIN y SOLE I FELIU.¹⁸⁷⁵ Precizando que esta exigencia de profesionalidad, según ATAZ, no se refiere sólo a la producción en masa, sino que a producciones específicas, como un vestido de novia, una preparación magistral, etcétera.¹⁸⁷⁶ Al entender de CAVANILLAS, la responsabilidad del productor debe extenderse

¹⁸⁷¹ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 311 y ss.

¹⁸⁷² Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *"Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 160.

¹⁸⁷³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 124.

¹⁸⁷⁴ Vid. FAGNART, J. L., *"La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits"*, en Cahiers de Droit Européen, n° 1-2, 1987, pág.47; ROYCE-LEWIS, C. A., *"Product Liability & Consumer Safety"*, ICSA Publishing, Cambridge, 1988, pág. 39; HEWITT, S. W., *"Manufactures Liability for Defective Goods"*, Blackwell Scientific Publ., Oxford, pág. 131.

¹⁸⁷⁵ Vid. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Veinte problemas en la aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución"*, en Práctica. Derecho de daños, 2003, diciembre, núm. 10, pág. 8.

¹⁸⁷⁶ Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 64.

incluso a los actos ocasionales de comercio, aunque en ellos falte la condición de profesionalidad, como ocurre con los productos artesanales, cuyos excedentes se permutan o venden con familiares, amigos o vecinos.¹⁸⁷⁷

Volviendo al pensamiento de ATAZ, este autor encuentra en la exigencia de profesionalidad, otras razones para excluir ciertos casos del ámbito de esta legislación especial, aprovechándose de esta causal de exclusión de responsabilidad. Tales supuestos, en su opinión, son los siguientes: (i) al productor ocasional; (ii) al inventor casero; y, (iii) a la persona que artesanal y no habitualmente elabora un determinado producto para su posterior enajenación.¹⁸⁷⁸ En nuestra opinión, los casos recién referidos e incluso aquellos en que la fabricación y puesta en circulación del producto se realice ocasionalmente y sin ánimo de lucro, como en el evento de una donación o de un acto de beneficencia, acontece que el productor sigue siendo quien ostenta el control sobre el producto, quien está en mejor posición de prevenir la aparición de defectos, quien mejor puede soportar el coste del daño de consumo y quien bajo su nombre, reputación y profesionalidad, genera confianza en el público, todos buenos motivos para mantener su responsabilidad bajo este régimen especial y que se corresponden, en todo, con los principios inspiradores del mismo. Por ende y como ejemplo de lo que decimos, nos parece que la entrega gratuita de productos, en el contexto de una campaña promocional, siempre que hayan sido elaborados empresarialmente, hace responsable al productor, quien no podrá invocarla en su favor.

En relación con la aplicación de esta causal, la STJCE, de 10 de mayo de 2001, librada en el caso *Veefald*¹⁸⁷⁹, aportó una interesante precisión, al señalar que *"...el hecho de que los productos (sean) fabricados para una prestación médica concreta que no es pagada directamente por el paciente, sino que se financia con cargo a los fondos públicos alimentados por los contribuyentes, no puede privar a la fabricación de estos productos de su carácter económico y profesional..."*, agregando que el artículo 7.c) de la Directiva 85/374 debe interpretarse *"...en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna..."*, eliminando así, cualquier intento de eludir responsabilidades por el hecho de que el perjudicado no haya erogado un pago o contraprestación por el producto defectuoso, pues esta causal sólo aplica en los

¹⁸⁷⁷ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., *"Las causas de exoneración de la responsabilidad en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 49.

¹⁸⁷⁸ Vid. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 62.

¹⁸⁷⁹ Vid. sentencia TJCE *Veefald*, de 10 de mayo de 2001, Asunto C-203/99, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 2001.

supuestos en que la producción del producto no haya tenido una finalidad económica y se haya dado fuera de una actividad empresarial, cual no era el caso, pues obviamente el productor vendió el producto al sistema de salud pública y lo fabricó precisamente para ello, opinión que apuntala PARDO¹⁸⁸⁰, entre otros.

La rigurosidad de estas exigencias, lleva a concluir a gran parte de la doctrina, que esta excepción en realidad no es importante.¹⁸⁸¹

Ahora bien, el proveedor puede exonerarse de responsabilidad alegando que el productor no elaboró el producto defectuoso para distribuirlo en el ejercicio de su actividad empresarial y con fines económicos. Sin embargo, cabe la duda respecto del caso en que es el mismo proveedor quien ha tornado el producto defectuoso y lo ha comercializado: ¿Podría exonerarse igualmente de responsabilidad? La respuesta de la doctrina sigue siendo positiva, entendiendo que al menos no se trataría ya de una situación en que resulte aplicable esta legislación especial, pues en este evento no habría habido nunca responsabilidad del productor y, por ende, a falta de responsabilidad del agente principal, no cabe la subsidiaria del proveedor. Claro que ello no significa que el perjudicado no pueda demandar al proveedor por los perjuicios sufridos, conforme al Derecho común.

Una interpretación en sentido contrario, si bien posible en la línea de la tutela del consumidor, en nuestra opinión no sería sistémica, pues en la concepción de este régimen de responsabilidad por productos defectuosos, el proveedor es un agente extraño, conformado responsable en forma subsidiaria y excepcional, al no estar identificado el productor responsable, por razones de índole práctica a las que ya nos hemos referido latamente.¹⁸⁸² Nos parece evidente entonces, que no se puede configurar su responsabilidad en este ámbito, si falta o no existe responsabilidad de un productor.

2.4.- Cuarta causal: que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes, dictadas por los poderes públicos.

Esta causal de exención de responsabilidad consistente en el cumplimiento de normas imperativas, sancionada en los artículos 7.d) de la Directiva 85/374 y

¹⁸⁸⁰ Por todos, Vid. PARDO GATO, J. R., "La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos del desarrollo. Un antes y un después de la Sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE", en Diario La Ley, nº 5810, junio, 2003, pág. 6; "La responsabilidad civil sanitaria por riesgos del desarrollo", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 7, 2003, págs. 10 y 11.

¹⁸⁸¹ Vid. FAGNART, J. L., "La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits", en Cahiers de Droit Européen, nº 1-2, 1987, pág. 47; ROYCE-LEWIS, C. A., "Product Liability & Consumer Safety", ICOSA Publishing, Cambridge, 1988, pág. 39; HEWITT, S. W., "Manufactures Liability for Defective Goods", Wiley-Blackwell, London, 1987, pág. 131.

¹⁸⁸² Vid. *supra* apartado 2.18.- ¿Cuáles son las razones que justifican la incorporación del proveedor como sujeto responsable del daño que causa un producto defectuoso, en la hipótesis prevista en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR? / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

140.1.d) del TR¹⁸⁸³, es alegable por el productor y por el proveedor, aunque debe quedar claro que lo que debe acreditarse para configurar esta causal, no es que se hayan cumplido determinadas normas imperativas, sino que el cumplimiento de esas normas ha hecho que el producto sea defectuoso. Esto es, debe demostrarse que el defecto fue el resultado inevitable del cumplimiento de tal norma o, como dice CALVO, *"...que el producto no podía ser fabricado cumpliendo las normas y a la vez evitando el defecto."*¹⁸⁸⁴ Entonces, para valerse de esta causal de exclusión de responsabilidad, se requiere que el defecto del producto sea consecuencia precisa y directa del cumplimiento de normas jurídicas que exigen y definen ciertas y determinadas características técnicas de un producto o cómo debe elaborarse, normalmente con la finalidad de garantizar su seguridad o de proteger la salud de las personas.¹⁸⁸⁵ Como dice INFANTE, se trata ésta de una causal de justificación en sentido técnico, pues si bien se ha causado un daño, ello ha ocurrido concurriendo una circunstancia que lo legitima¹⁸⁸⁶, pues el actuar del productor, en este caso, no es sólo conforme a Derecho, sino que está regulado por específicas normas jurídicas que no puede sino cumplir. Vale decir, su conducta fabril es estrictamente jurídica, por ende, no existe antijuridicidad alguna en su conducta y, consecuentemente, ninguna responsabilidad le puede ser endilgada, pues la antijuridicidad es inmanente al deber de reparar.

Según los BERCOVITZ, esta causal de exención de responsabilidad, da cuenta de la existencia *"...de un imperativo similar al que se produce como consecuencia de la fuerza mayor."*¹⁸⁸⁷ Con similar predicamento se inscribe RODRIGUEZ LLAMAS, pues en su pensar, se trata de supuestos *"...en que, en la causación del daño, han interferido circunstancias inevitables, no atribuibles al titular de la esfera de riesgos, y sin cuya intervención el resultado dañoso no hubiera acontecido. El defecto del producto, pese a existir, no le es imputable al fabricante, al habersele privado de libertad, pues estaba obligado a observar lo dispuesto en una norma*

¹⁸⁸³ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.d). *"o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos;..."*. / TR, artículo 140.1.d). *"Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes."*

¹⁸⁸⁴ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 46.

¹⁸⁸⁵ En este caso desaparece el elemento de la antijuridicidad de la conducta del productor que, como se sabe, es un requisito específico de la responsabilidad por daños. Vid. BUSTO LAGO, J. M., *"La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual"*, Tecnos, Madrid, 1998; CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil español, común y foral, t. I, vol.2"*, REUS, Madrid, 1994; GHERSI, C. A., *"Reparación de Daños. Acción del hombre. Autoría. Imputabilidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Factores objetivos. Equidad. Formas de reparación. Relación de causalidad"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992; *"Reparación de daños"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992; *"Reparación por incumplimiento. Tomo I"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983; *"Teoría general de la reparación"*, en LL, 11/10/85, Argentina, 1985; MALVAEZ CONTRERAS, J., *"La reparación del daño al ofendido o víctima del delito"*, Porrúa, México, 2008; ORGAZ, A., *"El daño resarcible (actos ilícitos)"*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952.

¹⁸⁸⁶ Vid. INFANTE RUIZ, F. J., *"La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 175 y ss.

¹⁸⁸⁷ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 294.

imperativa..."¹⁸⁸⁸, esto es, el defecto del producto no es achacable al productor, quien no tenía libertad para desarrollar su actividad, al estar regida ésta por normas imperativas que a él sólo le cabía cumplir.

Una precisión importante y que destaca PIZZORNO, es que la norma imperativa en cuestión "*...debe haber sido dictada por los poderes públicos...*"¹⁸⁸⁹, parafraseando al artículo 7.d) de la Directiva 85/374, que se refiere a los poderes públicos como fuente formal de esa norma, precisión que está ausente del artículo 140.1.d) del TR. Con todo y en lo que interesa, normas imperativas son aquellas que contienen un mandato total y absoluto de cumplir con su contenido dispositivo, de modo que obligan al productor a actuar de una determinada manera o bien, a abstenerse de realizar determinadas actuaciones en términos categóricos. Es decir, nos referimos a que el productor ha sido constreñido por normas jurídicas ineludibles para él¹⁸⁹⁰, a producir el producto de una determinada manera, de suerte tal, que el defecto tiene su origen -precisamente- en el cumplimiento exegético de una norma imperativa vigente al tiempo en que el producto se puso en circulación. En este contexto, normas imperativas se oponen a normas dispositivas, facultativas o voluntarias, pues de cara a ellas, el productor sí tiene otras alternativas de actuación, por lo que no podrá argüir que el defecto se debió al cumplimiento de tal tipo de normas, pues siempre le habría sido posible actuar de otro modo, evitando el defecto.

Tampoco se configura esta exención, si la norma es una simple recomendación o si se trata de reglamentos u otras disposiciones administrativas vigentes en el ramo productivo de que se trate. LOIS CABALLE puntualiza que tampoco se exime de responsabilidad el productor, si se trata de una norma jurídica que se limite a imponer un nivel mínimo de seguridad¹⁸⁹¹, pues, insiste RODRIGUEZ CARRION, debe "*...tratarse de normas de carácter imperativo, que se vea precisado el fabricante a cumplir en la elaboración de su producto...*"¹⁸⁹² Por ello es que KRAMER puntualiza, que si el defecto obedece a la aceptación de un cierto estándar profesional, tampoco se configura esta causal de exoneración de responsabilidad.¹⁸⁹³ Lo mismo debe concluirse si se pretende alegar el acatamiento a normas expedidas por centros privados de comercialización o de certificación de

¹⁸⁸⁸ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 219.

¹⁸⁸⁹ Vid. PIZZORNO, S., "*La responsabilità del produttore nella Direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europea (85/374/CEE)*", en Riv. dir. comm., 1988, pág. 242.

¹⁸⁹⁰ En general, las normas jurídicas imperativas son aquellas cuyo contenido prescriptivo debe ser cumplido en sus estrictos términos, conforme indique el enunciado normativo, sin que exista ninguna posibilidad de que los sujetos destinatarios de la norma puedan desconocerla o acordar una regulación diferente de la manifestada en la norma.

¹⁸⁹¹ Vid. LOIS CABALLE, A. I., "*La responsabilidad del fabricante por los defectos de los productos*", Tecnos, Madrid, 1996, pág. 252.

¹⁸⁹² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 215.

¹⁸⁹³ Vid. KRAMER, L., "*EEC Consumer Law*", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1986, pág. 285.

calidad. También deben descartarse como constitutivas de esta exención de responsabilidad, los casos de acatamiento de normas facultativas, permisivas, *premiales*, de aliento o de incentivo, pues todas ellas ofrecen alternativas de comportamiento; o las normas que se limiten a imponer un nivel mínimo de seguridad, dejando en el resto, en plena libertad al productor para diseñar y fabricar su producto, pues ha de tratarse de normas que directa y taxativamente ordenen y prescriban la forma y modo de concebir y fabricar el producto. Puntualizamos que tampoco puede tratarse de simples cláusulas o disposiciones generales, que luego deban ser integradas con un contenido técnico específico. En definitiva, esta causal de exención de responsabilidad se configura si el productor ha estado obligado a someterse a determinadas normas jurídicas, cuyo cumplimiento han generado el defecto. De ahí que debe tratarse de normas imperativas, obligatorias en términos tales, que no le es posible al productor otra conducta, que no sea obedecerlas.

En síntesis, esta causal sólo podrá invocarse frente a normas que tengan su origen en los poderes públicos y sean de obligado cumplimiento, porque su contenido es inderogable.

De haber lugar a esta causal, entendemos que la responsabilidad por los daños causados por el producto defectuoso se traslada al Estado, que es quien deberá asumir la obligación de resarcir los daños producidos por un defecto generado por el respeto irrestricto de tales normas por parte del productor, dado que el defecto se debe, precisamente, a que el producto ha sido fabricado de acuerdo a las condiciones y exigencias que se le han impuesto normativamente al productor por la Administración para elaborar ese producto y que son, como dice KRAMER, la causa concreta de la aparición del defecto.¹⁸⁹⁴ Insistimos en que el defecto del producto obedece a la regulación que ha propiciado el propio Estado, por lo que debiera estimarse como el verdadero causante del defecto y, por ende, afirmarse su responsabilidad bajo esa legislación especial. Como dice RODRIGUEZ CARRION, debe responder la Autoridad, ya que ha "*...impuesto normativamente una serie de condiciones al producto, que luego resultaría defectuoso...*".¹⁸⁹⁵ Con todo, es previsible que frente a esta causal de exclusión de responsabilidad, la Administración intente, a su turno, exculparse de responsabilidad, arguyendo -según DE ANGEL YAGUEZ-, que en realidad tales normas imperativas son sólo mínimos a cumplir, ya que no impiden que el productor integre las exigencias que la *lex artis* o las mejores prácticas de la industria impongan como debidas, a fin de evitar la aparición de defectos.¹⁸⁹⁶ Sin embargo, para RODRIGUEZ LLAMAS ese argumento no es válido, pues las normas imperativas cuya observancia hace surgir

¹⁸⁹⁴ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "*Contratación y Consumo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 135.

¹⁸⁹⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 215.

¹⁸⁹⁶ Vid. DE ANGEL YAGUEZ, R., "*Tratado de responsabilidad civil*", Civitas, Madrid, 1993, págs. 662 y ss.

el defecto del producto, "...no son normas que se limitan a establecer niveles mínimos de seguridad en abstracto, sino que se trata de normas que imponen una solución o proceso concreto e irrenunciable para el fabricante..."¹⁸⁹⁷, sin ningún margen o libertad para que él decida proceder de otro modo. Es decir, no se trata de normas jurídicas emanadas de la Administración que impongan exigencias mínimas de seguridad en términos generales y abstractos, sino que de verdaderas guías para el proceso de concepción, diseño y fabricación del producto, que el productor está obligado a cumplir, so riesgo de una sanción y que, como hemos dicho, son la causa concreta y precisa del defecto.

Un tema debatido en torno a esa causal, es si cabe invocarla en relación al cumplimiento de normas de homologación y calidad previstas por la Administración. Esto es, ¿basta el cumplimiento de tales normas por parte del productor, para que pueda entenderse que el producto es normativamente seguro y, por ende, no catalogable como defectuoso?, dado que la expectativa de seguridad que cabe esperar del producto, se ha cumplido administrativamente, por así decirlo. Nótese que no se ha empleado la expresión *legítima* expectativa de seguridad al formular esta interrogante, sino más bien, se intuye que se alude a una expectativa *legal* de seguridad, lograda por el simple hecho de respetar ciertas normas de homologación y calidad. Una respuesta posible, es decir que todo producto que en su proceso de fabricación respete las normas de homologación y calidad previstas por la Administración, será considerado -en principio- seguro. Sin embargo, ésta no ha sido la posición seguida por el TS, que reiteradamente ha manifestado el criterio de que siempre que se causa un daño a una persona, es porque no se ha utilizado toda la diligencia debida, principio pertinente en todos los casos en que la Administración haya obligado a los particulares a sujetarse a su mandato mediante disposiciones técnicamente incorrectas o insuficientes, que al ser cumplidas, han causado un daño.¹⁸⁹⁸ En tales eventos, entendemos que la Administración debe responder de todo daño causado por el cumplimiento de sus normas y disposiciones técnicas, en cuanto el perjuicio causalmente obedece al respeto de tales disposiciones. Por ello, la elección del término *legitimidad* en lugar del de *legalidad* por parte del legislador Comunitario, indica -a nuestro entender-, que la noción de seguridad propia del concepto normativo de defecto, queda al margen del cumplimiento de las correspondientes normas administrativas.¹⁸⁹⁹ ROGEL, en igual sentido, concluye que "...la noción de defecto, entendido como falta

¹⁸⁹⁷ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 131.

¹⁸⁹⁸ A tal efecto se ha pronunciado, entre otras, la sentencia del TS, de 12 de febrero de 1981, entendiendo que "...cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de las mismas y que falta algo por prevenir, no hallándose en consecuencia, completa la diligencia." Con anterioridad, este criterio se había puesto de manifiesto en las STS de 7 de enero de 1960, de 5 de abril de 1963 y de 29 de mayo de 1972, siguiendo la misma orientación cuando se trata del sometimiento a normas técnicas. Vid. MEDINA ALCOZ, M., "La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual", Dykinson, Madrid, 2003, págs. 88 y ss.

¹⁸⁹⁹ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 126.

de seguridad, debe concretarse, en cada caso, al margen del cumplimiento, en lo que al producto se refiere, de las normas reglamentarias que procedan...".¹⁹⁰⁰ Es también por ello, que BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO afirma que para la valoración de la seguridad que legítimamente cabe esperar de un producto, "...no basta con cumplimentar las prescripciones legales establecidas para la actividad empresarial en cuestión."¹⁹⁰¹ De hecho, YZQUIERDO TOLSADA entiende que más allá de que se verifique esta causal de exclusión, si el productor está en conocimiento del defecto que genera el cumplimiento de la norma imperativa, igualmente podría "...aplicársele el régimen general si, conocedor del peligro, no lo advirtió a la Administración..."¹⁹⁰², en un intento por extender su responsabilidad por la vía de configurar a su respecto una conducta que por omisión, causa un daño demandable a través del Derecho común.

2.5.- Quinta causal: que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir o apreciar la existencia del defecto (los riesgos del desarrollo o *development risks*).

2.5.1.- Concepto de riesgos del desarrollo.

En general, la doctrina entiende por riesgos del desarrollo o *development risks*, aquellos cuya aparición es imprevisible haberla tenido en cuenta en el momento de la puesta en circulación de un producto, sin importar los descubrimientos posteriores.¹⁹⁰³ Según ALCOVER, "...son aquellos defectos de los productos que son

¹⁹⁰⁰ Vid. ROGEL VIDE, C., "Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano", en RGLJ, núm. 5, 1999, pág. 604.

¹⁹⁰¹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento", en EC, n° 34, 1995, pág. 126.

¹⁹⁰² Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", Dykinson, Madrid, 2001, pág. 336.

¹⁹⁰³ Vid. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 132; GARCIA RUBIO, M. P., "Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español", en AC, n° 35, 1998; GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., "Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en AC, n° 25, 1995, págs. 519 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., "Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto", Marcial Pons, Madrid, 1999; SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., SEUBA TORREBLANCA, J. C., LUNA YERGA, A., RUIZ GARCIA, J. A., CARRASCO MARTIN, J., "Los riesgos de desarrollo", en InDret, n° 1, 2001; VADILLO ROBEDO, M. G., "Notas a los riesgos del desarrollo o el Estado de la ciencia en la responsabilidad civil por productos defectuosos", en Estudios de Deusto, Vol. 46-1, enero-junio, 1998; VICENTE DOMINGO, E., "Apunte sobre los llamados riesgos del Desarrollo", en EC, n° 1, 1992; "Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de los daños", en La Ley, 2003; MARCO MOLINA, J., "La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico. La responsabilidad del fabricante de productos defectuosos en el Derecho Norteamericano", en Anuario de Derecho Civil, Tomo 58, fasc. I, 2005; LETE ACHIRICA, J., "Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 1997", en AC, n° 28, 1998; INGLES BUCETA, J. L., "Riesgos del desarrollo y accesibilidad", en DN, n° 109, 1999; "Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo art. 141.1 de la RJAP-PAC", en DN, n° 109, octubre, 1999; GARCIA RUBIO, M. P., "Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español", en AC, n° 35, 1998; GOLDENBERG, I., LOPEZ CABANA, R., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad profesional del productor", en JA, 1990-I-917; GOLDENBERG, I. H., 'Los Riesgos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; DOMINGO, V., "Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de los daños", en La Ley, 2000-

conocidos como consecuencia de los avances científicos y técnicos posteriores a su puesta en circulación, por lo que en el momento de ésta el fabricante no podía de ninguna forma detectarlos."¹⁹⁰⁴ Al decir de TALLONE, se refieren a "...la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad."¹⁹⁰⁵ Es decir, hablamos de un riesgo de daños por productos defectuosos cuya defectuosidad es desconocida en el momento en que se ponen en circulación y que posteriormente, como explican GOLDENBERG y LOPEZ CABANA, es conocida como consecuencia de los avances científicos y técnicos.¹⁹⁰⁶ La doctrina alemana ha utilizado la expresión defectos del desarrollo, para aludir a la problemática planteada por los riesgos de desarrollo, explicando que un producto está afecto a un defecto de este tipo, si el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de su puesta en circulación, no permitía descubrir o conocer los riesgos que generaba. Según IÑIGO, esto no es un caso de defecto, sino, más bien, un *fallo* que no es imputable al productor.¹⁹⁰⁷ De hecho, en el momento de ponerse el producto en el mercado, nadie sabía acerca de los riesgos que importaba, por lo que ninguna expectativa legítima de seguridad, de ningún eventual consumidor o usuario, podría haberse defraudado, lógicamente hablando.

Es menester comprender que en el caso de los riesgos del desarrollo, nos enfrentamos a un producto que originariamente es defectuoso, pero sucede que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación, no permitían conocer ese defecto y conceptuarlo como tal.¹⁹⁰⁸ Por ende, tal como afirman SOLE I FELIU y RODRIGUEZ LLAMAS -entre otros-, en realidad en este caso si concurren todos los presupuestos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, a saber: defecto, daño y relación de causalidad entre uno y otro, pero la objetiva imposibilidad de conocer la presencia del defecto, conduce a exonerar al productor de toda responsabilidad¹⁹⁰⁹, según dan cuenta los artículos 7.e) de la Directiva 85/374 y

3; GONZALEZ VAQUE, L., "La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos en la jurisprudencia del TJCE: de los riesgos del desarrollo a la franquicia de 500 euros", en Unión Europea Aranzadi, n° 1, 2003.

¹⁹⁰⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 51.

¹⁹⁰⁵ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 87.

¹⁹⁰⁶ Vid. GOLDENBERG, I., LOPEZ CABANA, R., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad profesional del productor", en JA, 1990-I-917.

¹⁹⁰⁷ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., "La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos", Bosch, Barcelona, 2001, pág. 72.

¹⁹⁰⁸ Por lo mismo, es una situación totalmente distinta la de un producto que no es defectuoso en el momento de su puesta en circulación, pero que después de ella, por las causas que sean, adquiere la cualidad de defectuoso, como puede ocurrir con un producto perecedero, que ingresa al mercado sin defecto alguno y que después de su fecha de expiración, se torna defectuoso.

¹⁹⁰⁹ Vid. SOLE I FELIU, J., "El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños causados por productos Defectuosos)", en RJC, 1995-4, pág. 969; RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 180 y 181.

140.1.e) del TR.¹⁹¹⁰ Alguna doctrina ha intentado cotejar esta causal de exclusión de responsabilidad con una suerte de fuerza mayor o caso fortuito¹⁹¹¹, constituido por la imposibilidad real de descubrir y subsanar el defecto de que se trate, pensamiento que nos parece atendible, pues es efectivo que para configurar esta causal de exención de responsabilidad, objetivamente los conocimientos científicos y técnicos disponibles, impedían conocer el defecto del producto al tiempo en que es puesto en circulación.¹⁹¹²

Alguna crítica ha surgido en cuanto a su denominación, pues, como señala RODRIGUEZ LLAMAS, "*...el desarrollo de la ciencia, lejos de constituir un riesgo, permite precisamente eliminarlos.*"¹⁹¹³ Por ello, debiéramos entender que se quiere aludir a los riesgos que el desarrollo científico y técnico, con el paso del tiempo, permiten descubrir. Esto es, riesgos de sufrir daños por defectos que son desconocidos en el momento en que el producto es puesto en circulación y que más tarde se hacen conocidos, gracias a los avances científicos y técnicos.

Pues bien, al estar consagrada esta causal de exoneración, la pregunta esencial -según RODRIGUEZ LLAMAS-, es comprender qué se quiere decir o significar con las expresiones *estado de los conocimientos científicos y técnicos* o *el estado del arte*¹⁹¹⁴, que son las frases que construyen esta eximente de responsabilidad, ya que no podemos perder de vista que, en todos estos casos, el producto ya era defectuoso cuando fue puesto en circulación, más allá que su defecto no haya sido apreciable dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos en ese momento. Se afirma por TALLONE, que la frase *estado de la ciencia* alude "*...al conjunto de conocimientos teóricos, incluyendo también los pertenecientes a sectores no técnicos, con independencia de si tales conocimientos han sido o no aplicados en la práctica, o de si todavía no han entrado a formar parte de la técnica.*"¹⁹¹⁵ En cambio, el enunciado *estado de la técnica*, se refiere a todos los conocimientos que han sido obtenidos o confirmados, sin que sea necesario que se haya obtenido un resultado práctico. Basta que tales conocimientos hayan sido corroborados mediante *tests* u otros mecanismos de laboratorio. Según el mismo TALLONE, se trata de "*...destacar lo que técnicamente es viable y en la práctica parece demostrado.*"¹⁹¹⁶ GUTIERREZ

¹⁹¹⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.e). "*o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto;...*". / TR, artículo 140.1.e). "*Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.*"

¹⁹¹¹ Ello, por cuanto se entiende que se ha producido una ruptura del nexo causal entre la conducta del productor y la existencia del defecto por un supuesto similar a la fuerza mayor: la imposibilidad de descubrir y, consecuentemente, de subsanar el defecto.

¹⁹¹² Vid. VEGA TEJEDOR, R., "*Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco,*" en *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 9, 1999.

¹⁹¹³ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 132.

¹⁹¹⁴ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 135.

¹⁹¹⁵ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 89.

¹⁹¹⁶ Vid. TALLONE, F. C., "*Daños causados por productos elaborados*", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 89.

SANTIAGO, intentando explicar a que se alude con estas oraciones -tanto el estado de los conocimientos científicos, como el estado de los conocimientos técnicos-, trae a colación la STJCE, de 29 de mayo de 1997, en el caso *Comisión/Reino Unido*¹⁹¹⁷, que precisa que "...los conocimientos científicos y técnicos pertinentes estuvieran accesibles en el momento en que el producto de que se trate fue puesto en circulación..."¹⁹¹⁸; agregando que debe acreditarse por el productor que los invoca, que "...el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado, en el momento de ponerse en circulación el producto de que se trata, no permitía descubrir el defecto de éste...". En suma, gran parte de la doctrina entiende que el estado de la ciencia y de la técnica sobrepasan el estricto marco específico de la técnica, para abarcar todos los conocimientos científicos existentes en cualquier otra disciplina científica, además de la técnica, como pueden ser la química, la biología, la medicina, etcétera. En este sentido, también forman parte del estado de la ciencia y de la técnica, cualquier conocimiento que aun no sea técnicamente viable. Una puntualización interesante y no destacada suficientemente a nuestro entender, es la que introduce RICATTE, para quien la Directiva 85/374 no limita en forma alguna el campo técnico en el que hay que situarse para probar la imposibilidad de sospechar o conocer el defecto. Vale decir, ese campo técnico puede ser ajeno al ámbito del producto¹⁹¹⁹, conclusión que también puede predicarse del tenor literal del precepto del TR que recoge esta causal de exclusión de responsabilidad.

Sin embargo, lo verdaderamente importante, es que los conocimientos científicos y técnicos, sea cual fuere la fuente de que procedan, deben haber accedido y ser parte del conocimiento e información al menos del específico sector de la industria que se trate, logrando así contar con una mínima publicidad, pues sólo de este modo estarán disponibles y accesibles para cualquier especialista, para cualquier interesado y, porque no decirlo, para cualquier consumidor mínimamente preocupado de los bienes que quiere usar o consumir.

En la jurisprudencia española, la aplicación de esta causal de exclusión de responsabilidad, normalmente se ha discutido en caso de demandas a hospitales e instituciones sanitarias públicas, con motivo de contagios a pacientes del virus del sida y del virus de la hepatitis C. Para MARIN, resulta deplorable que el TS no haya aprovechado para construir un mínimo cuerpo doctrinal sobre el concepto y alcance de los riesgos de desarrollo con motivo de estos pleitos¹⁹²⁰, aunque, debe decirse, matizando la crítica de este autor, que alguna señal dejan de lo que

¹⁹¹⁷ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 405.

¹⁹¹⁸ Vid. GONZALEZ VAQUE, L., *"La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas al debate Comunitario"*, en EC, n° 64, 2003, pág. 30.

¹⁹¹⁹ Vid. RICATTE, J., *"Introduction dans les droits nationaux de la directive du Conseil CEE (85/374) responsabilité du fait des produits: l'exemple du Royaume Uni vu de la France"*, Gazette du Palais, 1987, pág. 754.

¹⁹²⁰ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 111.

significa esta causal de exclusión de responsabilidad y los requisitos que debe reunir para ser acogida, razón por la cual, parece pertinente recordar un par de sentencias que arrojan luz sobre sus condiciones y requisitos de procedencia. En primer lugar, la STS, de 31 de mayo de 1999¹⁹²¹, referida a una demanda por contagio de hepatitis con motivo de una transfusión de sangre el año 1975, durante una intervención quirúrgica, en la cual el demandado interpuso, entre otras, la excepción de los riesgos del desarrollo. Razonando sobre esta excepción, concluye el TS en su fallo, que *"...lo que hay que demostrar aquí no es sólo la evolución de los conocimientos científicos sobre la hepatitis sino también el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha en la que la transfusión se practicó: 25 de diciembre de 1975..., ...El estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes "no es el estado de la legislación", por lo que para probar ese estado de conocimientos en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia de una regulación legal aplicable al caso."*¹⁹²² En segundo lugar, la STS, de 25 de noviembre de 2000¹⁹²³, que ahondando en la caracterización de los riesgos del desarrollo, apunta en su FD 3º, que: *"...el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica no depende de una apreciación subjetiva sino que constituye un dato objetivo perfectamente cognoscible y que aparece con una rotundidad ajena a cualquier subjetivismo."*

De lo expuesto hasta aquí, puede adelantarse la siguiente duda: ¿Califican como constitutivos de esta causal de exoneración, estudios científicos, pero meramente teóricos, no corroborados ni contradichos por controles, pruebas o estudios científicos o técnicos? Al decir de RODRIGUEZ LLAMAS, en este caso no aplica esta causal, pues lo que realmente ocurre *"...es que tales conocimientos no se han aplicado al caso concreto para verificar la realidad evidenciada por un estudio teórico."*¹⁹²⁴ Por lo demás y en línea con el pensamiento de esta autora, pensamos que entenderlos como constitutivos de un cuerpo de conocimientos científicos o técnicos válidos, pese a no estar demostrados de modo alguno, posibilitaría incurrir en el riesgo de estar disfrazando meras especulaciones, prostituyendo esta causal de exoneración de responsabilidad.

Otra inquietud es saber si ¿el estado de los conocimientos científicos y técnicos referido por la normas en comento, comprende sólo aquellos accesibles al

¹⁹²¹ Vid. SALVADOR CORDECH, P., CARLES SEUBA, J., RAMOS GONZALEZ, S., LUNA YERGA, A., RUIZ, J. A., *"Hepatitis y riesgos del desarrollo. Responsabilidad del laboratorio que comercializa plasma sanguíneo infectado de VHC (STS, 1a., 5 de octubre de 1999) y de las Administraciones Públicas Sanitarias que la empleen (STS, 3a., 31 de mayo de 1999)"*, en InDret, febrero, 2000, págs. 9 y ss.

¹⁹²² Cabe aclarar que la excepción de riesgos del desarrollo no resultaba aplicable en ese momento, pues los hechos de la causa eran anteriores a la entrada en vigencia de la LPD.

¹⁹²³ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 114. / RJ 2001, 550.

¹⁹²⁴ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 136.

productor a través de publicaciones conocidas, de prestigio, con amplia circulación y en un idioma franco o también son relevantes aquellas publicaciones con escasa difusión, escritas en una lengua poco conocida o para destinatarios selectos o muy específicos? Sin ánimo de entrar en un debate profundo, pareciera ser que la propia formulación de esta pregunta conduce a otra discusión, en una suerte de trampa retórica, pues si para saber si aplica o no esta causal de exoneración, debemos discernir sobre la mayor o menor difusión de la publicación o estudio de que se trate; o acerca de la lengua en que esté escrito el informe, más bien entramos en una discusión sobre lo mejor o peor informado que es exigible al productor estar, con lo que reconduciríamos, al menos en este punto, el sistema de responsabilidad objetivo atenuado que implanta la Directiva 85/374 a una valoración de la responsabilidad del productor asentada sobre criterios subjetivos, propios de un sistema de responsabilidad por culpa, pues estaríamos preocupándonos de poder reprocharle o no, que estaba mal informado al tiempo de poner el producto en circulación. Por ello, parte de la doctrina se decanta por una respuesta restrictiva, en que la causal de exclusión de responsabilidad en comento sólo aplica, si los riesgos del desarrollo no son reconocibles por nadie en el mundo. Matiza esta aseveración RODRIGUEZ LLAMAS, quien considera que si el criterio de atribución de responsabilidad del productor *"...tiene su fundamento en el riesgo que supone lanzar al mercado un producto defectuoso, en el ámbito del ejercicio de su actividad empresarial o profesional, será concretamente a dicho ámbito al que habrá que reconducirse la reconocibilidad [SIC] del defecto, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos."*¹⁹²⁵ Con lo cual se introduce una precisión importante en este tópico, consistente en que si bien la imposibilidad de conocer o detectar el defecto debe ser absoluta, no se refiere a todo el mundo, si no sólo a quienes pertenezcan a un determinado sector o nicho profesional o empresarial, al tiempo de la puesta en circulación del producto, lo que debiéramos entender como una precisión importante, que delimita prudentemente la aplicación de esta causal de exoneración de responsabilidad, pues otorga un marco de referencia para juzgar la pertinencia de su aplicación, sobre bases más o menos objetivas.

Por último, se debe advertir que los riesgos del desarrollo no se deben confundir con el mero uso industrial, como advierte WERTHEIMER¹⁹²⁶, en la idea equivocada de aceptar esta causal de exención de responsabilidad si el productor acredita que se comportó como lo hubiera hecho cualquier otro empresario del sector, error en que han incurrido muchos fallos norteamericanos, asevera la doctrina de ese país,

¹⁹²⁵ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 137.

¹⁹²⁶ Vid. WERTHEIMER, E., *"Unknowable dangers and death of strict products liability: the empire strikes back"*, en 60 University of Cincinnati Law Review, 1992.

dando como ejemplo el caso *Boatland of Houston vs. Valerie Bailey et al.*, del Tribunal Supremo de Texas, de 30 de julio de 1980.¹⁹²⁷

2.5.2.- Argumentos en favor de la inclusión o exclusión de los riesgos del desarrollo como causal de exclusión de responsabilidad para el productor en esta legislación especial.

Esta causal de exclusión de responsabilidad seguramente es una de las causales de exención de responsabilidad del productor más polémicas y discutidas de esta legislación especial, lo que justifica el amplio tratamiento que le ha dado la doctrina.¹⁹²⁸ Como prolegómeno a la discusión a favor y en contra de su incorporación como eximente de responsabilidad, vale la pena recordar la autorizada opinión de DIEZ-PICAZO, para quien, en rigor, *"...el tema de los denominados riesgos del desarrollo no puede resolverse con criterios de técnica jurídica y exige decisiones políticas. Si se otorga prioridad a la reparación de los daños, pueden producirse consecuencias desfavorables y frenar un desarrollo que para la sociedad en general puede resultar conveniente. Por esta razón, la Directiva 374/85 permitió que los países miembros de la Unión adoptaran en este punto decisiones flexibles..."*¹⁹²⁹, reflejando, con toda claridad, que la decisión del legislador Comunitario en esta materia, como en tantas otras ocasiones, fue una opción de consenso, inspirada en la voluntad política de lograr imponer esta Directiva 85/374 a los Estados miembros de la UE, tranzando y negociando sus aspectos más controvertidos. De ahí que el artículo 15.1.b) de la Directiva 85/374¹⁹³⁰, en realidad, dé una opción a los Estados miembros de la UE en cuanto a incorporarla o no como una causal de exclusión de responsabilidad, imponiéndole en su apartado segundo¹⁹³¹, la exigencia de comunicar su decisión y

¹⁹²⁷ Vid. 609 Southwestern Reporter, Second Series.

¹⁹²⁸ Vid., entre otros, GARCIA RUBIO, M. P., *"Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Su impacto en el Derecho Español"*, en AC, nº 35, 1998, págs. 853 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., SEUBA TORREBLANCA, J. C., LUNA YERGA, A., RUIZ GARCIA, J. A., CARRASCO MARTIN, J., *"Los riesgos de desarrollo"*, en InDret, nº 1, 2001, págs. 1 y ss.; LETE ACHIRICA, J., *"Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, nº 28, 1998, págs. 688 y ss.; IZQUIERDO PERIS, J. J., *"La responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea: Actualidad y perspectivas"*, en EC, nº 51, 1999, págs. 9 y ss.; ODDO, A., *"Responsabilità del produttore e Direttiva 85/374/CEE: lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche quale causa di esclusione della responsabilità nella interpretazione della Corte di giustizia"*, en Riv. Dir. Com. Scambi Int., núm. 3, 1998, págs. 361 y ss.; CAVANILLAS MUGICA, S., *"La responsabilidad civil y protección del consumidor"*, Facultad de Derecho de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985, págs. 188 y ss.

¹⁹²⁹ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"Derecho de daños"*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 154.

¹⁹³⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 15.1.b). *"b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto."*

¹⁹³¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 15.2. *"El Estado miembro que quisiera introducir la medida especificada en la letra b) del apartado 1, deberá comunicar a la Comisión el texto de la medida propuesta. La Comisión informará de ello a los demás Estados miembros. / Este Estado miembro esperará nueve meses para tomar la medida a partir del momento en que informe a la Comisión y siempre que entretanto ésta no haya sometido al Consejo ninguna propuesta de modificación de la presente Directiva que afecte al asunto tratado. Si, no obstante, la Comisión no comunicará al Estado miembro, en el plazo de tres meses, su intención de presentar tal propuesta al Consejo, el Estado miembro podrá tomar inmediatamente la medida propuesta. / Si la Comisión presentara al Consejo la propuesta de modificar la presente Directiva en el mencionado plazo de nueve meses, el Estado*

el texto respectivo a la Comisión, la que informará de ello a los restantes Estados miembros de la UE.

A favor de su exclusión como causal de exención de responsabilidad, a fin de que el productor respondiera por los riesgos del desarrollo, se argumentó que en caso contrario, serían los consumidores los que terminarían soportando estos riesgos, pese a que es el productor quien los crea y se beneficia de ellos, convirtiéndose los particulares -al decir de KRAMER- en auténticos "...conejillos de indias...".¹⁹³² En esta línea se inscribe también el pensamiento de ROGEL, quien es totalmente contrario a la consagración de esta causal de exoneración en favor de los productores, pues en su concepto, "...la víctima ha de ser indemnizada, dado que ella no tiene por qué pechar con los daños causados por productos defectuosos que causan beneficios a quienes los colocan en el mercado. Son éstos quienes han de pechar con los daños causados por sus productos, en buena lid."¹⁹³³ Para RODRIGUEZ LLAMAS, tampoco es procedente su inclusión, puesto que el desarrollo técnico y científico no puede realizarse "...a costa de otros derechos tan importantes como la integridad física o los intereses económicos de los particulares. No se quiere decir con ello que se deba coartar el progreso y desarrollo de un país, pero, en todo caso, los riesgos que de tales fenómenos derivan no deben imputarse a los perjudicados."¹⁹³⁴ SEUBA se inscribe con la misma opinión.¹⁹³⁵ Tampoco es menospreciable el argumento de que el productor crea confianza en el público acerca de la seguridad de los productos que comercializa, lo que hace viable hacerlo responder de los riesgos del desarrollo. Por lo demás, es quien mejor puede repartir los costes de los daños originados por un producto, mediante la contratación de seguros adecuados y el traslado del costo de las respectivas primas de seguro al precio a público del producto. Así se sociabiliza la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, a través de mecanismos propios de mercado, trasladándose económicamente el riesgo de la empresa al público, nos dice ROCA.¹⁹³⁶

De hecho, en un primer momento, la jurisprudencia norteamericana no permitió al productor exonerarse de responsabilidad a través de la defensa del *state of the art*, esto es, demostrando que el nivel de los conocimientos no permitía conocer o reconocer los defectos del producto que el productor había puesto en el mercado. El caso que mejor expone esta severa tendencia jurisprudencial, es *Beshada vs.*

miembro de que se trate esperará dieciocho meses para tomar la medida a partir del momento en que se presentó la propuesta."

¹⁹³² Vid. KRAMER, L., "EEC Consumer Law", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1988, págs. 286 y ss.

¹⁹³³ Vid. ROGEL VIDE, C., "Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano", en RGLJ, núm. 5, 1999, pág. 605.

¹⁹³⁴ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 132 y 133.

¹⁹³⁵ Vid. SEUBA TORREBLANCA, J. C., "Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis", Civitas, Madrid, 2002, pág. 301.

¹⁹³⁶ Vid. ROCA, E., 'La responsabilidad civil extracontractual', en AAVV, "Derecho de obligaciones y contratos", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 464.

Johns-Manville Products Corp., de 7 de julio de 1982, del Tribunal Supremo de New Jersey.¹⁹³⁷ Sin embargo, a los pocos años, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Primer Circuito, cambió dramáticamente este criterio, en el asunto *Anderson vs. Owens-Illinois, Inc.*¹⁹³⁸, un caso de daños por asbesto, que rechaza frontalmente la idea de que los productores deban actuar como instrumentos de la socialización o colectivización del riesgo industrial, por lo que autoriza -con carácter general- la invocación por el productor de la defensa del *state of the art* y más importante aún, cuestiona el precedente de redistribuir socialmente el coste de los accidentes industriales, abriendo así las puertas a la resolución de esta clase de litigios, prescindiendo de razones de justicia social¹⁹³⁹, en lo que representa un cambio notable de enfoque.

En sentido contrario, es decir, abogando por su inclusión como causal de exoneración de responsabilidad, se encuentran varias opiniones de la doctrina, sustentadas en una premisa esencial, consistente en que sería injusto que el productor respondiera de un daño absolutamente imprevisible, pues en la sociedad industrial no es infrecuente que surjan riesgos desconocidos o no susceptibles de ser detectados, aun cuando se actúe con la mayor diligencia posible. Por lo demás, se agrega que era muy probable que su exclusión como eximente de responsabilidad del productor, hubiese significado obstaculizar el avance de la investigación y del desarrollo científico y técnico¹⁹⁴⁰ y, por consiguiente, como dice CAVANILLAS, haber paralizado la fabricación y comercialización de determinada clase de productos, más lábiles a esta clase de riesgos, como los medicamentos o los de alta tecnología¹⁹⁴¹, pues, al decir de ALCOVER, para los productores resultaría mucho más fácil y menos riesgoso, invertir en productos cuya seguridad ya hubiera sido constatada, que intentar introducir nuevos productos que a futuro y, eventualmente, pudieran revelarse como nocivos, al progresar el conocimiento científico y técnico.¹⁹⁴² Además, se habría producido un serio problema de aseguramiento, pues la cobertura de

¹⁹³⁷ Vid. Supreme Court of New Jersey, 1982. 90 N.J. 191, 447 A2d 539.

¹⁹³⁸ Fallo de 25 de agosto de 1986, 799 Federal Reporter, 2d Series, págs. 1 y ss.

¹⁹³⁹ Vid. *infra* apartado 2.5.4.- ¿Es consistente con un régimen de responsabilidad objetivo o cuasi objetivo la consagración de una causal de liberación de responsabilidad como la de los riesgos del desarrollo? / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXENCIÓN Y DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A ÉL? / PARTE III.

¹⁹⁴⁰ Quizás sea importante matizar esta afirmación, pues varios autores que no estaban a favor de su inclusión como causal de exclusión de responsabilidad, revierten este argumento, señalando que al tener que responder los productores por riesgos imprevisibles, como los del desarrollo, en el fondo se estarían creando incentivos para que ellos dediquen más recursos y esfuerzos a la investigación y perfeccionamiento de los productos que lanzan al mercado, pues si saben que van a tener que responder por cualquier riesgo, seguramente incrementarán sus esfuerzos para reducir su incertidumbre, siendo más acuciosos en sus investigaciones y pruebas, para descubrir todos los riesgos posibles, a fin de adoptar, lo antes posible, las medidas de seguridad adecuadas.

¹⁹⁴¹ Vid. CAVANILLAS MUGICA, S., *"La responsabilidad civil y protección del consumidor"*, Facultad de Derecho de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985, págs. 188 y ss.

¹⁹⁴² Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante. Derecho Comunitario y adaptación al Derecho español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, págs. 50 y ss.

responsabilidad civil para esta clase de riesgos o es inviable económicamente, o sus primas son muy elevadas¹⁹⁴³, costo que el productor logicamente trataría de trasladar al precio del producto como dice TASCHNER¹⁹⁴⁴, afectando en definitiva el consumo o quedando tan poco competitivo el producto, que terminará saliendo del mercado. Anclado al problema anterior, es bastante claro que los riesgos del desarrollo, normalmente, harán surgir el mismo defecto en toda una serie de productos idénticos, con lo que los montantes de indemnización de cargo del productor, pueden llegar a ser exorbitantes.

Por todas estas razones y a propósito de la derogada LPD, nos recuerda GUTIERREZ SANTIAGO que, "...después de grandes discusiones sobre el tema, la Directiva 85/374 optó finalmente por la exclusión de los riesgos del desarrollo [art. 7 e)]¹⁹⁴⁵; pero al tiempo, como solución de compromiso, dejaba en libertad a los Estados miembros para establecer que el productor fuese responsable de ellos [art. 15.1 b)]¹⁹⁴⁶ en cuyo caso los legisladores nacionales habrían de seguir el complejo cauce procedimental previsto por el art. 15.2¹⁹⁴⁷..."¹⁹⁴⁸; comentarios que son absolutamente pertinentes respecto del artículo 140.1.e) del TR¹⁹⁴⁹, que repitió las mismas disposiciones que el artículo 6.1.e)¹⁹⁵⁰ de la derogada LPD en esta materia. De hecho, la mayor parte de los países de la UE han desistido de considerarlos como eventos que gatillan la responsabilidad del productor. Solamente en Finlandia y Luxemburgo se responde de los riesgos del desarrollo en todos los casos.

Se dice que esta regulación de los riesgos del desarrollo fue una solución de compromiso, que buscó dejar contentos a ambos sectores de opinión (la industria versus los consumidores), aunque es innegable que con ello se desvirtuó una de las finalidades primordiales del texto Comunitario, cual es la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del

¹⁹⁴³ Lo que queremos decir, es que el aseguramiento de este tipo de riesgos es prácticamente imposible, ya que se trata de un riesgo incierto, totalmente quimérico de cuantificar, pues escapa a toda ley de probabilidades y a toda anticipación de frecuencia, por lo que asegurarlos, al costo que sea, provocaría un alza desmedida de los precios de los productos más susceptibles a este tipo de riesgos.

¹⁹⁴⁴ Vid. TASCHNER, H. C., 'Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe', en WOODROFFE, G. (ed.), "Consumer Law in the EEC", Sweet & Maxwell, Londres, 1984, pág. 127.

¹⁹⁴⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.e). "o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto;...".

¹⁹⁴⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 15.1.b). "no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto."

¹⁹⁴⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 15.2. "El Estado miembro que quisiera introducir la medida especificada en la letra b) del apartado 1, deberá comunicar a la Comisión el texto de la medida propuesta. La Comisión informará de ello a los demás Estados miembros...".

¹⁹⁴⁸ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 403 y 404.

¹⁹⁴⁹ Vid. TR, artículo 140.1.e). "Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto."

¹⁹⁵⁰ Vid. LPD, artículo 6.1.e). "Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto."

productor por los daños causados por productos defectuosos, al abrir la puerta a soluciones legislativas internas disímiles, entre los distintos países miembros de la UE, cuestión que fácilmente podría conducir a alteraciones a la libre competencia en el Mercado Común, cuestión que era uno de los principales objetivos buscados al dictarse la Directiva 85/374, según nos dice el conocido Considerando 1º de esta Directriz Comunitaria.¹⁹⁵¹

2.5.3.- ¿Es consistente con un régimen de responsabilidad objetivo o cuasi objetivo, la consagración de una causal de liberación de responsabilidad como la de los riesgos del desarrollo?

En la doctrina se ha discutido ampliamente la procedencia de esta causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, en el contexto de un régimen de responsabilidad cuasi objetivo, pues, como afirma PARRA LUCAN, es discutible que se tenga en cuenta la posibilidad de exoneración del productor cuando los daños producidos fueran imprevisibles¹⁹⁵², en la idea que tales consideraciones son extrañas a un régimen objetivo de responsabilidad y, más bien, se emparentan con un sistema de responsabilidad subjetivo o por culpa, donde la imprevisibilidad del daño impide el reproche necesario para configurar la responsabilidad del agente del daño. En la misma línea argumental, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO explica que, en definitiva, la consagración de esta causal de exoneración es reflejo de que la responsabilidad por riesgo que se imputa al productor, en realidad está basada en la falta de diligencia del productor para percatarse de la existencia del defecto¹⁹⁵³, lo que se oculta en una forzada declaración de objetividad de este sistema especial de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos. DIEZ-PICAZO apunta con agudeza que, al implementarse esta causal de exclusión de responsabilidad, se está *"...retornando, por lo menos parcialmente, a criterios de responsabilidad por culpa, pues es evidente que, al medir la responsabilidad por los niveles de los conocimientos científicos o técnicos, se está estableciendo un canon de diligencia..."*.¹⁹⁵⁴ Por ello la queja de SALVADOR, para quien a través de la consagración de esta eximente de responsabilidad *"...se está desincentivando la diligencia de las Administraciones Públicas en la observancia de las normas de seguridad que se derivan de los estados de conocimiento de la ciencia y de la técnica en el momento de elaboración o de*

¹⁹⁵¹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 1º. *"Considerando que es preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso;..."*.

¹⁹⁵² Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"Daños por productos y protección del consumidor"*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 525.

¹⁹⁵³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág.124.

¹⁹⁵⁴ Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"Derecho de Daños"*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 154.

puesta en el mercado del producto, puesto que los daños, pueden verificarse en un momento temporal muy alejado de éste."¹⁹⁵⁵

Remontándonos al precedente por excelencia de la Directiva 85/374, el sistema norteamericano de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, nos encontramos con que el artículo 402 A del *Restatement Second*, formula el principio de responsabilidad objetiva y, por ende, independiente de toda culpa de quienes introducen en el mercado productos defectuosos o *irrazonablemente peligrosos*, en términos tales, que no podía aceptarse una causal de exoneración de responsabilidad que consistiese en la alegación de ser imposible conocer el defecto al tiempo de poner el producto en circulación. Es así como se dictaron numerosos fallos, que no trepidaron en condenar a un productor incluso frente a riesgos no reconocibles a la luz del estado del conocimiento científico o técnico en la época de introducción del producto en el mercado. Explica MARCO que, en la visión norteamericana, estas decisiones se justificaban en "*...la necesidad de redistribuir socialmente el riesgo industrial...*," lo que hacía parecer "*...más justo que fuese el fabricante, antes que el perjudicado individual, quien tuviese que pechar con el coste económico de ese tipo de riesgos.*"¹⁹⁵⁶ Como dice esta autora, se transformó al productor en una suerte de "*...asegurador universal y correa de transmisión del riesgo inherente a la moderna producción tecnificada...*"¹⁹⁵⁷, al margen de cualquier otra consideración. Es por ello que puede explicarse la *ratio decidendi* del conocido caso *Beshada vs. Johns-Manville Products Corp.*, ya citado, referido a la contaminación por asbesto, fallado el año 1982 por el Tribunal Supremo de New Jersey¹⁹⁵⁸, en que se declara responsable al productor incluso por riesgos del producto que no conocía ni podía conocer, asentando el aludido principio redistributivo y de socialización del riesgo, ya que se pensaba que era correcto hacer descansar sobre los hombros del empresario, antes que en las víctimas inocentes, los costes del progreso. Sin embargo, este criterio tuvo un vuelco drástico en el caso que ya mencionamos, *Anderson vs. Owens-Illinois. Inc.*¹⁹⁵⁹, que abdica de la idea de que los productores deban ser mecanismos de sociabilización del riesgo industrial y acepta, con carácter general -como vimos recién-, la posibilidad de que el productor invoque como defensa *el estado del arte*, excepción que ya venía tratando de vitalizar un sector influyente de la doctrina norteamericana, en lo que también debiera catalogarse como una solución de compromiso a nuestro entender, pues es evidente que en un sentido puro, esta causal de exclusión de responsabilidad no convive con un sistema objetivo de

¹⁹⁵⁵ Vid. SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., "*Brujos y aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*", Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 15.

¹⁹⁵⁶ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 46.

¹⁹⁵⁷ Vid. MARCO MOLINA, J., "*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*", Atelier, Barcelona, 2007, pág. 47.

¹⁹⁵⁸ Vid. *Supreme Court of New Jersey*, 1982. 90 N.J. 191, 447 A2d 539.

¹⁹⁵⁹ Vid. 799 F.2d 1, 4 (1st Cir. 1986).

responsabilidad en el cual, teóricamente, producido el daño, el responsable debiera responder sin más.

2.5.4.- ¿Cuál puesta en circulación es la relevante, para los fines de alegar esta causal de exclusión de responsabilidad: la del productor o la de otros sujetos responsables equiparados a él? Y ¿puede considerarse la puesta en circulación que hace el proveedor para estos efectos?

Para BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, en este caso únicamente cabe hablar de la puesta en circulación del productor, pues sólo a él toca la carga de estar al corriente del conocimiento científico y técnico de los productos que fabrica e introduce en el mercado, a fin de evitar defectos en ellos.¹⁹⁶⁰ Por ende, la única puesta en circulación relevante para estos efectos, es la que hace el productor del producto defectuoso.

En contra de esta opinión se postula PARRA LUCAN, entre otros, ya que en su concepto, la norma exige que la valoración se efectúe en el momento de la puesta en circulación del producto y sabemos que ella puede ser realizada por cualquiera de los sujetos responsables que contempla esta legislación especial, esto es, el productor, el importador Comunitario e incluso el proveedor.¹⁹⁶¹ Por lo demás, RODRIGUEZ LLAMAS agrega otro buen argumento en apoyo de la tesis de PARRA LUCAN, recurriendo a una interpretación a *contrario sensu* del artículo 6.3 de la derogada LPD¹⁹⁶², que hoy se encuentra alojado, en iguales términos, en el artículo 140.3 del TR.¹⁹⁶³ En efecto, estas disposiciones excluyen la posibilidad para *los sujetos responsables* de invocar esta causal de exoneración en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. Por ende, no tratándose de esos productos excluidos, estos mismos sujetos responsables si pueden alegarla y ellos son el productor, el importador Comunitario, los sujetos asimilados al productor y el proveedor¹⁹⁶⁴, lo que revitalizaría la idea de que la puesta en circulación efectuada por cualquiera de ellos podría ser relevante para estos efectos, razón por la cual, se les franquea la posibilidad de alegar esta causal de exclusión de responsabilidad.

2.5.5.- Los riesgos del desarrollo en función de los límites temporales que considera esta legislación especial, para aceptar una reclamación por daños

¹⁹⁶⁰ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos", en EC, n° 12, abril de 1998, pág. 116.

¹⁹⁶¹ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "Daños por productos y protección del consumidor", Bosch, Barcelona, 1990, pág. 529.

¹⁹⁶² Vid. LPD, artículo 6.3. "En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo."

¹⁹⁶³ Vid. TR, artículo 140.3. "En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)."

¹⁹⁶⁴ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos", Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 138.

causados por un producto defectuoso. La importancia de la puesta en circulación de un producto, como hito que marca el inicio del cómputo de los plazos de caducidad y de prescripción.

En los casos de daños derivados de riesgos del desarrollo, es quizás donde con más evidencia se muestran los efectos del transcurso del tiempo como catalizadores de la caducidad y de la prescripción de las acciones resarcitorias contempladas en esta legislación especial, pues por la naturaleza de los daños originados por los riesgos del desarrollo, es muy posible que ellos aparezcan en el largo plazo, superando los términos de caducidad de 10 años¹⁹⁶⁵ y de prescripción de 3 años¹⁹⁶⁶, consagrados en la Directiva 85/374 y en el TR¹⁹⁶⁷, que se activan con la puesta en circulación del producto.

Es por ello que, para poder apreciar la procedencia de esta causal de exclusión de responsabilidad, es fundamental atender al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el preciso momento de la puesta en circulación del producto, pues sólo si el estado de tales conocimientos no permitía detectar la existencia del defecto al tiempo de su introducción en el mercado, es que resulta aplicable esta causal. De ello se sigue, entonces, que el límite temporal para excluir los riesgos del desarrollo, es el momento de la puesta en circulación del producto. Lo que quiere decir, por ejemplo, que si como consecuencia de los avances científicos y técnicos se hubiese podido descubrir el defecto en productos ya acabados y almacenados, pero no comercializados todavía por el productor, él deberá responder si los introduce en el mercado, pues ya en este momento en que los pone en circulación, los avances científicos y técnicos si le permitían conocer e identificar el defecto, por lo que lo único que correspondía hacer era abstenerse de distribuirlos o comercializarlos.

¹⁹⁶⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 11. *"Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor." / TR, artículo 144. "Extinción de la responsabilidad. Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial."*

¹⁹⁶⁶ Vid. Directiva 85/374, artículo 10.1. *"Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor." / TR, artículo 143.1. "La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización."*

¹⁹⁶⁷ Vid. *infra* apartado 2.7.- Límites temporales que puede invocar el proveedor para eximirse de responsabilidad: (i) la prescripción; (ii) la caducidad; y (iii) la puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la LPD) / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN, DE EXENCIÓN Y DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

Esta situación de tener que constreñirse a un límite temporal marcado por la puesta en circulación del producto, para evaluar el estado de los conocimientos científicos y técnicos, se torna más sensible a propósito de los medicamentos y alimentos, como bien apunta REGLERO, quien advierte que es precisamente en esta clase de productos, donde es más cuestionable la introducción de una limitación temporal a la responsabilidad por productos defectuosos¹⁹⁶⁸, ya que los defectos en ese tipo de productos suelen ser larvarios o derechamente desconocidos por largo tiempo, lo que genera un espacio de irresponsabilidad notable para sus productores. Aunque debe decirse que esta crítica queda aligerada, si consideramos que la causal de exoneración de responsabilidad en comento, al menos en el caso español, no procede respecto de los medicamentos, como prevé el artículo 140.3 del TR, según veremos en el apartado 2.5.7.- siguiente.

2.5.6.- Crítica a la recepción de la causal de riesgos del desarrollo en la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Bastante se ha discutido respecto de los riesgos del desarrollo en relación a la Ley 4/1999, de 13 de enero, que modificó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que incorporó una nueva redacción al artículo 141.1 de esa compilación, que lee en su inciso II: *"No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos..."*, pues evidentemente altera e introduce una nueva consideración en el marco de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que podrán exculparse de los daños causados por productos defectuosos que compren y apliquen o suministren a los pacientes y receptores de servicios públicos o asistenciales, por el recurso a un alegato de exoneración de responsabilidad basado en los riesgos del desarrollo.¹⁹⁶⁹

¹⁹⁶⁸ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *"Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995, págs. 156 y 157.

¹⁹⁶⁹ Vid., entre otros, COMINGES CACERES, F., *"Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C"*, en RAP, núm. 155, 2001, págs. 193 y ss.; CUETO PEREZ, M., *"La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 361 y ss.; GARCIA RUBIO, M. P., *"Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español"*, en AC, n° 35, 1998, págs. 867 y 868; MIR PUIGPELAT, O., *"La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 278 y ss.; SANCHEZ JORDAN, E., *"Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración"*, en Derecho y Salud, Vol. 7-2, 1999, págs. 49 y ss.; SALVADOR CORDECH, P., CARLES SEUBA, J., RAMOS GONZALEZ, S., LUNA YERGA, A., RUIZ, J. A., *"Hepatitis y riesgos del desarrollo. Responsabilidad del laboratorio que comercializa plasma sanguíneo infectado de VHC (STS, 1a., 5 de octubre de 1999) y de las Administraciones Públicas Sanitarias que la empleen (STS, 3a., 31 de mayo de 1999)"*, en InDret, febrero, 2000; PARDO GATO, J. R., *"La responsabilidad civil sanitaria por riesgos del desarrollo"*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 7, 2003; LOPEZ MENUDO, F., *"Responsabilidad administrativa y*

Piéñese sólo en el efecto de esta eximente de responsabilidad de cara a la salud pública, para dimensionar los alcances que puede llegar a tener. Sin duda, los daños causados por contagios de virus, sida y hepatitis C, en que puedan verse inmiscuidos los hospitales públicos, ha debido estar presente en la mente del legislador español¹⁹⁷⁰ que, casi subrepticamente, pretende introducir un lenitivo a las eventuales responsabilidades del Estado por daños causados por productos defectuosos y lo que es aún más curioso, por llamarlo de algún modo, es que tampoco se explica las razones que permiten justificar la diferencia de trato que se da a la Administración Pública versus los restantes productores o sujetos asimilados a él, que concurren en el mismo mercado.

2.5.7.- Situación especial de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, a cuyo respecto, conforme al artículo 140.3 del TR, no puede invocarse la causal de exclusión de responsabilidad consistente en los riesgos del desarrollo.

2.5.7.1.- Razones que explican esta salvedad.

Pese a toda la discusión que en su momento generó la incorporación de esta causal de exclusión de responsabilidad, para ALCOVER ella tiene escasa trascendencia práctica, excepto en el sector farmacéutico¹⁹⁷¹, y es por ello que el legislador español terminó haciendo una salvedad a sus respectos, conforme lo autoriza el artículo 15.1.b) de la Directiva 85/374¹⁹⁷², pues de acuerdo al artículo 140.3 del TR¹⁹⁷³, el productor -entiéndase también el proveedor-, no puede intentar eximirse de responsabilidad alegando la causal de exclusión de los riesgos del desarrollo, si se trata de una demanda por daños causadas por un producto defectuoso consistente en medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. Esto es, no podrá alegar que en el momento en que puso en circulación el producto defectuoso, el estado de los conocimientos científicos y técnicos le impedía conocer los defectos del producto en cuestión.¹⁹⁷⁴ Para

exclusión de los riesgos del progreso. Un poco adelante en la definición del sistema", en Derecho y Salud, vol. 8, julio-diciembre, 2000.

¹⁹⁷⁰ Vid. SEUBA TORREBLANCA, J. C., "La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial", en DPyC, núm. 13, 1999, pág. 432.; "Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis", Civitas, Madrid, 2002, pág. 306; "Contagio transfusional del VHC. Comentario a la STS, 1a., de 10.6.2004", en InDret, n° 1, 2005; PELAYO PARDO, S., "El contagio transfusional de VHC, a la luz de las últimas resoluciones judiciales. La teoría de los riesgos del desarrollo", en Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 26, marzo 1997.

¹⁹⁷¹ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 133.

¹⁹⁷² Vid. Directiva 85/374, artículo 15.1.b). "Cada Estado miembro podrá: b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto."

¹⁹⁷³ Vid. TR, artículo 140.3. "En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e)."

¹⁹⁷⁴ Vid. PARRA LUCAN, M. A., "Comentario a la STS de 5 de octubre de 1999. Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo", en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n° 52; PARDO GATO, J. R., "La excepción de

GUTIERREZ SANTIAGO, esta salvedad se inspira en el trágico escándalo del aceite de colza desnaturalizado.¹⁹⁷⁵ Por su parte, GOMEZ CALERO sostiene que en estos casos y tratándose de este tipo de productos, los resultados lesivos pueden ser tan graves e irreversibles, que no deben ser puestos en circulación, si no se tiene la certeza de que no se trata de un producto defectuoso.¹⁹⁷⁶ Ejemplos dramáticos de lo que quiere plantear este autor son, entre otros: (i) el caso del MER-29, fármaco destinado combatir el colesterol, que puesto en circulación el año 1960, causó graves daños a la vista de 50.000 personas aproximadamente; (ii) el caso del ARALEN, medicina contra la artritis, que dejó ciegos a algunos consumidores no ocasionales¹⁹⁷⁷; (iii) el caso del QUADRIGEN, vacuna para los niños que resultó ser fuente de graves inflamaciones en la cabeza¹⁹⁷⁸; (iv) el caso del DES (un estrógeno sintético denominado dietilestilbestrol), que se daba a mujeres con problemas al principio del embarazo, que causaba cáncer en la mujer y malformaciones en las criaturas; (v) etcétera.

En base a tales consideraciones, RODRIGUEZ LLAMAS afirma que el legislador español sólo siguió en parte la solución de la Directiva 85/374, pues si bien acepta la causal de exoneración de responsabilidad por los riesgos del desarrollo, la proscribió para los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano¹⁹⁷⁹, por lo que podría concluirse que, en el caso español, esta causal de exclusión pierde toda importancia, pues no se admite en aquellas áreas donde precisamente es más plausible que ellos se presenten. Esta solución ha sido del agrado de gran parte de la doctrina, que entiende que lo que hizo el legislador español al introducir esta salvedad, es *"...lógico y congruente con el bien protegido, la salud..."*¹⁹⁸⁰ que, recordemos, tiene rango constitucional en el Sistema Jurídico español.¹⁹⁸¹ Pero además, salta a la vista una innegable conclusión: tratándose de estos productos, considerados vitales o de la más alta importancia, la responsabilidad objetiva que se consagra respecto de ellos es, en este punto, de carácter absoluto, pues no cabe la exoneración vía el recurso a los riesgos del desarrollo.

2.5.7.2.- ¿Qué se entiende por medicamentos para estos efectos?

2.5.7.2.1.- Definición de medicamento.

los medicamentos respecto de las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo. Un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE, en Diario La Ley, nº 5810, 25 junio 2003.

¹⁹⁷⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 411.

¹⁹⁷⁶ Citado por RODRIGUEZ LLAMAS. Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 140.

¹⁹⁷⁷ Vid. CARNEVALI, U., *"La responsabilità del produttore"*, Guiffré, Milano, 1979, págs. 33 y 34.

¹⁹⁷⁸ Vid. CARNEVALI, U., *"La responsabilità del produttore"*, Guiffré, Milano, 1979, pág. 226.

¹⁹⁷⁹ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 134.

¹⁹⁸⁰ Vid. FERNANDEZ ROMO, M. del M., *"La responsabilidad civil del producto"*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997, pág. 76.

¹⁹⁸¹ Vid. *supra* apartado 3.2.- La experiencia Europea y el impulso que le dio la UE a la protección del consumidor / Capítulo II EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU PROTECCION / PARTE I.

En el artículo 7.1 de la LdM¹⁹⁸² se explicita qué productos tienen, legalmente, el carácter de medicamentos, entre los cuales se mencionan los siguientes: (i) medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial; (ii) fórmulas magistrales; (iii) preparados oficinales; y, (iv) medicamentos especiales previstos en esta ley. Agrega el apartado 2 de este artículo 7, que se tratarán legalmente como medicamentos, las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales.¹⁹⁸³

Por su parte, el artículo 8.a) de la LdM, define medicamento de uso humano, para distinguirlo de los de uso veterinario¹⁹⁸⁴, expresando, a grandes rasgos, que se trata de toda sustancia o combinación de sustancias que posean propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos, o que pueda usarse o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar su salud.¹⁹⁸⁵

Finalmente, el artículo 7.6 de la LdM, se encarga de puntualizar, en lo que debe entenderse como una medida de protección sanitaria, que en caso de duda acerca de si un producto cualifica como medicamento o no, debe quedar sujeto al régimen de la LdM, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma.¹⁹⁸⁶

Por último y a modo de resumen, insistimos en que lo que no puede perderse de vista en este caso, es que para que exista responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, es indispensable que el medicamento esté destinado al uso humano y que encuadre en la definición legal de producto defectuoso.

¹⁹⁸² Vid. LdM, artículo 7.1. "Sólo serán medicamentos los que se enumeran a continuación: a) Los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial. b) Las fórmulas magistrales. c) Los preparados oficinales. d) Los medicamentos especiales previstos en esta Ley."

¹⁹⁸³ Vid. LdM, artículo 7.2. "Tendrán el tratamiento legal de medicamentos a efectos de la aplicación de esta Ley y de su control general las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales."

¹⁹⁸⁴ Vid. LdM, artículo 8.b), que define medicamento de uso veterinario en los siguientes términos: "Medicamento de uso veterinario: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades animales o que pueda administrarse al animal con el fin de restablecer, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico veterinario. También se consideraran medicamentos veterinarios las premezclas para piensos medicamentosos elaboradas para ser incorporadas a un pienso."

¹⁹⁸⁵ Vid. LdM, artículo 8.a). "Medicamento de uso humano: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico."

¹⁹⁸⁶ Vid. LdM, artículo 7.6. "En caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento se le aplicara esta Ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma."

2.5.7.2.2.- La diferencia entre medicamento de uso humano y producto sanitario.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, de 30 de octubre de 2003¹⁹⁸⁷, sobre los riesgos del desarrollo en relación con unas prótesis mamarias defectuosas, explicita que la causal de exención de responsabilidad en cita, los riesgos del desarrollo, está vedada para los medicamentos, pero no para los productos sanitarios¹⁹⁸⁸, cual es el caso de los implantes mamarios, precisando el alcance de la voz *medicamentos* que emplea esta legislación especial para estos efectos.

Aunque fuerza es decirlo, en este caso el fallo desechó la aplicación de esta excepción de responsabilidad, porque el estado de la ciencia, cuando el producto se puso en circulación, sí permitía conocer las consecuencias tóxicas que podían producirse al usar tales prótesis.¹⁹⁸⁹

2.5.7.2.3.- La regulación norteamericana de la causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, a propósito de los medicamentos.

Como vimos, el artículo 140.3 del TR impide al productor de medicamentos liberarse de responsabilidad invocando la eximente de los riesgos del desarrollo, estén ellos sujetos a prescripción médica o no. En Norteamérica la regulación es diferente, pues bajo la vigencia del *Restatement Second*, la posición mayoritaria plantea que el carácter inevitablemente inseguro de los medicamentos, obliga a considerar caso a caso la situación, valorando sus particulares riesgos y beneficios, así como los diseños alternativos disponibles, salvo que se trate de medicamentos sujetos a prescripción médica¹⁹⁹⁰, altamente beneficiosos, respecto de los cuales los laboratorios productores si pueden beneficiarse de la causal de exoneración de los riesgos del desarrollo sin cortapisas de ninguna índole. Por el contrario, la posición minoritaria abogaba por una regla de inmunidad total para el productor de medicamentos sujetos a receta médica, por los daños causados por los diseños de sus productos, siempre y cuando hubiera informado correctamente a la comunidad médica. El *leading case* que permitió alentar esta premisa, fue *Brown vs.*

¹⁹⁸⁷ Vid. AC 2003/1716.

¹⁹⁸⁸ Vid. LdM, artículo 8.l). "Producto sanitario: cualquier instrumento, dispositivo, equipo, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1. Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad. 2. Diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia. 3. Investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico. 4. Regulación de la concepción y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios."

¹⁹⁸⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 418.

¹⁹⁹⁰ Que suelen denominarse medicamentos éticos, para diferenciarlos de aquellos que no requieren receta o prescripción médica para ser adquiridos, que, por lo común, se denominan OTC por su nombre en inglés: *Over The Counter* o sobre el mesón, por referencia a su condición de venta libre o sin receta médica.

*Superior Court (Abbott Labs.)*¹⁹⁹¹, resuelto por el Tribunal Supremo de California en 1988, en que un gran número de pacientes sufrieron daños derivados del consumo por parte de sus madres del tristemente recordado medicamento DES, fabricado por varios cientos de laboratorios. Este precedente, después fue adoptada por el Tribunal Supremo de Utah, en el caso *Grundberg vs. Upjohn Co.*¹⁹⁹², en el que la demandante alegó que, a consecuencia del consumo de Halcion, una benzodiazepina indicada para tratar el insomnio, había disparado y matado a su madre, ya que entre los potenciales efectos secundarios de este fármaco, se incluían la depresión, psicosis, comportamiento agresivo e instinto homicida. A modo de resumen, en opinión de RAMOS, antes del *Restatement Third*, las jurisdicciones norteamericanas solían inclinarse por aplicar "...el criterio de la alternativa razonable como estándar para la valoración de la responsabilidad del fabricante por los diseños de sus medicamentos, estén o no sujetos a receta médica..."¹⁹⁹³, sin que fuera compulsivo hacerlo.

Sin embargo, como decíamos, esta situación cambió con el *Restatement Third*, que establece obligatoriamente la aplicación del criterio de la alternativa razonable, conforme prevé su artículo 2(b), debiendo la víctima probar que su daño se habría evitado o reducido, mediante la adopción de un diseño alternativo razonable por parte del productor. Aún más, conforme este criterio, el medicamento también sería considerado defectuoso, si el perjudicado logra probar que los efectos secundarios son superiores a sus beneficios terapéuticos, bien porque no es eficaz, bien porque causa daños que son desproporcionados frente a los beneficios que procura.¹⁹⁹⁴ No debe perderse de vista que este precepto sólo aplica a los medicamentos no sujetos a receta médica, esto es, aquellos cuya condición de venta es sin receta o libre (OTC), a los cuales puede acceder cualquiera.

En cambio, para los medicamentos sujetos a receta médica, el criterio de valoración es el del médico razonable o *reasonable physician standard*, según lee el

¹⁹⁹¹ Vid. *Brown vs. Superior Court (Abbott Labs.)*, [751 P. 2d 470 (Cal 1988)].

¹⁹⁹² Vid. *Grundberg vs. Upjohn Co.*, 813 P. 2d 89 (Utah 1991).

¹⁹⁹³ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.", en *InDret*, n° 2, 2005, págs. 13 y 14.

¹⁹⁹⁴ Vid. WAGNER, M. J., PETERSON, L. L., "The New Restatement (Third) of Torts - Shelter from the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufacturers", en *Food and Drug Law Journal*, vol. 53, 1998; KAPLAN, H. L., SAYLER, S. W., THOMAS, S. M., "Third Restatement: New Prescription for Makers of Drugs and Medical Devices; Third Restatement of Torts Draft", en 61 DEF. COUNS. J. 64, 1994; DREIER, W. A., "Manufacturers' Liability for Drugs and Medical Devices under the Restatement (Third) of Torts: Products Liability", en 30 *Seton Hall Law Rev.* 258, 1999; CONK, G. W., "The True Test: Alternative Safer Designs for Drugs and Medical Devices in a Patent-Constrained Market", en 49 *UCLA L. Rev.* 737, 2002; "Is there a design defect in the Restatement (Third) of torts: Products Liability?", en 109 *Yale Law Journal*, 2000; CUPP, R. L., "The Continuing Search for Proper Perspective: Whose Reasonableness Should be at Issue in a Prescription Product Design Defect Analysis?", en 30 *Seton Hall Law Rev.* 233, 1999; GOSSEMENT, A., "Sur la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique à raison des médicaments commercialisés", *Recueil Dalloz*, núm. 29, Paris, 2004; GREEN, M. D., "Prescription Drugs, Alternative Designs, and the Restatement (Third): Preliminary Reflections", en 30 *Seton Hall Law Rev.* 207, 1999; SCHWARTZ, T. M., "The Impact of the New Products Liability Restatement on Prescription Products", en 50 *Food Drug L.J.* 399, 1995.

artículo 6(c) de este *Restatement Third*, cuya idea central es que sólo son defectuosos, los medicamentos que un médico razonable no prescribiría a ninguno de sus pacientes. Desde luego, este criterio que impone el artículo 6(c), ha generado una fuerte discusión, pues puede entenderse que importa una inmunidad para el productor de medicamentos sujetos a prescripción médica, que no se justifica al decir de RAMOS, "...pues no existe una distinción sustancial entre los medicamentos sujetos a prescripción médica y los restantes productos de consumo: ni todos los medicamentos confieren un beneficio importante para la sociedad, ni tienen el monopolio de ser altamente útiles, ni son los únicos que pueden producir un beneficio a una clase de pacientes..."¹⁹⁹⁵, ya que es muy probable que un medicamento que ha sorteado todas las autorizaciones y exigencias de registro sanitario para ser comercializado, efectivamente beneficie a algún grupo de pacientes, por lo que un médico -cualquier médico-, razonablemente podría estar inclinado a recetarlos, más allá de cualquier otra consideración, generando así un espacio o ventana para plantear esta defensa en cualquier caso, amenaza o abuso que evidentemente genera esta crítica de la doctrina.

Resta decir que los ponentes del *Restatement Third*, plantean una lista no exhaustiva de los factores a considerar para determinar cuándo un diseño alternativo es razonable, como son: (i) la magnitud y la probabilidad de los riesgos previsibles de daños; (ii) las instrucciones y advertencias que acompañan al producto; (iii) las ventajas y desventajas del diseño cuestionado y las del diseño alternativo; y, (iv) la repercusión del diseño alternativo en los costes de producción, en la presentación y en la comercialización del producto.

2.5.7.2.4.- El deber de seguimiento del producto, en relación a los medicamentos.

Una pregunta que puede conjugarse en relación a los medicamentos, a los riesgos del desarrollo y a los defectos de información, se relaciona con nueva información que se obtenga sobre el producto, una vez que éste ya ha sido puesto en circulación, obligación que se conoce como deber de seguimiento del producto.

La duda aquí es si, tratándose de medicamentos, el productor sigue constreñido por su deber de informar o advertir, después que lo ha introducido en el mercado, extendiéndose tal deber, al menos, hasta el plazo máximo de prescripción que prevé el TR, ya que siendo los medicamentos productos de una especial naturaleza o condición, la información sobre ellos siempre es de extrema importancia, particularmente en relación a posibles efectos secundarios, que pueden ser detectados en un momento posterior a su introducción al mercado, razón por la cual existen los sistemas de alertas sanitarias y de farmacovigilancia en prácticamente todo el mundo.

¹⁹⁹⁵ Vid. RAMOS GONZALEZ, S., "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.", en *InDret*, n° 2, 2005, pág. 17.

Entendemos que la respuesta debe ser negativa. Es decir, no existe tal deber de seguimiento bajo la nomenclatura del TR. Primero, porque no existe una disposición en este cuerpo normativo que, a texto expreso, lo consagre y, segundo, porque se trataría de una situación imputable subjetivamente al productor, ya que en realidad sería un hecho que él conoce post comercialización del producto y en que se abstiene de informar o advertir al público, incurriendo en una conducta negligente o dolosa, que es reprochable a través del Derecho común o de la legislación sectorial de que se trate, pero no por vía del TR.

Por de pronto y en el sentido indicado, el RD 1801/2003, de 26 de diciembre, relativo a la seguridad general de los productos, en su artículo 4.3 obliga a los productores a mantenerse informados de los riesgos de los productos que han puesto en el mercado, para poder informar convenientemente a los distribuidores. Se agrega que si descubren o tienen indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, deberán adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar tales riesgos, incluyendo entre ellas, las de informar a los consumidores mediante publicaciones especiales, el retiro de los productos del mercado, la recuperación de los productos de manos de los consumidores, etcétera. Y si el productor no cumple con esta obligación, se prevén medidas de intervención administrativa, sea decretando la retirada del producto del mercado o su destrucción, más las sanciones administrativas que correspondan y sin perjuicio de las responsabilidades por los daños ocasionados por tales productos defectuosos o las que se puedan consumir a través de la legislación civil, mercantil, penal y/o normas especiales que puedan resultar aplicables.¹⁹⁹⁶

Con todo, tratándose de medicamentos, pareciera ser que se produce algún grado de contradicción regulatoria, pues pese al riguroso deber de información impuesto a los productores farmacéuticos¹⁹⁹⁷ por el artículo 15 de la LdM¹⁹⁹⁸, acontece que

¹⁹⁹⁶ Vid. SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., *"Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto"*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 54.

¹⁹⁹⁷ Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., *"La responsabilidad por medicamentos defectuosos"*, en RCDI, n° 704, 2007, págs. 2755 y ss.

¹⁹⁹⁸ Vid. LdM, artículo 15. *"Garantías de información. 1. El Ministerio de Sanidad y Consumo regulará los aspectos relativos a las garantías de información: características, extensión, pormenores y lugares donde deba figurar. En todo caso, para la elaboración de esta información sobre el medicamento, su titular proporcionará información escrita suficiente sobre su identificación, indicaciones y precauciones a observar en su empleo. Esta información se presentará, al menos, en la lengua española oficial del Estado y con ella se elaborará la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado. Los textos y demás características de la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado forman parte de la autorización de los medicamentos y han de ser previamente autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Sus modificaciones requerirán asimismo autorización previa. 2. La ficha técnica o resumen de las características del producto reflejara las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y sintetizará la información científica esencial para los profesionales sanitarios. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios aprobará la ficha técnica en la que constaran datos suficientes sobre la identificación del medicamento y su titular, así como las indicaciones terapéuticas para las que el medicamento ha sido autorizado, de acuerdo con los estudios que avalan su autorización. A la ficha técnica se*

la misma disposición restringe el contenido de la información que se debe suministrar al público en general, de acuerdo con el estado presente de los conocimientos científicos. Pero, por otra parte, el artículo 53.3 de la LdM¹⁹⁹⁹, referido a la farmacovigilancia²⁰⁰⁰, establece, entre otras obligaciones de los titulares de la autorización sanitaria para comercializar el producto, el deber de informar a las autoridades sanitarias de todo efecto adverso del que puedan sospechar, como de toda nueva información sobre seguridad de los medicamentos, la que deben mantener actualizada permanentemente y si esa información le parece relevante desde la óptica de la salud pública a las autoridades sanitarias, son estas últimas las que quedan obligadas a garantizar el acceso público a ella, desplazándose el deber de informar desde el productor hacia la autoridad

acompañara, preceptivamente, información actualizada del precio del medicamento, y, cuando sea posible, la estimación del coste del tratamiento. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios pondrá la ficha técnica a disposición de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, de los colegios u organizaciones profesionales, de los médicos, odontólogos y farmacéuticos en ejercicio y, en su caso, de los veterinarios en ejercicio. El titular de la autorización estará obligado a poner la ficha técnica actualizada a disposición de las Administraciones sanitarias y de los profesionales en todas sus actividades de promoción e información en los términos establecidos reglamentariamente. 3. El prospecto, que se elaborara de acuerdo con el contenido de la ficha técnica, proporcionara a los pacientes información suficiente sobre la denominación del principio activo, identificación del medicamento y su titular e instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sobre los efectos adversos, interacciones, contraindicaciones, en especial los efectos sobre la conducción de vehículos a motor, y otros datos que se determinen reglamentariamente con el fin de promover su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación. El prospecto deberá ser legible, claro, asegurando su comprensión por el paciente y reduciendo al mínimo los términos de naturaleza técnica. 4. En el etiquetado figuraran los datos del medicamento, como la denominación del principio activo, del titular de la autorización, vía de administración, cantidad contenida, número de lote de fabricación, fecha de caducidad, precauciones de conservación, condiciones de dispensación y demás datos que reglamentariamente se determinen. En cada embalaje figuraran codificados los datos del Código Nacional del Medicamento, el lote y unidad que permitan su identificación de forma individualizada por medios mecánicos, electrónicos e informáticos, en la forma que se determine reglamentariamente. En el embalaje deberá incluirse un espacio en blanco a rellenar por el farmacéutico donde este podrá describir la posología, duración del tratamiento y frecuencia de tomas. Al dispensar un medicamento, las oficinas de farmacia deberán emitir un recibo en el que se haga constar el nombre del medicamento, su precio de venta al público, y la aportación del paciente. En el caso de los medicamentos publicitarios, el recibo hará constar, además, el descuento que, en su caso, se hubiese efectuado. 5. A fin de garantizar el acceso a la información de las personas invidentes o con discapacidad visual, en todos los envases de los medicamentos deberán figurar impresos en alfabeto braille los datos necesarios para su correcta identificación. El titular de la autorización garantizará que, previa solicitud de las asociaciones de pacientes afectados, el prospecto esté disponible en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial. 6. Los medicamentos se elaboraran y presentaran de forma que se garantice la prevención razonable de accidentes, especialmente en relación con la infancia y personas con discapacidad. Los envases llevaran, en su caso, algún dispositivo de precinto que garantice al usuario que el medicamento mantiene la composición, calidad y cantidad del producto envasado por el laboratorio. Asimismo, los embalajes incluirán el símbolo autorizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, a efectos de facilitar la aplicación y desarrollo del sistema de recogida de residuos de medicamentos y favorecer la protección del medio ambiente."

¹⁹⁹⁹ Vid. LdM, artículo 53.3. "Los titulares de la autorización también están obligados a comunicar a las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas las sospechas de reacciones adversas de las que tengan conocimiento y que pudieran haber sido causadas por los medicamentos que fabrican o comercializan, de conformidad con las buenas prácticas de farmacovigilancia. Asimismo, estarán obligados a la actualización permanente de la información de seguridad del producto, a la ejecución de los planes de farmacovigilancia y programas de gestión de riesgos y a la realización de una evaluación continuada de la relación beneficio riesgo del medicamento, conforme a las directrices nacionales y europeas en la materia. Cuando las autoridades sanitarias consideren que dicha información sobre seguridad interesa de forma relevante a la salud pública, garantizarán el acceso público a la misma."

²⁰⁰⁰ Entiéndase por farmacovigilancia, la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos que puedan provocar.

sanitaria²⁰⁰¹, lo que obviamente abre una puerta a la exención de responsabilidad del productor, quien, por una parte sólo debe informar aquello a lo que se le obliga por el régimen regulatorio aplicable y de otra, encuentra un argumento normativo para decir que cumple con cualquier obligación en este sentido, informando a la autoridad sanitaria, la que de no informar al público, pone sobre su cabeza la responsabilidad consiguiente por todos los daños que, de haberse advertido e informado a tiempo, se habrían evitado, yéndose así contra los principios inspiradores de esta preceptiva especial, radicándose así la responsabilidad por tal daño en el Estado.

2.5.8.- ¿Qué se entiende por alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, para estos efectos?

Los alimentos y productos alimentarios se definen en el Código Alimentario Español²⁰⁰², cuyo artículo 1.02.01 establece que tienen la consideración de alimentos *"Todas las sustancias o productos de cualquier naturaleza, sólidos o líquidos, naturales o transformados, que por sus características, aplicaciones, componentes, preparación y estado de conservación, sean susceptibles de ser habitual e idóneamente utilizados a alguno de los fines siguientes: a) para la normal nutrición humana o como fruitivos; b) como productos dietéticos, en casos especiales de alimentación humana."* Por su parte, productos alimentarios son todas las materias no nocivas, en sentido absoluto o relativo, que sin valor nutritivo, puedan ser utilizadas en la alimentación.

Explica VATTIER²⁰⁰³, que la noción Comunitaria de alimento se extiende tanto a los alimentos, como a los productos alimentarios, pero no comprende los útiles alimentarios.²⁰⁰⁴ Por ende, como es obvio, no puede invocarse esta causal respecto de los útiles alimentarios.

En todo caso, es necesario tener presente que los alimentos y los productos alimentarios deben estar destinados al consumo humano, para que se impida alegar esta causal de exoneración a su productor.

²⁰⁰¹ Que conforme al apartado 4 del artículo 53 en cita, deberá trasladar la información recibida a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, para que sea esta Agencia la que adopte las medidas que estime pertinentes desde la óptica de la salud pública y el eventual riesgo sanitario de la población.

²⁰⁰² Vid. Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre, Código Alimentario Español.

²⁰⁰³ Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., *"Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria"*, en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004, pág. 52.

²⁰⁰⁴ Vid. Código Alimentario Español, artículo 1.02.14. *"Útiles alimentarios. Tendrán la consideración de útiles alimentarios los vehículos de transporte, maquinaria, utillajes, recipientes, envases, embalajes, etiquetas y precintos de todas clases en cuanto usualmente se utilicen para la elaboración, fraccionamiento, conservación, transporte, rotulación, precintado y exposición de alimentos o de productos alimentarios. / Tendrán la misma consideración los productos, materias, utensilios y enseres de uso y consumo doméstico."*

De otra parte, nótese que en relación al tabaco, al ser considerado éste como un alimento²⁰⁰⁵, no puede alegarse a su respecto esta causal de exoneración²⁰⁰⁶, aunque en nuestro concepto, el tabaco no constituye un producto defectuoso, pues se diseña y fabrica para ser fumado en forma de cigarrillos y se informa sobre los riesgos que su consumo pueda involucrar, de forma tal, que nos parece que nadie puede, razonable y legítimamente, alentar una expectativa de seguridad al consumirlo²⁰⁰⁷, por lo que no cabe considerarlo un producto defectuoso, aunque si peligroso, pues se le asocia epidemiológicamente como un factor de riesgo de ciertas enfermedades.

2.5.9.- La pertinencia del productor en poner en circulación un producto cuyos defectos ya son posibles de conocer, gracias a los avances de la ciencia y tecnología.

Estamos hablando de la situación en que un productor continúa poniendo en circulación un producto, aunque ya los avances de los conocimientos científicos y técnicos permiten conocer el carácter defectuoso del producto. Evidentemente, en este caso, la causal de exclusión de responsabilidad en estudio no aplica, pues no concurre ninguno de sus supuestos.

En este caso, más bien parece que nos enfrentamos a un productor que, a sabiendas del defecto del producto, lo pone en circulación, figura en que además de responder conforme a esta preceptiva especial, seguramente habrá incurrido en responsabilidades de índole penal.²⁰⁰⁸

2.5.10.- Los riesgos del desarrollo y la puesta en circulación de un producto más perfeccionado.

Es necesario no confundirse entre la puesta en circulación de un producto más perfeccionado y los riesgos del desarrollo.

En el primer supuesto, se alude a un producto que no es defectuoso al ser puesto en circulación, pero la posterior evolución de la ciencia o tecnología, muestran que

²⁰⁰⁵ El tabaco es considerado como producto alimentario, conforme lee el Código Alimentario Español, Sección 8ª, Capítulo XXV. Sin embargo, el Reglamento europeo núm. 178/2002, que establece los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, excluye el tabaco y los productos tabaqueros de la definición de alimentos que ofrece.

²⁰⁰⁶ Vid. VILLANUEVA LUPION, C., "La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras", en La Ley, 2002-3, pág. 1620.

²⁰⁰⁷ Vid. *supra* apartado 3.2.- El sentido de las frases "...la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho..." empleada en la definición de producto defectuoso contenida en la Directiva 85/374 y "...la seguridad que cabría legítimamente esperar..." utilizada en la definición de defecto que consagra el TR; apartado 3.3.- El alcance de la frase "...teniendo en cuenta todas las circunstancias..." que emplean las definiciones de la Directiva 85/374 y del TR; apartado 3.3.1.- La presentación del producto; apartado 3.3.2.- Su uso razonablemente previsible / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²⁰⁰⁸ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E. , "La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos", Bosch, Barcelona, 2001.

es posible perfeccionarlo. Esta situación está regulada en los artículos 6.2 de la Directiva 85/374 y 137.3 del TR²⁰⁰⁹, disposiciones que dan cuenta que, en tales casos, no estamos frente a un producto defectuoso.²⁰¹⁰

En el segundo supuesto, ocurre que al ser puesto en circulación el producto, éste ya era defectuoso, pero el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía advertir o columbrar su defecto, situación enteramente distinta a la anterior y que, como sabemos, origina la excepción en estudio.

2.5.11.- Los riesgos del desarrollo y las lagunas del desarrollo.

TALLONE explica la diferencia entre riesgos del desarrollo y las denominadas *lagunas del desarrollo*, que se refieren a riesgos del producto perfectamente conocidos al momento de su puesta en circulación, aunque el estado de la ciencia y de la técnica no permiten acceder a mecanismos capaces de evitarlos, prevenirlos o reducirlos.²⁰¹¹

Y, precisamente por ser conocidos estos riesgos, aunque imposibles de evitar, no podrían constituir un producto defectuoso, ya que nadie podría hacerse una expectativa legítima de seguridad sobre su uso o consumo, fallando un requisito esencial del concepto normativo de defecto.

2.5.12.- ¿Existe un deber de retiro del mercado (o *recall*) o de recuperación de los productos que fueron puestos en circulación, sin advertir su defecto?

Nos referimos a la situación que se presenta respecto de productos que portan un defecto y que ya fueron distribuidos, estando en condición de ser usados o consumidos y respecto de los cuales su productor puede invocar la causal de exclusión de responsabilidad en comento: ¿Puede imponerse al productor que puso en circulación un producto, la obligación de retirarlo del mercado cuando sea posible detectar ese defecto de que adolecía, gracias al desarrollo de los conocimientos científicos y técnico?²⁰¹²

De la sola lectura de la Directiva 85/374 y del TR, no parece posible deducir una obligación de retirar esos bienes del mercado por parte de su productor. No

²⁰⁰⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 6.2. "Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado." / TR, artículo 137.3. "Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."

²⁰¹⁰ Vid. *supra* apartado 3.- El concepto de producto defectuoso / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²⁰¹¹ Vid. TALLONE, F. C., "Daños causados por productos elaborados", Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 87.

²⁰¹² Nos referimos a una eventual obligación de retirada del mercado o *recall* del producto defectuoso, regulada específicamente en la Directiva 85/374 y/o en el TR, prescindiendo de regulaciones sectoriales al respecto y del RD 1801/2003, de seguridad general de los productos.

obstante, una interpretación extensiva del artículo 6.1 de la Directriz Comunitaria²⁰¹³, permitiría entender que en tales casos, el productor al menos estaría obligado a advertir a los consumidores del defecto detectado y del peligro al que se exponen, pues si un producto es defectuoso "*...cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias...*", sería posible concluir que dentro de *las circunstancias* a las que se refiere genéricamente este precepto, puede entenderse incluido este suceso sobreviniente, y, por ende, reformular el concepto de producto defectuoso en términos tales, que extienda sus fronteras para incluir un caso como el referido, aunque claro está, este es un comentario de *lege ferenda*.²⁰¹⁴

En opinión de IÑIGO, llegado el momento en que conforme el estado de la ciencia y de la técnica se conoce o se pone de manifiesto el defecto del producto, sin duda al productor le corresponde el deber de retirar el producto del mercado.²⁰¹⁵ Pensamos que si bien esta no es una obligación que emane de esta legislación especial, el más nimio sentido de justicia indica que es eso lo que corresponde hacer, incluso a falta de regulación sectorial y más allá del deber general de seguridad de los productos, honrado el viejo axioma jurídico *no dañaras*, pues de saber sobre la existencia del defecto del producto y su potencialidad dañosa, nos parece que el perjudicado tendrá acciones penales y civiles para perseguir la responsabilidad del productor y, según las circunstancias del caso, contra los distribuidores y proveedores que sabiendo de ello, hayan permanecido callados o pasivos, en una posición de extrema indolencia, esperando que se produzca un desenlace dañoso en perjuicio de un usuario o consumidor totalmente desprevenido.

La jurisprudencia nos entrega algunos casos interesantes para analizar, e intentar comprender los alcances y complejidades que suscitan los retiros de productos del mercado, en el caso de los medicamentos, probablemente los productos más expuestos a este tipo de situaciones, atendida su propia naturaleza y la latencia de detección de efectos secundarios, después que han sido introducidos en el mercado, pese a haber sorteado todas las aprobaciones y pruebas de rigor exigidas por las autoridades sanitarias competentes. Verbigracia, la SAP de Huesca, de 18 de abril de 2000²⁰¹⁶, refiere el caso de un laboratorio fabricante de cierto fármaco, que solicitó a la Autoridad Sanitaria "*...permiso para proceder al canje de*

²⁰¹³ Vid. Directiva 8/374, artículo 6.1. "*Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación.*"

²⁰¹⁴ Según IÑIGO, el productor está obligado a retirar el producto defectuoso del mercado, aunque su análisis es más bien desde la óptica de la legislación y dogmática penal. Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., "*La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*", Bosch, Barcelona, 2001, pág. 234.

²⁰¹⁵ Vid. IÑIGO CORROZA, M. E., "*La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*", Bosch, Barcelona, 2001, pág. 234.

²⁰¹⁶ Vid. AC 2000/1214.

determinados lotes, debido a la comunicación de algunas respuestas inhabituales al tratamiento que inducían a pensar en una deficiencia en la dosificación de las mismas; alteraciones que precisamente coincidieron con un cambio en la materia prima, consistente en que uno de sus componentes no estaba micronizado...", en lo que es una evidente acción de retiro y recuperación de un medicamento defectuoso del mercado. En igual sentido se pronuncian la SAP de Barcelona, de 17 noviembre de 2003²⁰¹⁷ y la SAP de Málaga, de 13 de julio de 2004²⁰¹⁸, que a fin de corroborar el carácter defectuoso de un medicamento, causado por el cambio en sus materias primas, que disminuyó el grado de absorción del medicamento por el organismo humano, destacó que la propia empresa productora *"...ordenó la retirada del mercado de las partidas defectuosas del indicado medicamento, y llegó a soluciones amistosas para indemnizar a diversos perjudicados por el mismo motivo."*²⁰¹⁹

2.5.13.- ¿Aprovecha esta causal de exclusión de responsabilidad al proveedor?

En opinión de CILLERO DE CABO, el fundamento de esta causal de exoneración reside *"...en la propia naturaleza de la responsabilidad objetiva. Ésta no puede ser absoluta (y lo sería si debieran indemnizarse, entre otros, los daños derivados de los riesgos del desarrollo), porque no podrían satisfacer de forma eficiente la función distributiva de los riesgos. Tampoco podrían asegurarse contra ellos los responsables..."*²⁰²⁰, validando la existencia de esta causal de exoneración de responsabilidad en favor del productor.

Por idénticas razones, tenemos que entender que al proveedor también le aprovecha esta causal de exención de responsabilidad, pues él tampoco podría asegurarse contra estos riesgos y, en consecuencia, no podría distribuir eficazmente el coste de su responsabilidad. Y si el legislador Comunitario legitimó que el productor no respondiera por ellos, parece ilógico sostener que, de develarse un defecto en el tiempo que media entre la puesta en circulación del producto hecha por él y la que realizó el proveedor, deba responder éste último, quien tampoco tiene cómo ni por qué conocerlos, ni cómo controlarlos. Aún más, si esgrimida que fuere esta causal de exclusión de responsabilidad, el proveedor prueba que al momento en que distribuyó el producto defectuoso, el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes no permitía apreciar la existencia del defecto, en verdad sólo se está reafirmando que antes, en el momento en que el productor puso el producto defectuoso en circulación, ni ese productor ni ningún

²⁰¹⁷ Vid. JUR 2004/5123.

²⁰¹⁸ Vid. AC 2004/1779.

²⁰¹⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, nota 345, pág. 154.

²⁰²⁰ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 174

proveedor, podían percatarse de ello, dando plena cabida a esta eximente de responsabilidad en su favor.

2.6.- Sexta causal: el productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable, si prueba que el defecto es imputable a la concepción o al diseño del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el productor final de ese producto.

Esta causal de exoneración está concebida únicamente en favor del productor parcial o de parte integrante, según se lee de los artículos 7.f) de la Directiva 85/374 y 140.2 del TR²⁰²¹, por lo que el productor del producto final, no la puede invocar a su favor.

Como dice BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, el productor de una materia prima o de una parte integrante, podrá salvar su responsabilidad, probando que el defecto no procede de la materia prima o de la parte integrante con la que ha contribuido a la fabricación del producto defectuoso.²⁰²² Y, en opinión de CILLERO DE CABO, esta causal de exoneración de responsabilidad también es aplicable al proveedor de una materia prima o parte integrante.²⁰²³ De modo que si el productor de una parte integrante se exime de responsabilidad, al probar que el defecto se debe al diseño o proyecto de la parte integrante o componente concebido por el productor final, o que el defecto se debe a las instrucciones que recibió de este último, es posible concluir que el proveedor de la parte integrante también puede invocar estas circunstancias para quedar liberado de responsabilidad, aunque, fuerza es decirlo, estamos hablando de él como sujeto responsable, porque no ha sido capaz de identificar a ese productor final, lo que vuelve complejo, al menos teóricamente, que en verdad pueda invocar esta causal.

2.7.- Límites temporales que puede invocar el proveedor para eximirse de responsabilidad: (i) la prescripción; (ii) la caducidad; y (iii) la puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la LPD).

Como sabemos, el régimen de responsabilidad objetiva que instituye la Directiva 85/374 y su norma tributaria, el TR, no es objetivo absoluto, sino matizado, pues se han incluido una serie de contrapesos. Por lo pronto, están las causales de exclusión de responsabilidad que venimos estudiando, pero también ciertos

²⁰²¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.f). "o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto." / TR, artículo 140.2. "El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto."

²⁰²² Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 124.

²⁰²³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 175

límites temporales que, cumplidos, liberan de toda responsabilidad al productor, aunque el producto sea defectuoso y haya causado daño. Tal y como dice ALCOVER, para que el productor no quedara en una posición excesivamente gravosa, se equilibró la imposición de esta responsabilidad objetiva, con el establecimiento de estos límites temporales²⁰²⁴, como son: (i) la prescripción; (ii) la caducidad; y (iii) la puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994.

Por último, GUTIERREZ SANTIAGO agrega que no son descartables justificaciones *"...de política económica orientadas a no desmotivar la innovación tecnológica y a facilitar la asegurabilidad del riesgo..."*²⁰²⁵, las que explican la existencia de estos límites temporales de responsabilidad en comento.

2.7.1.- La prescripción.

El transcurso del tiempo es uno de los hechos jurídicos más importantes en cualquier Sistema Jurídico, sobre todo en relación a la denominada prescripción extintiva, en cuya virtud, se pierde un derecho, cuando no se ejerce por un determinado periodo de tiempo, reunidos los demás requisitos que exige la ley.²⁰²⁶

Como dice LASARTE, los derechos subjetivos son otorgados por las leyes con la finalidad de ser ejercitados efectivamente y dentro de un periodo razonable de tiempo.²⁰²⁷ Por ello es que el transcurso del tiempo acarrea la pérdida o decadencia del ejercicio de los derechos para su titular, caso en el cual, se habla de una prescripción extintiva de los derechos.²⁰²⁸ DIEZ-PICAZO y GULLON definen la prescripción extintiva como *"...la extinción de un derecho subjetivo, producida por una prolongada inercia de su titular, o como la inadmisibilidad del acto de ejercicio de un derecho por el carácter retrasado del mismo..."*²⁰²⁹ y, como se sabe, debe ser alegada por el interesado.²⁰³⁰ Ella busca evitar la incertidumbre permanente e

²⁰²⁴ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 52.

²⁰²⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 552.

²⁰²⁶ Vid., entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *"Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General"*, Edersa, Madrid, 1986, pág. 403; PUIG BRUTAU, J., *"Caducidad y prescripción extintiva"*, Bosch, Barcelona, 1986, pág. 7; ALBADALEJO, M., *"Derecho Civil, I. Introducción y Parte General, Volumen segundo, La relación, las cosas y los hechos jurídicos"*, Bosch, Barcelona, pág. 495; DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A., *"Sistema de Derecho Civil"*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 447; REGLERO CAMPOS, F., *"Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema LRPC, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, nº 5, 1995; 'La prescripción de la acción de reclamación de daños', en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002.

²⁰²⁷ Vid. LASARTE ALVAREZ, C., *"Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona"*, Trivium, Madrid, 1992, pág. 179.

²⁰²⁸ Vid. LASARTE LAVAREZ, C., *"Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la persona"*, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 163.

²⁰²⁹ Vid. DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A., *"Instituciones de Derecho Civil, Volumen I"*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 201.

²⁰³⁰ Así lo ha dicho el TS. Entre otras, Vid. STS, de 27 de mayo de 1991 (R. 3839).

indefinida de los derechos, por lo que se la considera como una de las manifestaciones más señeras de la seguridad jurídica.

Mucho se ha discutido sobre la justificación y el fundamento de esta institución jurídica. En palabras de DIEZ-PICAZO y GULLON, de ella se ha dicho que *"...es una institución radicalmente inmoral e injusta, pues cien años de injusticia no pueden crear uno de derecho.."*. Y, para otros, en la trinchera opuesta, es una institución *"...necesaria para el orden social y para la legalidad jurídica, introducida en atención al bien público. No es justo que una persona resucite pretensiones antiguas, de las cuales puede incluso haberse perdido la memoria y que ponga en peligro con ello la situación quieta y pacíficamente mantenida por otras personas durante largo tiempo. Por el contrario, es justo que el titular de un derecho sea diligente en orden a su ejercicio, y que si no lo es, el perjuicio deba pararle a él."*²⁰³¹ REGLERO abona argumentos a esta discusión, resaltando que pocas instituciones jurídicas han provocado reacciones tan encontradas. Es así como se la ha catalogado desde *"...algo absolutamente necesario para el orden social (humano generi, profunda quiete, pospexit)..."* hasta *"...una institución indeseable (impium praesidium, totum peccandi locum)."*²⁰³²

La prescripción, como modo de extinguir la responsabilidad del productor, está consagrada en los artículos 10.1 de la Directiva 85/374 y 143.1 del TR²⁰³³, que disponen que la acción de resarcimiento por los daños causados por un producto defectuoso prescribirá en el plazo de 3 años²⁰³⁴ *"...a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor..."* nos dice la norma Comunitaria; o *"...a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio..."*, nos dice el TR; asimetría de términos que, como veremos enseguida, genera más de un problema de interpretación acerca del inicio del cómputo del *dies a quo*.

²⁰³¹ Vid. DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A., *"Instituciones de Derecho Civil, Volumen I"*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 500.

²⁰³² Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., *"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXV, Vol. 2º, Artículos 1961 al final del Código Civil"*, Edersa, Madrid, 1994, pág. 2.

²⁰³³ Vid. Directiva 85/374, artículo 10.1. *"Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor."/* TR, artículo 143.1. *"La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización."*

²⁰³⁴ Es evidente que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, pues el artículo 143.2 del TR expresa que: *"La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código Civil..."*, lo que despeja toda duda.

El TR, al igual que la derogada LPD, obvia una mención expresa acerca de la cualidad contractual o extracontractual del régimen de responsabilidad que disciplina y, como dice GUTIERREZ SANTIAGO, soliviantando *"...esa dicotomía, lima la diferencia de los catorce años que separan los respectivos plazos de prescripción de una y otra, al unificar y fijar en tres años el plazo de prescripción de la acción de reparación de los daños causados por un producto defectuoso."*²⁰³⁵

Respecto del inicio del término de prescripción -como decíamos-, el TR introduce una innovación en la manera de computarlo, pues desmarcándose de la Directiva 85/374²⁰³⁶, fija el *dies a quo* del inicio del término extintivo -según lee su artículo 143.1- *"...a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio..."*, esto es, desde el momento en que se verificó el daño, a condición de que se conozca al responsable del perjuicio.²⁰³⁷ Esta disposición encuentra su antecedente inmediato en el artículo 12.1 de la derogada LPD²⁰³⁸, que el TR preservó en los mismos términos en el referido artículo 143.1. Esta redacción del legislador español, al decir de GUTIERREZ SANTIAGO, *"...dista bastante de ser clara y puede llegar a producir algunos desajustes a la hora de su aplicación en la práctica, básicamente por haber concretado el inicio del plazo en el momento efectivo de producción del daño (y no en el de conocimiento del mismo por parte del perjudicado, que puede llegar a ser muy posterior en el tiempo) y por postergar dicho dies a quo hasta el momento en que se conozca al responsable (sin que baste simplemente con conocer la identidad del productor)."*²⁰³⁹ Como señala RODRIGUEZ LLAMAS, en realidad al perjudicado se le está imponiendo un verdadero *"... deber de diligencia a la hora de averiguar las circunstancias que determinan el inicio del plazo de prescripción..."*²⁰⁴⁰, lo que puede devenir en una exigencia imposible de cumplir y, por ende, en una situación en que se consume la prescripción incluso sin que el propio perjudicado se haya podido percatar. Sumándose a esta crítica, aunque en relación al artículo 12.1 de la derogada LPD, CILLERO DE CABO afirmaba que *"...la elección del momento a partir del cual comienza a correr dicho plazo no ha sido tan acertada..."*²⁰⁴¹, pues el referido artículo 12.1 decía que la acción prescribía en el plazo de 3 años *"...a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que*

²⁰³⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 539.

²⁰³⁶ El artículo 10 de la Directiva 85/374 fija el inicio del *dies a quo* en la fecha en que el perjudicado tuvo o debería haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.

²⁰³⁷ Vid. LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 98.

²⁰³⁸ Vid. LPD, artículo 12.1. *"La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en esta Ley prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio."*

²⁰³⁹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 542.

²⁰⁴⁰ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1977, pág. 202.

²⁰⁴¹ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 190.

se conozca al responsable de dicho perjuicio...", lo que significa que el plazo podría empezar a correr pese a que el perjudicado no supiera que el daño se ha producido. La misma crítica cabe respecto del artículo 143.1 del TR, que mantuvo la idea de que el plazo empieza a correr desde que el perjudicado sufrió el perjuicio y no desde que lo conoce.

Haciéndose eco de esta advertencia, la SAP de Baleares, de 28 diciembre 2004²⁰⁴², también enfatiza las diferencias que en materia de prescripción presentan la Directiva 85/374 y la derogada LPD, acotaciones y precisiones que rescatamos, pues siguen siendo pertinentes, ya que el tenor del artículo 143.1 del TR es idéntico al del mencionado artículo 12.1 de la derogada LPD. En efecto, expresa esta sentencia que la Directiva 85/374 contempla un plazo de 3 años *"...que se inicia en la fecha en que el perjudicado tenga conocimiento o debería haberlo tenido del daño, del defecto y de la identidad del productor. Sin embargo, la Ley española determina en su art. 12 [alude a la LPD] que el cómputo para ejercitar la acción comenzará a contarse desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio por defecto del producto, siempre que conozca al responsable de dicho perjuicio."* Agrega este fallo que, perfectamente puede suceder, *"...que no haya coincidencia entre la fecha en la que se ha sufrido el daño y aquella otra en la que se toma conciencia del mismo, supuesto en el que podría pasar el plazo de prescripción. Por otro lado, en nuestra normativa no se contempla el triple mecanismo de seguridad que acoge la Directiva, ya que en ésta no empieza a contar el plazo de prescripción sino cuando el perjudicado conoce o debería haber conocido tres elementos, como son el daño, el defecto del producto y el fabricante..."*. Termina señalando esta sentencia, que la legislación española agrega una exigencia que no proviene de la Directiva 85/374, como es que el perjudicado conozca al responsable del daño, en circunstancias que la norma Comunitaria sólo exige conocer la identidad del productor o, en su caso, la del importador Comunitario, quienes responden por el mero hecho de detentar esa calidad, sin que tenga trascendencia alguna, que sean o no responsables del daño. Entonces, fuerza es concluir que para que empiece a correr este plazo de prescripción, deben darse 2 requisitos copulativos: (i) que se verifique el perjuicio; y (ii) que el perjudicado conozca al responsable de su perjuicio.

Con todo, debemos decir que esa línea interpretativa es perfectamente discutible, pues si las normas de actuación deben interpretarse conforme a la Directiva que transponen, debe concluirse, siguiendo lo establecido por la Directiva 85/374, que el plazo de prescripción de 3 años comienza a correr sólo desde que el perjudicado conoce o ha podido conocer que el daño se ha producido, la existencia del defecto y la identidad del productor del producto defectuoso que le causó el daño. En este contexto, vale la pena rescatar las opiniones de GOMEZ LAPLAZA y DIAZ ante la antinomia que presentan los aludidos preceptos de la Directiva 85/374 y el TR en

²⁰⁴² Vid. JUR 2005/38399.

materia de prescripción de la acción resarcitoria, para quienes las diferencias o desajustes entre las normas citadas no dejan espacio "...para la opción del legislador nacional..." pues "...el texto comunitario debe ser de aplicación preferente..."²⁰⁴³, en lo que, nos parece de toda evidencia, debiera ser una guía frente a conflictos interpretativos entre estos 2 preceptos. En definitiva, concluye CILLERO DE CABO que este plazo "...no empieza a contar hasta que el perjudicado adquiere conciencia de su derecho a reclamar, y una vez que dispone de la información indispensable para ejercitar la acción de reclamación..."²⁰⁴⁴, en línea con el Considerando 10º de la Directiva 85/374²⁰⁴⁵, lo que para RODRIGUEZ CARRION "...favorece, sin el menor género de dudas, al perjudicado..."²⁰⁴⁶, pues mientras el TR se focaliza en un hecho objetivo, como es la materialización del daño, la Directiva 85/374 lo remite a una situación subjetiva, constituida por el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento, o debiera haberlo tenido, del daño, del defecto y de la identidad del responsable, lo que normativamente importa un llamado a indagar por un elemento anímico del perjudicado, puramente interior, quien siempre podrá argüir que recién ha tomado conocimiento del defecto del producto, pese a que el daño se haya verificado hace mucho tiempo atrás, burlando así el transcurso del término extintivo, abriendo las puertas al reclamo indemnizatorio.

En síntesis, puede colegirse que las exigencias que impone el artículo 10.1 de la Directiva 85/374 para que empiece a correr este plazo de prescripción, son mayores que las previstas por el TR, en evidente beneficio del perjudicado, pues debe conocer o debería haber conocido²⁰⁴⁷ 3 datos: (i) el daño; (ii) el defecto del producto; y (iii) la persona del productor. Y decimos que se trata de una situación favorable para el perjudicado, porque aunque el plazo de 3 años no es excesivo, éste sólo empieza a correr desde que el perjudicado conoce los citados 3 extremos. Por lo que el desconocimiento de cualquiera de ellos, impide que comience a correr este término extintivo, lo que en la práctica puede conducir a la imprescriptibilidad de las acciones resarcitorias contempladas en la Directiva 85/374, conclusión que, fuerza es decirlo, tampoco es sistémica, pues atentaría contra el valor de la seguridad jurídica. Ante tal anómala posibilidad, el remedio del legislador Comunitario fue contemplar un plazo de caducidad, como bien apunta BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO.²⁰⁴⁸ Lo que significa que la acción indemnizatoria, en todo caso,

²⁰⁴³ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., "Responsabilidad civil por los daños causados por producto defectuosos", en AC, nº 25, 1995, págs. 539 y ss.

²⁰⁴⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág. 192.

²⁰⁴⁵ Vid. Directiva 85/374, Considerando 10º. "Considerando que el establecimiento de un plazo de prescripción uniforme para las acciones de resarcimiento redundaría en beneficio tanto del perjudicado como del productor"

²⁰⁴⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 275.

²⁰⁴⁷ Se quiere enfatizar que el término extintivo corre desde que el titular del derecho tuvo conocimiento o pudo razonablemente tener conocimiento de que podía ejercitar el derecho. Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la persona", Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 165.

²⁰⁴⁸ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985", en EC, nº 7, 1986, pág. 114.

debe ejercerse dentro del límite de los 10 años contados desde la puesta en circulación del producto de que se trate, a fin de que no haya operado la caducidad de los derechos del perjudicado que contempla esta legislación especial²⁰⁴⁹, cerrando así el círculo, con una solución coherente.

Sin perjuicio de la serie de críticas que pueden formularse contra esta desarmonía normativa entre los artículos 10.1 de la Directiva 85/374 y 143.1 del TR, hay una ventaja innegable en la disposición del TR y es que flexibiliza el inicio del cómputo extintivo en favor del perjudicado, al agregar el requisito de conocimiento de la persona responsable del daño, quien no necesariamente es el productor, sino cualquiera de los sujetos pasivos que consagra esta legislación especial y, además, amplía el plazo de prescripción de 1 año del CC.

Nótese, por último, que aún es posible identificar otra aparente contradicción entre los artículos 10.1 de la Directiva 85/374 y el artículo 143.1 del TR²⁰⁵⁰, pues el primero alude a que se debe conocer "*la identidad del productor*" y el segundo a que se debe conocer "*al responsable*" del perjuicio, al referirse a los 3 requisitos que deben concurrir para que comience a computarse el plazo de prescripción. Nos da la impresión que es más feliz -protectora- para el perjudicado, la redacción de la Directiva 85/374 que la del TR en este punto, pues al perjudicado no le corre plazo según la norma Comunitaria, sino hasta que sabe quién es el productor del producto defectuoso (o algún sujeto asimilado a él) que le causó el daño. Mientras que según el TR, si ya conoce al proveedor que le suministró el producto, pero no a su productor, debe entenderse que se inició el conteo del término de prescripción, pues bajo la voz "*responsable*", indudablemente queda incluido el proveedor según esta legislación especial.²⁰⁵¹

La Directiva 85/374 se refiere tanto a la suspensión como a la interrupción de la prescripción, mientras que el TR sólo regula la interrupción de la prescripción, situación que para RODRIGUEZ CARRION no es extraña en el contexto del Sistema Jurídico español, pues el CC únicamente "*...regula la interrupción de la prescripción, pero no recoge la suspensión, a pesar de lo cual ésta se produce en ciertos casos,*

²⁰⁴⁹ Vid. *infra* apartado 2.7.2.- La caducidad / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

²⁰⁵⁰ Vid. Directiva 85/374, artículo 10.1. "*Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños, prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.*" / TR, artículo 143.1. "*La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización.*"

²⁰⁵¹ Vid. PIZZORNO, S., "*La responsabilità del produttore nella Direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europea (85/374/CEE)*", en Riv. dir. comm., 1988, pág. 247.

considerando como supuestos de interrupción lo que en el Derecho comparado son causas de suspensión."²⁰⁵²

En relación a la interrupción de la prescripción, el TR no contiene ninguna disposición especial, puesto que de manera expresa el artículo 143.2 de esa compilación, refiere que todo lo concerniente a la interrupción de la prescripción se regirá por las normas del CC²⁰⁵³, esto es, por lo prevenido en los artículos 1973 y 1974²⁰⁵⁴, conforme la autorización prevista en el artículo 10.2 de la Directiva 85/374.²⁰⁵⁵ De suerte que debe concluirse que, en estas materias, la interrupción de la prescripción puede operar por: (i) el ejercicio judicial del derecho; (ii) la reclamación extrajudicial del derecho; y, (iii) el reconocimiento, expreso o tácito del derecho, conforme lo dispuesto en los citados artículos 1973 y 1974 del CC. Y, debemos agregar, queda muy claro también, que el demandado deberá alegar y probar la prescripción extintiva en su favor, al tenor de lo previsto en el artículo 1214 del CC.²⁰⁵⁶

Si bien nada se dice sobre la suspensión de la prescripción en el artículo 143.2 del TR, si acudimos de nuevo al artículo 10.2 de la Directiva 85/374, éste señala que tanto lo referido a la interrupción como a la suspensión de la prescripción²⁰⁵⁷ se regirá por la legislación interna de los Estados miembros de la UE²⁰⁵⁸, con lo que esta cuestión queda suficientemente aclarada, a nuestro entender.

2.7.2.- La caducidad.

RODRIGUEZ CARRION explica que *"...la caducidad protege un interés general, que es el interés comunitario en la pronta certidumbre de una situación jurídica, de carácter estrictamente individual, que es el del sujeto pasivo de los derechos o de las acciones, consistente en poder oponerse a un ejercicio tardío, cuando razonablemente no podía ya esperarse o cuando los medios de defensa han desaparecido o son de difícil actualización..."*, idea que es reiterada por DE ANGEL DE

²⁰⁵² Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 284.

²⁰⁵³ Vid. TR, artículo 143.2. *"La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código Civil."*

²⁰⁵⁴ Vid. CC, artículo 1973. *"La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor."* / Artículo 1974. *"La interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. / Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones. / En las obligaciones mancomunadas, cuando el acreedor no reclame de uno de los deudores más que la parte que le corresponda, no se interrumpe por ello la prescripción respecto a los otros codeudores."*

²⁰⁵⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 10.2. *"Las disposiciones de los Estados miembros reglamentando la suspensión o la interrupción de la prescripción no serán afectados por la presente Directiva."*

²⁰⁵⁶ Vid. CC, artículo 1214. *"Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone."*

²⁰⁵⁷ Vid. LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 99.

²⁰⁵⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 10.2. *"Las disposiciones de los Estados miembros que regulen la suspensión o la interrupción de la prescripción no se verán afectadas por la presente Directiva."*

YAGUEZ, entre otros.²⁰⁵⁹ RODRIGUEZ ARANA, por su parte, nos recuerda que el TS la ha definido como "...el fenómeno o instituto por el que, con el transcurso de cierto periodo de tiempo que la ley o los particulares fijan para el ejercicio de un derecho, éste se extingue...", en STS, de 26 de diciembre de 1970.²⁰⁶⁰

Quizás la manera más precisa para distinguir entre caducidad y prescripción²⁰⁶¹, consiste en que la caducidad no admite la interrupción del transcurso del tiempo, como si lo hace la prescripción. Por ello, dice LASARTE que en la caducidad, el derecho se extingue, por haber transcurrido el tiempo que tenía concretamente establecido para ser ejercido desde que nació²⁰⁶², sin necesidad de otros trámites o requisitos.

Este límite temporal está consagrado por los artículos 11 de la Directiva 85/374 y 144 del TR²⁰⁶³, que reglan un plazo de caducidad²⁰⁶⁴ de los derechos que esta legislación especial concede al perjudicado, de 10 años contados desde la puesta en circulación²⁰⁶⁵ del producto defectuoso que causó el daño²⁰⁶⁶, a menos que durante el transcurso de ese período se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial. Este plazo de caducidad opera de forma automática y no admite interrupción ni suspensión alguna, excepto que el perjudicado ejerza una acción judicial contra el productor en ese ínterin. Por lo que al cabo de estos 10 años, opera lo que GUTIERREZ SANTIAGO define como "...la decadencia del derecho a reclamar los daños causados por los productos defectuosos (y en su caso, incluso la

²⁰⁵⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 263; DE ANGEL YAGUEZ, R., "Caducidad y Autonomía Privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes", en La Ley, número 1564, octubre, 1986; RUBIO TORRANO, E., 'La caducidad en el Derecho Civil Español', en "Prescripción y caducidad de derechos y acciones", Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 1995.

²⁰⁶⁰ Vid. RODRIGUEZ ARANA, J., "Reflexiones sobre la caducidad en el derecho público", en SEPARATA DE REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACION PUBLICA, núm. 5, 1994, pág. 342.

²⁰⁶¹ Vid. PUIG BRUTAU, J., "Caducidad y prescripción extintiva", Bosch, Barcelona, 1986.

²⁰⁶² Vid. LASARTE ALVAREZ, C., "Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona", Trivium, Madrid, 1992, pág. 189.

²⁰⁶³ Vid. Directiva 85/374, artículo 11. "Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor." / TR, artículo 144. "Extinción de la responsabilidad. Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial."

²⁰⁶⁴ Vid. TIRADO SUAREZ, F. J., "La Directiva comunitaria de responsabilidad civil de productos y Ordenamiento español", en RGD, n° 516, 1987, pág. 57; ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "La responsabilidad del fabricante en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en EC, núm. extraordinario, 1987, pág. 46.

²⁰⁶⁵ Conforme señalan algunos autores, lo especial de este plazo de caducidad, es que no nace cuando se produce el daño, sino cuando el producto es puesto en circulación, razón que permitiría sostener que en realidad no se trata de un plazo de caducidad, sino de un plazo de garantía. Vid., entre otros, DE LA VEGA GARCIA, F. DE LA, "Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil", Civitas, Madrid, 1998, pág. 132; REGLERO CAMPOS, L. F., "Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema LRPD, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 157.

²⁰⁶⁶ El artículo 7 del Convenio del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1977, dispone que las acciones de resarcimiento contra un productor derivadas de este Convenio, deben ser interpuestas, so pena de extinción, en un plazo de 10 años a partir de la fecha en la que el productor haya puesto en circulación el producto que ha causado el daño, en lo que es un obvio precedente de la disposición del artículo 11 de la Directiva 85/374.

imposibilidad del nacimiento de la acción de indemnización)."²⁰⁶⁷ Observa ALCOVER, que este artículo 11 "...no establece que quedan amparados por la Directiva los daños producidos durante diez años contados desde la puesta en circulación, sino que dichos daños serán indemnizados de acuerdo con las disposiciones de la Directiva sólo si las acciones que competen a las víctimas consecuencia de los mismos se ejercen en vía judicial o son satisfechas durante tal plazo."²⁰⁶⁸

En verdad, la Directiva 85/374 impone a los Estados miembros de la UE establecer este plazo de caducidad en su artículo 11, con la finalidad de evitar que los productores sean responsables indefinidamente. De hecho, el Considerando 11° de la Directiva 85/374, justifica este plazo de extinción de la responsabilidad, en base a los siguientes argumentos: (i) que los productos se desgastan con el tiempo; (ii) que cada vez se dictan normas de seguridad más estrictas; y, (iii) que con el paso del tiempo, se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos.²⁰⁶⁹ Es por ello que ALCOVER sostiene que este plazo de caducidad se funda "...en el interés de los legisladores europeos por establecer un equilibrio entre la posición del fabricante y la de la víctima..."²⁰⁷⁰, en el sentido que vencidos 10 años contados desde la puesta en circulación de un producto, fenece la responsabilidad del productor, pese a que el producto defectuoso todavía tenga potencialidad dañosa. Desde luego, anima esta disposición del artículo 11 de la norma Comunitaria, la idea de establecer una equitativa compensación por la mayor carga que para los productores supone la sujeción a un régimen de responsabilidad objetiva, opinión compartida por VELA²⁰⁷¹, por lo que esta limitación temporal de la responsabilidad, al decir de REGLERO, sólo debe aplicarse en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos regulada por el TR²⁰⁷² y no extenderse a otras áreas de la responsabilidad civil por daños.²⁰⁷³ VELA agrega que por medio de la caducidad en realidad se busca "...limitar los derechos del dañado para no invadir más allá de lo necesario los de los presuntos responsables,

²⁰⁶⁷ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas", Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 549 y 550.

²⁰⁶⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 124.

²⁰⁶⁹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 11°. "Considerando que los productos se desgastan con el tiempo, que cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos; que, por tanto, no sería razonable hacer responsable al productor del estado defectuoso de su producto por tiempo ilimitado; que la responsabilidad debería pues extinguirse transcurrido un plazo de tiempo razonable, sin perjuicio de las acciones pendientes ante la ley;..."

²⁰⁷⁰ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 124.

²⁰⁷¹ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos", Comares, Granada, 2004, pág. 155.

²⁰⁷² Precisemos entonces, que los derechos que caducan a los 10 años son los referidos a: (i) muerte; (ii) lesiones corporales; y (iii) daños a las cosas distintas del propio producto defectuoso.

²⁰⁷³ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., 'La prescripción de la acción de reclamación de daños', en "Tratado de responsabilidad civil", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 528 y ss.

así como crear seguridad jurídica..."²⁰⁷⁴, de modo que transcurrido este término, no se puede accionar contra ellos. En similar sentido aprecian esta institución REGLERO y GOMEZ CALERO, entre otros, para quienes su bondad no reside en brindar seguridad jurídica a los productores, por la vía de permitirles oponerse a pretensiones tardías o extemporáneas de eventuales perjudicados, sino que su ventaja estriba en la posibilidad de acotar el tiempo durante el cual el productor o algún sujeto equiparado a él en esta legislación especial, va a tener que responder en forma objetiva.²⁰⁷⁵ Y como dice ALCOVER, este plazo de 10 años "...parece suficiente para garantizar una adecuada protección al consumidor..."²⁰⁷⁶ y para los usuarios y *bystanders*, juicio que es compartido por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO²⁰⁷⁷, ya que se entiende, al decir de LARROUMET, que después de 10 años "...es muy difícil, si no imposible, imputar un daño a un defecto del producto que se supone existía en el momento de su puesta en circulación."²⁰⁷⁸

La justificación de este plazo de caducidad, para parte de la doctrina, se remonta a la génesis de la Directiva 85/374, a propósito de la discusión suscitada acerca de la inclusión o exclusión de la eximente de responsabilidad de los riesgos del desarrollo²⁰⁷⁹, en el sentido de que se habría admitido su incorporación, compensándolo con este plazo de caducidad, en lo que debemos considerar como un verdadero guiño en favor de los intereses de los productores.

Dado que éste se trata de un plazo de protección en favor del productor, su cómputo debe hacerse desde el momento de la puesta en circulación del producto defectuoso. Esto es, desde el momento en que el productor lo introduce en el mercado, ora porque lo entrega, ora porque lo pone a disposición de un intermediario en la cadena de valor o porque lo entrega directamente al consumidor o usuario. Es decir, nos referimos al inicio de su comercialización por parte del productor, como dice MULLERAT.²⁰⁸⁰ Ahora bien, normalmente esto se traduce en que el producto se entrega a un intermediario, que, según los

²⁰⁷⁴ Vid. VELA SANCHEZ, A. J., "Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos", Comares, Granada, 2004, pág. 155.

²⁰⁷⁵ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema de la Ley 22/1994, de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en INIURIA, n° 5, 1995, pág. 149. En igual sentido, GOMEZ CALERO, J., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 139; HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., "Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante", Bosch, Barcelona, 1997, pág. 106.

²⁰⁷⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., "La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 126.

²⁰⁷⁷ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985", en EC, n° 7, 1986, pág. 124.

²⁰⁷⁸ Vid. LARROUMET, C., "Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 98.

²⁰⁷⁹ Vid. *supra* apartado 2.5.2.- Argumentos en favor de la inclusión o exclusión de los riesgos del desarrollo como causal de exclusión de responsabilidad para el productor en esta legislación especial / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSION, DE EXENCION Y DE ATENUACION DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

²⁰⁸⁰ Vid. MULLERAT BALMAÑA, R., "La responsabilidad civil del fabricante. La Directiva CEE de 25 de julio de 1985 y el Derecho español", en RJC, n° 1, 1988, pág. 135.

BERCOVITZ, "...puede ser único pero que también puede constituir el primer eslabón de una cadena de intermediarios que lleven el producto (con o sin ulteriores elaboraciones con respecto al mismo) hasta el consumidor..."²⁰⁸¹, lo que significa que, en los hechos y dependiendo de la extensión de la cadena de valor, el producto puede demorarse un plazo variable antes de llegar al consumidor o usuario, pues puede quedar almacenado, o su tránsito por la cadena de distribución puede ser lento, pues pasa por mano de varios distribuidores y, sin embargo, el plazo de caducidad de 10 años ya está transcurriendo, sin que exista un uso o consumo que pudiera detonar el daño.²⁰⁸² De ahí que sea esencial determinar con toda precisión el momento exacto en que se inicia el cómputo del plazo de caducidad, pues cumplido que éste sea, como bien dice RUBIO, el derecho ya no podrá ser ejercido.²⁰⁸³

Por ello, es irrelevante para estos efectos, el instante en que el perjudicado sufre el daño, aunque es obvio que éste debe verificarse antes de que hayan transcurrido los referidos 10 diez años y se hayan iniciado, dentro de ese término, las respectivas acciones judiciales, pues el efecto propio de la caducidad no ofrece dudas. Los BERCOVITZ lo explican bien: un daño que se ha producido dentro de los indicados 10 años, puede quedar sin la protección brindada por la Directiva 85/374, aunque la acción no haya prescrito, si llegado el término de esos 10 años no se ha interpuesto una demanda indemnizatoria por parte del perjudicado, sea porque todavía no tiene noticia alguna del defecto o porque no conoce el daño, que puede no haberse manifestado todavía; o no conoce la identidad del responsable; o bien, porque el daño se verifica o el defecto se conoce o se identifica al responsable en un momento tan próximo al vencimiento de este plazo de 10 años, que no se alcanza a reaccionar judicialmente.²⁰⁸⁴

Debe quedar claro que la interposición de una acción resarcitoria dentro del plazo de prescripción de 3 años, en ningún caso puede ser posterior al transcurso del término de 10 años contados a partir de la fecha de puesta en circulación del producto defectuoso que causa el daño. De este modo, en esta legislación especial se establecen 2 plazos distintos para limitar el derecho del perjudicado a perseguir una indemnización de perjuicios: uno de prescripción de 3 años y otro de caducidad de 10 años. Y es irredargüible que lo que realmente se extingue por el transcurso del plazo de 10 años son los derechos que se le reconocen al perjudicado para accionar por los daños sufridos por un producto defectuoso, lo que equivale a decir que se trata de un plazo de caducidad, verificado el cual,

²⁰⁸¹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 281.

²⁰⁸² Lo que significa que al momento en que realmente el daño se verifica, este plazo de 10 años puede haber corrido en gran parte o estar pronto a consumarse.

²⁰⁸³ Vid. RUBIO TORRANO, E., 'La caducidad en el Derecho Civil Español', en *"Prescripción y caducidad de derechos y acciones"*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 89 y ss.

²⁰⁸⁴ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 280.

ningún perjudicado será oído, confiriéndole al productor la seguridad jurídica de que a partir de ese entonces, no responderá de los daños causados por los productos defectuosos que haya puesto en el mercado. Ello, por cuanto este plazo de caducidad de 10 años es perentorio, de lo que se sigue que una vez transcurrido y por ese solo hecho, el productor queda irremediablemente exonerado de toda responsabilidad, aunque a él le corresponda el peso de la prueba acerca del transcurso de este plazo de 10 años, en plena armonía con en el artículo 1214 del CC.

Por lo demás, este plazo de caducidad es común a todos los sujetos responsables, lo que significa, al decir de RODRIGUEZ CARRION, que *"...comienza a contarse para todos los sujetos responsables el día siguiente a la puesta en circulación del producto defectuoso, con independencia de cuáles fueron las intervenciones de cada uno de los que integran la figura del sujeto responsable..."*.²⁰⁸⁵ Con todo, esta afirmación inicial, que hace sentido, admite algunas discusiones y precisiones. Por lo pronto, si quien intenta hacer valer el plazo de caducidad es el productor de una parte integrante de un producto terminado, debiera empezar a contarse este plazo desde el momento de la puesta en circulación de esa parte integrante, que irrecusablemente es anterior a la puesta en circulación del producto terminado. Por otro lado, en el caso del importador Comunitario, el plazo debe contarse a partir de la fecha en que haya empezado a distribuir el producto en el ámbito de su actividad profesional en la UE, pese a que podría haberlo introducido en un mercado extra Comunitario con anterioridad.

Otra situación sobre la que conviene reflexionar, es el caso en que el responsable del daño es el proveedor del producto defectuoso. Al dirigirse la acción del perjudicado contra el proveedor, se le debe conceder a éste un plazo de 3 meses para que identifique al productor del producto defectuoso, lo que podría permitirle consumir el plazo de caducidad, que sólo se interrumpe con una demanda judicial.²⁰⁸⁶ Esta hipótesis permite replantearse la importancia de permitir que el perjudicado pueda demandar directamente al proveedor del producto defectuoso, sin tener que esperar que se agote el período de 3 meses para hacerlo²⁰⁸⁷, cuestión sobre la cual, nos da la impresión, no ha habido mayor discusión doctrinal ni precedentes judiciales que hayamos podido encontrar.

Finalmente, es necesario decir que esta institución de la caducidad ha sido objeto de múltiples críticas, que abogan por su eliminación en el ámbito de la Directiva

²⁰⁸⁵ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 293.

²⁰⁸⁶ Es decir, el ejercicio del derecho a exigir la identificación del productor no interrumpe el curso de esta caducidad de 10 años, pues la caducidad no admite suspensión.

²⁰⁸⁷ Vid. *supra* apartado 2.1.- ¿Cuáles son los requisitos que exigen los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, a fin de configurar la responsabilidad del proveedor? / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

85/374 y sus leyes de trasposición²⁰⁸⁸, mismas que no han prosperado. Y, por otra parte, se ha discutido bastante la conveniencia de ampliar este plazo de 10 años respecto de ciertos productos, como los alimenticios, los medicamentos, los productos agrarios, los de la construcción o los destinados a un uso especialmente duradero, pues, por su propia naturaleza, es muy posible que los daños se verifiquen después de un proceso lento y larvado, que fácilmente puede demorar más de 10 años.

2.7.3.- La puesta en circulación del producto defectuoso con antelación al 8 de julio de 1994.

Esta causal de liberación de responsabilidad, disponible tanto para el productor como para el proveedor, apunta al hecho que los productos que fueron puestos en circulación antes del 8 de julio de 1994, que en cuanto defectuosos causaron un daño, en realidad no quedaron regidos por la derogada LPD, pues según leía su Disposición transitoria única, las disposiciones de esa ley no se aplicaban a "*...los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor...*"²⁰⁸⁹, y de acuerdo con la Disposición Final Cuarta de la derogada LPD, ella entró en vigor "*...el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado...*", lo que ocurrió el 7 de julio de 1994. Así pues, la derogada LPD resultaba aplicable a cualquier producto defectuoso puesto en circulación a partir del día 8 de julio de 1994, en adelante.

Con la derogación de la LPD, el TR tuvo que hacerse cargo de la situación en que quedaban los productos introducidos en el mercado con anterioridad al 8 de julio de 1994, para no generar una laguna legal. Por ello, el TR prevé en su Disposición transitoria tercera²⁰⁹⁰, que los productos defectuosos puestos en circulación con

²⁰⁸⁸ Vid., por todos, ALCOVER GARAU, G., "*La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 124.

²⁰⁸⁹ Vid. LPD, Disposición transitoria única. "*Productos en circulación. La presente Ley no será de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor. Esta se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento.*"

²⁰⁹⁰ Vid. TR, Disposición transitoria tercera. "*Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos puestos en circulación con anterioridad al 8 de julio de 1994. Las normas del libro tercero, título II, capítulo I de esta norma no serán de aplicación a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de 8 de julio de 1994. Esta responsabilidad se regirá por las reglas del capítulo II del citado título, con las siguientes reglas adicionales: 1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor y usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad: a) El productor, suministrador o proveedor de productos a los consumidores y usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan. b) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor, proveedor o suministrador. c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables. 2. En todo caso será de aplicación el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 148 a los productos alimenticios, los de higiene, limpieza, cosméticos, especialidades o productos farmacéuticos, gas, electricidad, vehículos de motor, juguetes y productos dirigidos a los niños. 3. Si a la producción de daños concurren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.*"

anterioridad al 8 de julio de 1994, no se rigen por ella, contemplando una serie de regulaciones al respecto.

Entonces, debemos concluir que los casos de daños provocados por productos defectuosos acaecidos con antelación al 8 de julio de 1994, deberán resolverse por el Derecho común o alguna legislación sectorial que resulte aplicable.

Nótese que el artículo 17 la Directiva 85/374, ya disponía que no resultaba aplicable para los daños causados por productos defectuosos que se hubiesen puesto en circulación antes de la fecha de entrada en vigencia de la norma Comunitaria en los respectivos países de la UE, que de acuerdo al artículo 19, era un plazo de 3 años como máximo a partir del día de su notificación, lo que ocurrió el 30 de julio de 1985, mediante su publicación en el DOC L 210 de esa fecha.²⁰⁹¹ De modo que los productos puestos en circulación antes de la trasposición de la Directiva Comunitaria, no pueden quedar regidos por ella, que es lo que ocurre en el caso de España, ya que la LPD, norma de actuación de la Directiva 85/374, fue publicada el 7 de julio de 1994.

2.8.- La culpa del perjudicado o la de un tercero en la causación del daño, como causales que pueden ser de exoneración o de limitación de responsabilidad, según las circunstancias.

Nos referiremos a ciertos hechos que, teóricamente y según las circunstancias concomitantes, pueden constituir causales de liberación o de limitación de responsabilidad para el productor y que también aprovechan al proveedor, pues, por su naturaleza, lo que pretenden es radicar la responsabilidad del daño, total o parcialmente, en el propio perjudicado o en un tercero, lo que conduciría a liberar de toda responsabilidad al productor o al proveedor, o bien a reducirla, sea por culpa exclusiva de aquél en la causación del daño, sea porque el nexo causal entre el defecto y el daño queda debilitado o interrumpido.

Sin embargo, estas causales admiten una serie de disquisiciones en el contexto de esta legislación especial, como previene el Considerando 8° de la Directiva 85/374²⁰⁹², al expresar que la protección del consumidor requiere que la responsabilidad del productor no se vea afectada por acciones u omisiones de otras personas que hayan contribuido a causar el daño, aunque si permite tomar

²⁰⁹¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 17. *"La presente Directiva no se aplicará a aquellos productos que se pongan en circulación antes de la fecha en la que entren en vigor las disposiciones a que se refiere el artículo 19." / Artículo 19. "Los Estados miembros aplicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años, como máximo, a partir del día de su notificación e informarán de ello inmediatamente a la Comisión."*

²⁰⁹² Vid. Directiva 85/374, Considerando 8°. *"Considerando que la protección del consumidor requiere que la responsabilidad del productor no se vea afectada por acciones u omisiones de otras personas que hayan contribuido a causar el daño; que, sin embargo, puede tomarse en consideración la culpa concomitante del perjudicado para reducir o suprimir tal responsabilidad;..."*

en consideración la culpa concurrente del perjudicado, para reducir o suprimir su responsabilidad, según veremos enseguida.

2.8.1.- La culpa del perjudicado.

2.8.1.1.- Regulación de la culpa del perjudicado como causal de exoneración o de atenuación de responsabilidad.

Esta eximente o atenuante de responsabilidad está contemplada en los artículos 8.2 de la Directiva 85/374 y 145 del TR²⁰⁹³, en cualquiera de sus 2 vertientes, esto es, como eximente o como atenuante de responsabilidad.

Como dicen estos preceptos, la intervención del perjudicado en la producción de su propio daño puede dar lugar a una exoneración total de responsabilidad del productor o a una disminución de ésta, según las circunstancias del caso, y siempre que se den las siguientes condiciones: (i) que el daño sea debido conjuntamente a un defecto del producto y a la culpa del perjudicado; o (ii) que el daño sea debido conjuntamente a un defecto del producto y a la culpa de una persona por la que el perjudicado deba responder civilmente, conforme los artículos 1903 del CC²⁰⁹⁴ y a los artículos 20 al 22²⁰⁹⁵ del CP.²⁰⁹⁶ Aunque RODRIGUEZ CARRION agrega que también deben considerarse como personas por las cuales responde el perjudicado, a las *"...personas con vínculos familiares, contractuales o asimiladas que, de acuerdo con las leyes nacionales estén bajo la responsabilidad del perjudicado, siempre que los tribunales consideren al perjudicado responsable de sus actos, ajenos, en la que el fabricante es el responsable civil y obligado a reparar el daño causado."*²⁰⁹⁷

En cualquiera de estas 2 hipótesis, o bien no se da lugar a ninguna indemnización de perjuicios, o bien ésta se disminuye proporcionalmente, en atención a la

²⁰⁹³ Vid. Directiva 85/374, artículo 8.2. *"La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable."/* TR, artículo 145. *"Culpa del perjudicado. La responsabilidad prevista en este capítulo podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente."*

²⁰⁹⁴ Vid. CC, artículo 1903. *"La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. / Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. / Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. / Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones. / Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. / La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."*

²⁰⁹⁵ Referidos a las eximentes de responsabilidad penal y circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad penal, respectivamente.

²⁰⁹⁶ Vid. ALBALADEJO, M., *"Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, II"*, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 492 y ss.; DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A., *"Sistema de Derecho Civil"*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 644 y ss.

²⁰⁹⁷ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 233.

gravedad de la culpa del perjudicado en correlación con la incidencia de su comportamiento sobre el resultado dañoso. Es decir, se vuelve esencial el comportamiento del perjudicado en el consumo o utilización del producto defectuoso, así como alguna omisión de su parte que sea relevante en la generación del daño que experimenta y cualquier otra circunstancia importante en su producción, a fin de valorar la culpa del perjudicado en el surgimiento del daño -puntualiza ALCOVER²⁰⁹⁸-, para poder distinguir si hay lugar a una eximente o a una atenuante de responsabilidad. De suerte que puede sostenerse que, si la conducta del perjudicado es colaborativa en la producción del daño y tiene una entidad tal, que impida el nexo causal entre el defecto y el daño, se justifica su exención total de responsabilidad. Este es el único supuesto de supresión de responsabilidad del productor, ya que aun existiendo el defecto del producto, la conducta del perjudicado o de la persona por la cual responde, al decir de RODRIGUEZ CARRION, es *"...totalmente decisiva en la causación del daño, sin que la influencia del producto pueda considerarse de la menor relevancia; es decir, que el daño no ha sido causado conjuntamente por el defecto del producto y por la conducta culposa del perjudicado, sino solamente por culpa del perjudicado..."*.²⁰⁹⁹ Ya lo explicaba POMPONIO: *"...quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire..."*, afirmando que si el daño que alguien experimenta se debe a su propia culpa, debe considerarse como si no hubiera ocurrido a efectos de la responsabilidad²¹⁰⁰, pues a él y a nadie más que a él, se le debe cargar con la responsabilidad por ese daño.²¹⁰¹

Como bien dicen LE TOURNEAU y CADIET, *"...cuando el hecho de la víctima aparece como la causa exclusiva del daño, ella absorbe la integridad de la causalidad..."*.²¹⁰² GROUDEL, por su parte, entiende que *"...una reparación fundada sobre la responsabilidad se dirige contra el autor del daño, el cual está obligado a reparar porque su comportamiento genera reprobación. Desde luego, la culpa de la víctima establece, por contraste, que, en la medida de dicha culpa, nada puede reprocharse al autor del daño. Es una cuestión de pura causalidad: el daño que se causa la víctima no le fue causado por el autor y como tal éste no puede ser responsabilizado..."*.²¹⁰³ Continúa expresando este autor que *"...en un sistema de derecho a la indemnización, no toda culpa de la víctima la vuelve necesariamente indigna de ser indemnizada. Hay espacio para una jerarquía de culpas -algunas más graves que otras-, y la*

²⁰⁹⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 113.

²⁰⁹⁹ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 232.

²¹⁰⁰ Vid. LEON GONZALEZ, J. M., 'Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños, especial consideración a la culpa de la víctima', en *"La responsabilidad civil de Roma en el Derecho moderno"*, Ediciones Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pág. 25.

²¹⁰¹ Vid. SAGARNA, F. A., *"La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por el riesgo creado"*, en LL, 1994-E-376; MEDINA ALCOZ, M., *"La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2003.

²¹⁰² Vid. LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *"Droit de la Responsabilité"*, Dalloz, Paris, 1998, pág. 311.

²¹⁰³ Vid. GROUDEL, H., *"La faute du conducteur victime, Dix ans après"*, Recueil Dalloz, Paris, 1995, pág. 337.

causalidad de la culpa de la víctima, debe desde luego ajustarse al grado de gravedad de su culpa..."²¹⁰⁴ La jurisprudencia chilena ha dicho sobre este causal de exclusión de responsabilidad, que ella tiene lugar "*...cuando la causa suficiente, principal o determinante del perjuicio proviene del hecho negligente o de la omisión del perjudicado...*"²¹⁰⁵, agregando en otros dictámenes que si los hechos establecidos por los jueces de fondo "*...llevan a la conclusión de que queda descartada la responsabilidad del demandado, porque la culpa del demandante absorbe la de aquél, corresponde negar la indemnización de perjuicios, pues éstos, en caso de existir, no son la consecuencia directa y exclusiva del hecho culpable del demandado...*"²¹⁰⁶

En todo caso, nos parece bastante claro que, en caso que el daño se deba exclusivamente a la culpa del perjudicado y no al defecto del producto, en realidad se ha producido una ruptura del nexo causal entre el daño y el defecto²¹⁰⁷ y no es de aplicación esta disciplina especial, debiendo cargar el propio perjudicado con los daños que ha sufrido, por su culpa propia. Es por ello que para REGLERO, la supresión de la responsabilidad del productor "*...sólo tendrá lugar en aquellos supuestos en los que, siendo defectuoso el producto, el defecto no contribuyera en forma alguna al daño.*"²¹⁰⁸ Igual sentir tienen, entre otros, BREBBIA y ORGAZ²¹⁰⁹, destacando que si el hecho del propio perjudicado constituye una condición adecuada del resultado dañoso producido, no hay responsabilidad del productor. Caso en el cual, en palabras de PEIRANO, es el mismo perjudicado quien debe soportar su propio daño.²¹¹⁰ Así lo confirma la STS, de 21 de noviembre de 2008²¹¹¹, que se endereza en esta misma línea argumental, exonerando de toda responsabilidad al productor por los daños causados por un producto defectuoso, entendiendo en su FD 5° que los daños "*...se producen por causa exclusiva de quien compra el producto y lo aplica con desprecio absoluto de las indicaciones contenidas en su etiquetado..., ...lo cual rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades de los demás demandados.*" Es evidente que para el TS, se trataba

²¹⁰⁴ Vid. GROUDEL, H., "*La faute du conducteur victime, Dix ans après*", Recueil Dalloz, Paris, 1995, págs. 337 y 338.

²¹⁰⁵ Vid. REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS, CODIGO CIVIL, TOMO X, pág. 242 n° 13.

²¹⁰⁶ Vid. REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS, CODIGO CIVIL, TOMO X, pág. 243, n° 20.

²¹⁰⁷ Vid. PALUDI, O., "*La relación de causalidad en la responsabilidad civil por hechos propios*", Astrea, Buenos Aires, 1975.

²¹⁰⁸ Vid. REGLERO CAMPOS, L. F., "*Una aproximación a la Ley 22/1994 de 6 julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", en INIURIA, n° 3, 1994, pág. 62.

²¹⁰⁹ Vid. BREBBIA, R., "*La relación de causalidad en el Derecho Civil*", Edición Iuris, Rosario, sin fecha, pág. 43; ORGAZ, A., "*El daño resarcible (actos ilícitos)*", Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, n° 19.

²¹¹⁰ Vid. PEIRANO FACIO, J., "*Responsabilidad extracontractual*", La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 430.

²¹¹¹ Vid. RAMOS, S., RIERA, M., FABIAN, I., FABIAN, R., GASCH, C., "*Sujetos responsables por los daños derivados del uso de un producto peligroso. Comentario a la STS 1ª, 21.11.2008 (MP: José Antonio Seijas Quintana), RJ 2009/144*", en InDret, n° 4, 2009, pág. 11.

de un caso de culpa exclusiva del consumidor perjudicado, por lo que libera de toda responsabilidad al productor, rechazando la demanda.²¹¹²

Con una opinión distinta se anota RODRIGUEZ CARRION, quien sostiene que en estos casos no se verifica una cuestión de causalidad y su interrupción o anulación, sino, más bien, de un evento de *"...compensación de responsabilidades, la objetiva del fabricante, y la culposa del perjudicado, pero siempre que en el daño concurra un producto defectuoso y el hecho culpable del propio perjudicado, que ha de ser, efectivamente, culposo, ya que si se tratase de un hecho no culpable del perjudicado, ni se reduciría la responsabilidad ni, por supuesto, se suprimiría."*²¹¹³ Esta idea, si bien novedosa, nos parece errada, pues compensar culpas de un régimen objetivo, donde la culpabilidad como elemento de la responsabilidad no tiene importancia ni rol alguno que jugar, nos parece algo forzado. Más bien, lo que ocurre, es que se ha roto el nexo causal entre el daño y el defecto del producto, lo que basta para eximir de toda responsabilidad al productor en nuestra opinión.

Con una aproximación distinta, COMPAGNUCCI DE CASO sostiene que en estos casos nos enfrentamos a un evento de caso fortuito, pues *"...el hecho de la propia víctima que desvía totalmente el nexo causal, como el hecho del tercero con quien no existe vínculo jurídico, integran el caso fortuito, por tratarse de ambos hechos imprevisibles e inevitables que no dan lugar a la imputación fáctica en el accionar del supuesto imputado..."*²¹¹⁴ Es decir, este autor centra el fundamento de esta causal de exclusión de responsabilidad, en la ocurrencia de un caso fortuito, que impide la formación del vínculo causal, más que en un hecho propio del perjudicado, que impida la germinación de responsabilidad del productor.

Debemos advertir que para CILLERO DE CABO, estas disposiciones, en cuanto permiten la liberación total de responsabilidad del productor, son absolutamente criticables, pues el daño de todos modos obedece, en alguna parte o porción, a un defecto del producto. Por ello es que parte de la doctrina considera que en estos supuestos sólo procedería *"...la limitación de la responsabilidad, pero en modo alguno la completa exclusión, puesto que, en alguna medida, el productor habrá concurrido a la producción del daño..."*, *...Así, se ha dicho que, habiendo causado el producto defectuoso parte de los daños, no parece justo que pueda excluirse por completo la responsabilidad."*²¹¹⁵ Al decir de JIMENEZ LIEBANA, conteste con esta postura, *"...la inserción de la culpa de la víctima en un régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa del fabricante, es en cualquier caso introducida como*

²¹¹² Vid. SOLE I FELIU, J., *"La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo"*, en Anuario de Derecho Civil, 1997.

²¹¹³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 230.

²¹¹⁴ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 68.

²¹¹⁵ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 183.

criterio de moderación del "quantum" a resarcir y no como criterio de atribución de la responsabilidad."²¹¹⁶ Reproches que nos parecen totalmente apropiados, pues es innegable que el legislador discurre sobre un resultado dañoso que, causalmente, se ha producido por la existencia de un defecto en el producto, cuestión que hace impensable sostener -seriamente- una exención de responsabilidad, más allá de la participación, más o menos intensa o esencial del perjudicado en la materialización del daño, si el defecto del producto ha tenido alguna incidencia de causa y efecto en el resultado dañoso.

Colaborando con estas críticas, ALCOVER sostiene que esta disposición ofrece una solución ilógica de cara al supuesto que se menciona en el artículo 8.1 de la Directiva 85/374²¹¹⁷, consistente en que si el daño se debe conjuntamente al defecto del producto y a la intervención de un tercero, la responsabilidad del productor no disminuye, manteniéndose inalterable, sin perjuicio del derecho de repetición. Pero por contra, si el daño es causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona por la que éste deba responder, la responsabilidad del legitimado pasivo podrá reducirse e incluso anularse. Entonces, la mayor o menor magnitud de la indemnización que deba satisfacer el productor, en definitiva depende de la valoración acerca de la mayor o menor incidencia de la actividad culposa del perjudicado en la producción del daño²¹¹⁸, siendo más severa su responsabilidad cuando es posible reprochar parte del daño al propio perjudicado, que cuando el daño es imputable a un tercero, en lo que no hace ningún sentido. Como dice YZQUIERDO TOLSADA, si el daño se verifica por la concurrencia conjunta del defecto del producto y de culpa del perjudicado, en realidad lo que procede es la compensación de conductas entre el productor y el perjudicado, atribuyendo a cada uno la cuota de daño que le corresponda.²¹¹⁹ Por lo que la posibilidad de suprimir íntegramente la responsabilidad del productor, si el daño se debe conjuntamente al defecto del producto y a la culpa del perjudicado, es sencillamente un disparate en opinión de varios autores, como SOTO, MOLINE y MORENO, entre otros.²¹²⁰

Ahora bien, en nuestra opinión, si el comportamiento del perjudicado o del tercero por el cual responde, no ha impedido la existencia de la relación causal entre el defecto y el daño, la conclusión es que su responsabilidad sólo debe reducirse. En

²¹¹⁶ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGrawHill, Madrid, 1998, pág. 366.

²¹¹⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 8.1. *"Sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero."*

²¹¹⁸ Vid. BERCOVITZ, R., *"La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades europeas de 25 de julio de 1985"*, en EC, n° 7, 1986, pág. 126.

²¹¹⁹ Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 206.

²¹²⁰ Vid. SOTO NIETO, F., *"La llamada compensación de culpas"*, en RDP, 1968, págs. 407 y ss.; MOLINE JORQUES, E., *"Observaciones sobre la llamada compensación de culpas"*, en La Ley 1980-I, págs. 1054 y ss.; MORENO FLOREZ, R. M., *"¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?"*, en AC, n° 2, 1986, págs. 2293 y ss.

cambio, si en realidad la conducta del perjudicado o del tercero por el cual debe responder, han influido decisivamente o inhibido la relación de causalidad entre el daño y el defecto, el productor no debiera responder.

Es de recordar que en la legislación española, a diferencia de lo que ocurre en otros Sistemas Jurídicos, no existe ningún precepto que regule de forma autónoma y general la concurrencia de culpa de la víctima en la causación de su propio daño, pese a ser un instituto de la responsabilidad civil ampliamente conocido. Ello confiere a la jurisprudencia un rol decisivo en la caracterización y desarrollo de esta figura, sin perjuicio de alguna reminiscencia esporádica de ella en los textos positivos, cual es el caso del artículo 1905 del CC, que declara responsable al poseedor de un animal o a quien se sirve de él, por los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe, salvo que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido, en una obvia alusión a la culpa del perjudicado en la producción del daño; el artículo 145 del TR, referido, como se sabe, a la culpa del perjudicado; el artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; el artículo 33.5 de la Ley de Caza; y el artículo 45 de la Ley reguladora de la energía nuclear. El TS ha dicho que la participación culposa de la propia víctima en la causación del daño permite al tribunal reducir la indemnización debida por el causante, proporcionalmente al grado de participación de cada uno de ellos en la producción del daño. Incluso en los casos de culpa exclusiva de la víctima, la mera concurrencia de conductas culposas no conduce, como ocurre en el derecho romano o en alguno de los sistemas del *Common Law*, a la plena exoneración del causante, sino a la moderación de la cuantía indemnizatoria que éste está obligado a pagar. Asimismo, la jurisprudencia ha ido precisando que la terminología adecuada es la de compensación de responsabilidades o compensación de consecuencias reparadoras, más que la tónica de compensación de culpas, puesto que la culpa como elemento subjetivo de la culpabilidad, no es susceptible de operar en un acto compensatorio.²¹²¹

Por último, GUTIERREZ SANTIAGO nos advierte de otra situación distinta, donde no cabe aplicar la causal de exoneración de responsabilidad en comento, que se refiere a los casos en que *"...si bien el daño se produce en efecto por culpa de la víctima, no llega a probarse que el producto fuese defectuoso (porque, por ejemplo, aquélla hizo un uso absolutamente imprevisible del mismo)..."*²¹²², pues en tal

²¹²¹ Vid. STS, de 28 de enero de 1994, RAJ 574; de 29 de octubre de 1994, RAJ 8330; de 1 de julio de 1995, RAJ 5423; de 19 de diciembre de 1995, RAJ 9426; de 10 octubre de 1996, RAJ 7554; de 25 de febrero de 1991, RAJ 1412; de 7 de junio de 1991, RAJ 4431; de 23 de febrero de 1995, RAJ 1107; de 2 de febrero de 1994, RAJ 860; de 5 de abril de 1991, RAJ 2641; de 2 de marzo de 1994, RAJ 1640; de 16 de diciembre de 1994, RAJ 10497; de 29 de octubre de 1994, RAJ 8330; de 9 de marzo de 1995, RAJ 1849; de 15 de marzo de 1995, RAJ 2657; de 24 de enero de 1996, RAJ 641; de 3 de octubre de 1996, RAJ 7011; de 12 de julio de 1989, RAJ 5606; de 11 de marzo de 1994, RAJ 2114; de 17 de mayo de 1994, RAJ 3588; de 4 de mayo de 1995, RAJ 3891; de 12 de septiembre de 1996, RAJ 6561; etcétera.

²¹²² Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 334.

supuesto no estaríamos frente a un problema de eliminación de nexo causal, sino que de verro al tiempo de acreditar la existencia del defecto, o, si se quiere, en un caso donde no está involucrado un producto defectuoso.

2.8.1.2.- La asunción de los riesgos por parte del perjudicado.

Vinculado al tema de la culpa del perjudicado como causal de exención o de atenuación de responsabilidad, se encuentra el tema de la asunción de los riesgos por parte de él. En efecto, es posible preguntarse ¿si el hecho de que el perjudicado asuma el riesgo del daño, hace desaparecer la responsabilidad del productor? Desde luego, aquí nos encontramos ante un caso en que el perjudicado, de alguna forma, conoce el defecto del producto e igualmente lo usa o consume con plena conciencia del daño que ello le puede deparar. Hay una evidente exposición al daño, que fácilmente podemos calificar de imprudente o desidiosa. ¿Permite concluir tal conocimiento del futuro perjudicado, que no hay responsabilidad del productor, de verificase un daño por obra del defecto que era conocido del perjudicado?

Esta inquietud no tiene una sola respuesta. Para COMPAGNUCCI DE CASO *"...el simple conocimiento de la posibilidad del daño no puede tener ninguna influencia en el resultado..."*²¹²³, en lo que se anuncia como una respuesta negativa, por cuanto la vida diaria cotidianamente nos enfrenta a múltiples riesgos. De hecho, los asistentes a espectáculos deportivos como el fútbol, el rugby o una carrera de automóviles, los que andan en bicicleta de montaña o quienes asisten a un cine, evidentemente están aceptando riesgos por vivir esas experiencias. Y en tal sentido, todos ellos saben y aceptan la exposición a cierta clase de peligros, situación fáctica que no excluye el deber de indemnizar por parte del agente del daño. Es decir, no cabe concluir que tales suertes de aceptación configuren una causal de exclusión de la responsabilidad, siguiendo las ideas LARENZ y ORGAZ, entre otros.²¹²⁴ Dicho de otro modo, para que la asunción de los riesgos provoque una disminución o eliminación de la obligación de reparar, es necesario que se erija como una concausa de tal entidad, que provoque o ayude determinante a provocar el resultado dañoso, concurriendo así con el accionar del demandado o, incluso, pretiriendo la conducta de este último, si ella no es causal al daño efectivamente padecido. En caso contrario, postula COMPAGNUCCI DE CASO, *"...la obligación de resarcir queda a cargo del agente."*²¹²⁵ En este sentido, ORGAZ expone claros ejemplos en los que la conducta del perjudicado concurre con la del agente del daño, eliminándola o subsumiéndola, como son los casos en que: (i) el riesgo es anormal o extraordinario; y, (ii) el perjudicado sabe del riesgo e igualmente usa la

²¹²³ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 72.

²¹²⁴ Vid. LARENZ, K., *"Derecho de obligaciones"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 222; ORGAZ, A., *"La culpa"*, Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 241.

²¹²⁵ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 73.

cosa defectuosa o viciosa, como sería el usar un ascensor fuera de servicio o una escalera deteriorada.²¹²⁶

Empero, nos parece que ante esta interrogante no puede perderse de vista que la Directiva 85/374 ofrece otra arista interpretativa, que se construye a través del concepto normativo de defecto²¹²⁷, dado que es crucial en la concepción del legislador Comunitario, que el defecto se traduzca en una defraudación de una legítima expectativa de seguridad. Y se hace difícil pensar que alguien que ex ante conoce el defecto del producto y los riesgos de daño que entraña su uso o consumo, pueda animar legítimamente alguna expectativa de seguridad al utilizarlo o consumirlo, fallando entonces una condición esencial en la aplicación de este régimen especial de responsabilidad, pues si se conocía el defecto y los riesgos de sufrir un daño, e igualmente se le usa o consume, nos parece que no podría calificarse el producto de defectuoso en ningún caso y, además, claramente el productor debiera ser eximido de toda responsabilidad por una conducta en extremo imprudente de la víctima.

2.8.2.- La culpa de un tercero en la producción del daño, como concausa del defecto, no reduce o limita la responsabilidad del productor.

2.8.2.1.- La culpa del tercero como concausa del defecto en la producción del daño.

La intervención de un tercero en la causación del daño, en principio, es irrelevante, pues la responsabilidad del productor se mantiene afirme. Esto es, la intervención de un tercero en la causación del daño, no constituye un elemento que permita al juez morigerar el *quantum* indemnizatorio. Así se desprende del claro tenor del artículo 8.1 de la Directiva 85/374, que repite en lo esencial el artículo 133 del TR²¹²⁸, disposiciones que declaran que, sin perjuicio de las disposiciones de derecho interno de los Estados miembros de la UE referidas al derecho de repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, en lo que los BERCOVITZ entienden es un claro reflejo del interés del legislador Comunitario por *"...proteger al perjudicado, cuya indemnización, una vez establecida la responsabilidad del productor, no dependerá de la necesidad de demandar a otras personas ni de la solvencia - normalmente menor que la del productor- de los*

²¹²⁶ Vid. ORGAZ, A., "La culpa", Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 244.

²¹²⁷ Vid. *supra* apartado 3.1.- El concepto de defecto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²¹²⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 8.1. *"Sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero."* / TR, artículo 133. *"Intervención de un tercero. La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño."*

terceros causantes del daño."²¹²⁹ En estos casos, el perjudicado podrá perseguir la responsabilidad del tercero en conformidad al Derecho común, sea en sede contractual o extracontractual y si hay mérito para ello, incluso por la vía penal.²¹³⁰ En cambio, al accionar en contra del productor, deberá ceñirse a las reglas de esta legislación especial, siendo perfectamente posible para él, acumular las acciones judiciales contra uno y otro.²¹³¹

Ahora bien, la redacción de los citados preceptos impide saber si estas normas son aplicables a la responsabilidad del proveedor, pues lo que se dice es que la intervención del tercero en la generación del daño es irrelevante respecto del productor, sin mencionar al proveedor. Y es evidente que este último no está comprendido en la voz productor, pues sabemos que él no es un agente económico equiparado al productor en esta compilación. Por lo tanto, la única razón que nos puede conducir a sostener que la intervención de un tercero en la producción de los daños no exonera ni disminuye la responsabilidad del proveedor, es que el proveedor debe responder en las mismas condiciones que el productor. Es obvio, por ende, que la intervención de un tercero tampoco atempera la responsabilidad del proveedor afirma CILLERO DE CABO²¹³² o la de algún otro agente intermediario en la cadena de valor del producto, que deba responder según este régimen especial, concluye BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO.²¹³³ Por lo demás, carecería de toda lógica que la responsabilidad del productor no se viera afectada por la intervención de un tercero y, en cambio, la del proveedor sí. Entonces, debe concluirse que la intervención de un tercero en la causación del daño no modifica la responsabilidad del proveedor, pues éste quedará obligado igualmente a indemnizar todos los daños que haya sufrido el perjudicado, sin posibilidad de exoneración o de reducción de responsabilidad, al igual que el productor.

Se explican estas disposiciones, en el ánimo del legislador Comunitario de impedir que el productor intente aminorar su responsabilidad, aduciendo que el daño causado por el defecto del producto se debe, en parte, a la intervención de un tercero, como podría ser el caso de un producto que él ha fabricado, pero que se introduce en un mercado de contrabando o adulterado o bien, se trata en realidad de un producto falsificado, etcétera. Observa CILLERO DE CABO, que la finalidad protectora del perjudicado que persigue este precepto se proyecta, de una parte, en que él podrá obtener la reparación de todos los daños que haya sufrido

²¹²⁹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 296.

²¹³⁰ Recordemos que la responsabilidad civil contractual está regulada en los artículos 1101 y 1124 del CC; la extracontractual en el artículo 1902 del CC; y la civil que derivar de un ilícito penal, en los artículos 109 y ss. del CP.

²¹³¹ Oviamente entre el productor y el tercero co-responsables del daño, habrá derecho a reembolso o repetición.

²¹³² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 182.

²¹³³ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 128.

ejerciendo una sola acción y, de otra, en cuanto podrá obtenerla bajo el amparo de este régimen especial de responsabilidad, quedando liberado de demandar al tercero y de probar su culpabilidad.²¹³⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO agrega que otra ventaja que conlleva esta disposición, es que el perjudicado no queda expuesto a la posible insolvencia del tercero.²¹³⁵

A mayor abundamiento, se inhibe al productor de intentar la argumentación de que el defecto lo ocasionó un tercero, ajeno al desarrollo de las actividades de producción y distribución, a fin de atenuar su responsabilidad, ya que, en palabras de POTHIER²¹³⁶, el hecho de un tercero -tradicionalmente-, es una causa que exculpa la responsabilidad. Ello, por cuanto el accionar de un tercero extraño que causa el daño, en opinión de COMPAGNUCCI DE CASO, se constituye en la condición que es causa adecuada del perjuicio.²¹³⁷ Entonces, en tal caso, es imposible atribuir el daño al demandado, porque se ha producido una ruptura de la cadena causal entre el hecho del presunto responsable y el daño acaecido. En este punto, no está demás considerar la precisión que formula MOSSET ITURRASPE, quien destaca que lo relevante como eximente de responsabilidad no es la culpa de un tercero, sino la intervención del tercero como autor del perjuicio.²¹³⁸ Agrega PEIRANO, que poco interesa el accionar culposo o no del tercero, lo que *"...importa es que se lo pueda calificar como autor del hecho, y consecuentemente imputarle (fácticamente) las consecuencias."*²¹³⁹

Sin embargo, como anunciamos, en el contexto de esta legislación especial se regula una solución diferente, pues los mencionados preceptos de los artículos 8.1 de la Directiva 85/374 y 133 del TR, se ponen en un teorema en que el daño obedece a la conjunción entre el defecto y la conducta de este tercero, entendiendo que en esta hipótesis, la responsabilidad del productor ni se elimina ni se reduce por las razones antes expuestas y porque normar esta situación de un modo diferente, significaría atentar contra el prurito de la protección del consumidor, pues la efectiva tutela del perjudicado podría resultar afectada si se admitiera al productor aminorar su responsabilidad por el daño provocado por el defecto de sus productos, debidos a las acciones u omisiones de terceros que han contribuido a causar el perjuicio. Ahora bien, siendo consistentes hermenéuticamente, si el daño no obedeciera a la conjunción entre el defecto del producto y la intervención de un tercero, sino sólo a la conducta del tercero, en realidad no estaríamos en la

²¹³⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 180.

²¹³⁵ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 296.

²¹³⁶ Vid. POTHIER, R., *"Tratado de la obligaciones"*, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 343.

²¹³⁷ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 75.

²¹³⁸ Vid. MOSSET ITURRASPE, J., *"Responsabilidad por daños. Parte General. t. III"*, Ediar, Buenos Aires, 1971, pág. 58.

²¹³⁹ Vid. PEIRANO FACIO, J., *"Responsabilidad extracontractual"*, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 475.

hipótesis contemplada en los enunciados contenidos en los artículos 8.1 de la Directiva 85/374 y 133 del TR, siendo evidente que el único a quien se puede reprochar la materialización del daño es a este tercero, un sujeto ajeno a esta legislación especial, pues el defecto del producto, si bien existente, no ha jugado ningún rol en la causación del referido daño. Es por ello que RODRIGUEZ CARRION expresa que es de toda obviedad que, *"...en el supuesto de que el daño fuese causado por la culpa exclusiva del tercero, si el producto fuese defectuoso, el fabricante, importador y suministrador del citado producto quedarían totalmente relevados de cualquier responsabilidad frente al perjudicado, al faltar el requisito del nexo de causalidad..."*²¹⁴⁰ que exigen los artículos 4 de la Directiva 85/375 y 139 del TR, siendo el *onus probandi*, en todo caso, de cargo del productor.

Debiéramos comentar que la mayor dificultad que encierra esta causal, está dada por la precisión de quién es tercero para estos efectos, pues ni la Directiva 85/374 ni el TR se acuerdan de definirlo expresamente.²¹⁴¹ Sólo lo mencionan, refiriéndolo como quien interviene en la producción del daño, conjuntamente con el defecto del producto. Según los MAZEAUD y TUNC, tercero es toda persona distinta de la víctima o del demandado.²¹⁴² Acudiendo a la opinión de RODRIGUEZ CARRION, tercero debe ser conceptualizado como *"...aquel que ha intervenido en la producción del daño, conjuntamente con el fabricante, importador, o suministrador del producto, sin mantener relación jurídica alguna con ellos, ni tampoco con el perjudicado por el producto defectuoso."*²¹⁴³ Y con mayor rigor, COMPAGNUCCI DE CASO precisa que no basta ser persona distinta de la víctima o del demandado, pues se requiere además, que *"...no se encuentre ligada con un vínculo jurídico que puede hacer responsable al demandado en alguno de los supuestos en que se responder por otro."*²¹⁴⁴ Por su parte, la SAP de Ciudad Real, de 26 de noviembre de 2001, expresa que tercero *"...ha de ser de los no mencionados en la ley especial, y por ello no afecta a las relaciones que se originen entre los que intervienen en la cadena de producción y distribución..."*²¹⁴⁵

²¹⁴⁰ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 239.

²¹⁴¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 8.1. *"Sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero."* / TR, artículo 133. *"Intervención de un tercero. La responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño."*

²¹⁴² Vid. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., TUNC, A., *"Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual"*, Ejea, Buenos Aires, 1977, pág. 237.

²¹⁴³ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 235.

²¹⁴⁴ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 76.

²¹⁴⁵ Vid. JUR 2002\32632, *Tomelloso Motor, S.L. (distribuidora) con Repuestos Royse, S.L. y Dayco PTI, S.A. (fabricante)*; Guía InDret de jurisprudencia sobre responsabilidad de producto, 4ª edición, Grupo de Responsabilidad de Producto, Joan C. Seuba Torreblanca, Sonia Ramos González, Marc-R. Lloveras Ferrer, Antoni Rubí Puig, José Piñeiro Salguero, Víctor M. Sánchez Álvarez, María Ángels Gili Saldaña, Pablo Salvador Coderch (Editor), InDret, nº 248, Barcelona, Noviembre de 2004.

RODRIGUEZ CARRION levanta un tema interesante a propósito de la intervención de un tercero en la causación del daño, pues el perjudicado no tiene acción resarcitoria contra él, bajo el alero de esta legislación especial, pese a que ha intervenido en la generación del daño y sólo puede perseguir la responsabilidad del productor, de los sujetos asimilados a él, del importador Comunitario o del proveedor, según corresponda. Por ende, el perjudicado *"...habrá de escoger entre accionar contra el fabricante, importador o suministrador del producto defectuoso, en el ámbito de la Ley que comentamos, o bien, contra el tercero, pero en el ámbito de la legislación general civil..."*.²¹⁴⁶ Es decir, el perjudicado debe optar por accionar contra alguno de los sujetos responsables según esta legislación especial, en el contexto de un sistema cuasi objetivo de responsabilidad o bien, en contra del tercero, en el contexto de un sistema subjetivo de responsabilidad, sea contractual o extracontractual o bien demandar a ambos, pero en juicios distintos. Sin embargo, es precisamente por esta dificultad para demandar doblemente y en base a sistemas distintos de responsabilidad, que esta legislación especial protege al perjudicado, pues se le libera de la necesidad de tener que demandar al tercero culpable de parte del daño que ha experimentado, abriéndole las puertas a una demanda indemnizatoria total contra el productor u otro sujeto responsable en esta legislación especial, evitándole dilaciones y tropiezos procesales.

Ahora bien, emplazado el productor y no el tercero por el perjudicado, si aquél resulta condenado, podrá repetir en contra del tercero en conformidad a las reglas del Derecho común de cada país de la UE²¹⁴⁷, a fin de que éste le reembolse la parte o proporción de responsabilidad que haya tenido en la verificación del daño, según explica ALCOVER.²¹⁴⁸

A propósito de esta materia, GUTIERREZ SANTIAGO destaca la SAP de Baleares, de 30 de septiembre de 2003²¹⁴⁹ -dictada bajo la vigencia de la derogada LPD²¹⁵⁰-, que se pronuncia sobre una demanda de perjuicios ocasionados a una embarcación de recreo, a raíz de la aplicación de un producto defectuoso para re-calafatear su cubierta. La AP, al rechazar la apelación incoada por el demandado, expresó: *"...aunque admitiéramos que la empresa contratada para realizar los trabajos de sustitución y calafateado de la cubierta del buque los efectuara incorrectamente,*

²¹⁴⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 237.

²¹⁴⁷ El artículo 1145 del CC dispone: *"El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. / El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. / La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno."*

²¹⁴⁸ Vid. ALCOVER GARAU, G., *"La responsabilidad civil del fabricante"*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, Madrid, 1993, pág. 266.

²¹⁴⁹ Vid. JUR 2004/74723.

²¹⁵⁰ El derogado artículo 8 de la LPD, recitaba en lo pertinente: *"Intervención de un tercero. La responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero..."*.

como afirma la demandada, su responsabilidad no desaparecería ni se reduciría puesto que el artículo 8 de la antedicha Ley [22/1994], al regular la intervención de tercero, dispone que la responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y la intervención de un tercero, sin perjuicio de que pueda reclamar en otro proceso la parte proporcional correspondiente en la causación del daño..."²¹⁵¹, fallo cuya ratio decidendi es plenamente pertinente con la legislación vigente en la actualidad, dado que el TR repitió textualmente la norma del artículo 8 de la derogada LPD.

Nótese, finalmente, que el supuesto normativo en este caso, descansa en que el daño se produce conjuntamente por el defecto y por la intervención del tercero. Es decir, se trata de un daño que reconoce concausas de producción y no se pone en la hipótesis de que el daño sufrido se deba sólo al actuar del tercero, según comentaremos en el apartado siguiente.

2.8.2.2.- La culpa del tercero como única causa del daño.

El legislador Comunitario no se puso, a texto expreso, en el caso de que el tercero hubiese sido el único y exclusivo culpable del daño, aunque se debe convenir en que ello no es una omisión reprochable.

En efecto, entendemos que en tal evento, el productor -y por extensión el proveedor-, debe quedar libre de toda responsabilidad, pues en caso contrario, se le estaría haciendo responsable de un hecho ajeno, que escapa al ámbito de su esfera de control empresarial y, más aún, se le haría responder de un caso en que no existe ninguna relación de causalidad entre el defecto y el daño, fallando una de las exigencias que hacen aplicable este régimen especial, según los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR.²¹⁵² Apoyan esta reflexión los BERCOVITZ, para quienes, de cara a esta hipótesis, parece evidente que *"...no puede mantener responsabilidad alguna a cargo del productor, por la sencilla razón de que, aunque concurra el defecto de un producto, no existirá nexo causal entre dicho defecto y el daño."*²¹⁵³ Por lo que debe concluirse que esta legislación especial no resulta aplicable en tal caso y el productor debe ser exculpado de toda responsabilidad.

En suma, si concurre culpa exclusiva del tercero en la causación del daño, lo que acontece en verdad es que se ha roto totalmente el nexo de causalidad entre el defecto del producto y el daño, por lo que no se configura ninguna responsabilidad del productor.

²¹⁵¹ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, págs. 446 y 447.

²¹⁵² Vid. Directiva 85/374, artículo 4. *"El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño."* / TR, artículo 139. *"Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."*

²¹⁵³ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 296.

Otra opción es que se trate de un defecto sobrevenido, caso en el cual, en realidad hablamos de un defecto que surge después que el productor ha puesto el producto en circulación, por alguna causa atribuible a un tercero distinto del productor, por lo que no es posible endilgarle a este último responsabilidad de ninguna clase, conforme lo prevenido en el artículo 7.b) de la Directiva 85/374 y en el artículo 140.1.b) del TR.²¹⁵⁴

3.- Otras defensas posibles para el proveedor, basadas en disposiciones de la Directiva 85/374 y del TR.

Bajo este título nos referimos a una serie de defensas posibles para el proveedor, que están consignadas en algunas disposiciones de la Directiva 85/374 y del TR, que analizaremos a continuación.

3.1.- Defensa del proveedor basada en los límites resarcitorios que contempla la Directiva 85/374 y el TR, por daños de muerte y lesiones corporales causados por productos defectuosos idénticos que presentan el mismo defecto.

La Directiva 85/374, en su artículo 16.1²¹⁵⁵, consagra la facultad de los Estados miembros de la UE de imponer un límite global a la responsabilidad del productor por daños de muerte y lesiones corporales que sean causados por productos idénticos, que presenten el mismo defecto. España, valiéndose de esta opción, consagra tal límite en el artículo 141.b) del TR²¹⁵⁶, epígrafe del artículo 11 de la LPD.²¹⁵⁷

En su origen, esta limitación se vinculaba a la instauración de la responsabilidad del productor por los riesgos del desarrollo, como contrapartida lógica frente a una responsabilidad de tal naturaleza, que se visualizaba como muy progresista e ilimitada, lo que el sector empresarial clamaba como altamente perjudicial. Como sabemos, fruto de una serie de presiones y negociaciones, la Directiva 85/374 terminó contemplando la responsabilidad por los riesgos del desarrollo sólo como una opción para los Estados miembros de la UE y no como una obligación, pero, pese a ello, se mantuvo el límite indemnizatorio en comento, quedando totalmente

²¹⁵⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 7.b). "o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;...". / TR, artículo 140.1.b). "Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto."

²¹⁵⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 16.1. "Cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS."

²¹⁵⁶ Vid. TR, artículo 141.b). "La responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros."

²¹⁵⁷ Vid. LPD, artículo 11. "Límite total de la responsabilidad. En el régimen de responsabilidad previsto en esta Ley, la responsabilidad civil global del fabricante o importador por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas."

desvinculado este límite resarcitorio con su contrapeso original, los riesgos del desarrollo, al decir de TORRALBA.²¹⁵⁸

Más allá de esta opinión acerca del origen de este límite indemnizatorio, nos parece que su sentido es de suyo evidente, pues pretende lidiar con los denominados daños catastróficos, que se expanden al interior de la comunidad, afectando a cientos de personas, pues el agente del daño en este caso está representado por muchos productos puestos en circulación, que padecen el mismo defecto. Decisión del legislador Comunitario en que debe haberse tenido en cuenta también, la carga indemnizatoria puesta sobre el productor y los demás sujetos responsables sobre una base cuasi objetiva, lo que debe haberlo impulsado a buscar contrapesos que no afectasen la tutela del consumidor, ni el funcionamiento del Mercado Común, como se desprende del Considerando 17º de la norma Comunitaria.²¹⁵⁹

Nótese que esta limitación sólo se refiere a los daños de muerte y lesiones corporales, sin que los daños materiales estén sujetos a límite alguno. Como señala TORRALBA, esto *"...no deja de ser contradictorio, pero tal vez se deba a que se considera que los daños materiales cuyo resarcimiento está permitido difícilmente alcanzarán cuantías tan elevadas..."*²¹⁶⁰, conclusión que nos parece atendible, máxime si los daños materiales, además de representar una probable baja cuantía, son perfectamente indemnizables al amparo del Derecho común.

Una cuestión que ha generado debate, es la interpretación acerca de la forma en que debe aplicarse este límite en caso de ser adoptado por algún Estado miembro de la UE, pues queda la duda si debe aplicarse por cada perjudicado o por producto. Por lo pronto, la Directiva 85/374 no lo resuelve y tampoco las legislaciones de trasposición que acogen este límite, incluido el TR. Para agregar elementos a la discusión, redimimos la opinión de TORRALBA, para quien este límite no se aplica por perjudicado ni por producto, sino por productor.²¹⁶¹ En igual sentido piensa YZQUIERDO TOLSADA, ya que estima que *"...tal límite opera para cada fabricante, y no para el sector de fabricantes que, en su caso, hayan comercializado productos defectuosos idénticos."*²¹⁶² Conviene precisar que, la opinión mayoritaria de la doctrina, considera que el límite resarcitorio en comento

²¹⁵⁸ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 44.

²¹⁵⁹ Vid. Directiva 85/374, Considerando 17º. *"Considerando que, teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas de la mayoría de los Estados miembros, no es conveniente fijar un límite financiero a la responsabilidad objetiva del productor; que, sin embargo, en tanto que existen tradiciones diferentes, parece posible admitir que un Estado miembro modifique el principio de la responsabilidad ilimitada estableciendo un límite para la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o las lesiones corporales causadas por idénticos artículos con el mismo defecto, siempre que este límite se establezca lo suficientemente alto como para que queden asegurados la protección del consumidor y el correcto funcionamiento del mercado común;..."*

²¹⁶⁰ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 44.

²¹⁶¹ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 45.

²¹⁶² Vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 338.

no se aplica individualmente a la indemnización que pueda concederse a un perjudicado, sino al conjunto de las indemnizaciones que puedan otorgarse a los diferentes perjudicados por daños causados por una misma serie de productos defectuosos. Por ello, CILLERO DE CABO lo concibe como *"...un límite global, de modo que, cuando la suma de los daños causados a todos los perjudicados supere la cantidad señalada como tope por el legislador, el sujeto responsable sólo quedará obligado a pagar dicha cantidad..."*²¹⁶³, lo que obviamente no obsta a que el perjudicado persiga sus perjuicios no indemnizados de acuerdo a esta legislación especial, invocando las reglas de Derecho común que resulten aplicables, conforme lo permite a texto expreso el apartado 2º del artículo 128 del TR²¹⁶⁴, al disponer que las acciones que le reconoce esta legislación especial *"...no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales..."*.

Cabe agregar que el artículo 16.2 de la Directiva 85/374, ordena que transcurridos 10 años a contar de la fecha de su notificación, la Comisión someterá al Consejo un informe sobre los efectos de la aplicación de este límite pecuniario de responsabilidad por parte de los Estados miembros que la hayan implementado, a fin de estudiar sus efectos y consecuencias en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del Mercado Común y así definir la conveniencia de derogarlo o no.²¹⁶⁵ MARIN, por su parte, en una posición totalmente antagónica a la de derogar o mantener este límite resarcitorio, estima que debe incrementarse su cuantía y restringirse su admisibilidad sólo para los daños causados en la hipótesis de los riesgos del desarrollo²¹⁶⁶, rescatando su propósito original.

Por último, nos queda comentar que esta es una defensa que corresponde al productor y, obviamente, al proveedor. Al punto, con bastante razón, TORRALBA critica la redacción de estas disposiciones en cita²¹⁶⁷, pues de su tenor literal parece que el único que puede hacer uso de este límite es el productor, lo que

²¹⁶³ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 186.

²¹⁶⁴ Vid. TR, artículo 128, apartado segundo. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

²¹⁶⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 16.2. *"Transcurridos diez años a partir de la fecha de notificación de la presente Directiva, la Comisión someterá al Consejo un informe sobre los efectos de la aplicación del límite pecuniario de la responsabilidad, llevada a cabo por los Estados miembros que hayan hecho uso de la facultad a que se refiere el apartado 1, sobre la protección de los consumidores y el funcionamiento del mercado común. A la luz de este informe, el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión y en los términos que estipula el artículo 100 del Tratado, decidirá si deroga o no el apartado 1."*

²¹⁶⁶ Vid. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, págs. 123 y 124.

²¹⁶⁷ Vid. Directiva 85/374, artículo 16.1. *"Cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS." / TR, artículo 141.b). "La responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto tendrá como límite la cuantía de 63.106.270,96 euros."*

excluiría al proveedor, lo que no es lógico, pues si su responsabilidad es subsidiaria *"...no tiene sentido entender que el que responda subsidiariamente responde por más que el que lo hace de manera principal."*²¹⁶⁸ Por ello, pese al tenor literal de estos preceptos consagrados en los artículos 16.1 de la Directiva 85/374 y 141.b) del TR, no parece que es irredargüible que esta limitación de responsabilidad también se aplica a los proveedores.

3.2.- Defensa del proveedor basada en una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, celebrada con otro de los sujetos responsables según esta legislación especial.

3.2.1.- Ineficacia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad o de limitación de responsabilidad frente al perjudicado.

Pese al título de este epígrafe, es menester advertir que los artículos 12 de la Directiva 85/374²¹⁶⁹ y 130 del TR²¹⁷⁰, disponen que no tienen ningún valor ni eficacia las cláusulas que busquen excluir o limitar la responsabilidad del productor frente al perjudicado, sea que se celebren entre el perjudicado y alguno de los sujetos responsables de acuerdo a esta legislación especial o sólo entre estos últimos, en lo que es un reconocimiento a la veda que sobre tales cláusulas abusivas viene haciendo hace tiempo la legislación de protección al consumidor, bajo la premisa que la parte más fuerte en la relación jurídico comercial -el comerciante o empresario-, siempre impondrá este tipo de estipulaciones al consumidor.²¹⁷¹ Se hace evidente aquí, la finalidad protectora de esta legislación especial, pues se impide a cualquiera de los posible sujetos obligados a resarcir perjuicios bajo este régimen especial de responsabilidad, que eliminen o rebajen su responsabilidad por la vía de pactos o contratos, garantizándose así al perjudicado la plena e integral *"...aplicación del régimen de responsabilidad objetiva..."*²¹⁷² que impuso la Directiva 85/374 en la UE, lo que se destaca en la primera parte del enunciado empleado por el artículo 130 del TR, al decir *"...son ineficaces frente al perjudicado..."* este tipo de cláusulas, para realzar que, en los casos en que ellas afecten al perjudicado o se pretendan hacer valer en su contra, se les priva de toda validez y eficacia. Así lo confirma el Considerando 12º de la

²¹⁶⁸ Vid. TORRALBA MENDIOLA, E. C., *"La Responsabilidad del Fabricante"*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 217.

²¹⁶⁹ Vid. Directiva 85/374, artículo 12. *"La responsabilidad del productor que se derive de la aplicación de la presente Directiva no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad."*

²¹⁷⁰ Vid. TR, artículo 130. *"Ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. Son ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en este libro."*

²¹⁷¹ Vid. sobre las cláusulas limitativas y de exoneración de responsabilidad, entre otros, ALVAREZ LATA, N., *"Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil"*, Comares, Granada, 1998; BELLO JANEIRO, D., *"Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios"*, en RGD, núm. 585, octubre, 1993, págs. 5647 y ss.; SERRA RODRIGUEZ, A., *"Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad"*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

²¹⁷² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 198.

Directiva 85/374²¹⁷³, lo que es razonable, pues de contrario, la inserción de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad, en la práctica, significaría la total ineficacia de los preceptos de esta legislación especial, pues como asevera DE LA VEGA, indudablemente todos los partícipes en la cadena de comercialización de un producto las irían imponiendo al eslabón siguiente en dicha cadena, hasta llegar al consumidor final.²¹⁷⁴ Parafraseando a GUTIERREZ SANTIAGO, *"...con tal declaración de ineficacia de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad objetiva que dicha Ley impone sobre fabricantes e importadores se deja bien claro que se trata de una responsabilidad regulada por normas imperativas y se garantiza al perjudicado la aplicación de ese régimen."*²¹⁷⁵

Agrega RODRIGUEZ CARRION, que esta prohibición de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad es de orden público, pues se inspira en el interés de la comunidad toda²¹⁷⁶; restringiéndose por tanto, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, con un claro sesgo tutelar. Y no esta demás recordar que los derechos que concede el TR a los consumidores y usuarios son irrenunciables por adelantado, vía pactos o cláusulas abdicativas, conforme lee su artículo 10²¹⁷⁷, pues la renuncia, *"...según abundantísima jurisprudencia, ha de llevarse a cabo de forma precisa, clara, terminante, inequívoca y explícita teniendo como efecto la salida del derecho renunciado de la esfera jurídica del renunciante. Esta renuncia a los derechos concedidos por la norma imperativa necesita, para tener eficacia, de acuerdo con nuestra doctrina más significativa, que se produzca después de haber tenido lugar el hecho determinante de la adquisición de tales derechos, por lo que, a priori, sería irrenunciable."*²¹⁷⁸

3.2.2.- Eficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad celebrada entre el proveedor con otro de los sujetos responsables según esta legislación especial.

Si bien para el legislador Comunitario no son lícitas las cláusulas que suprimen o limitan la responsabilidad del productor en relación al perjudicado²¹⁷⁹, nada

²¹⁷³ Vid. Directiva 85/374, Considerando 12º. *"Considerando que, para asegurar una protección eficaz de los consumidores, no debería permitirse que ninguna cláusula contractual disminuyera la responsabilidad del productor frente al perjudicado;..."*.

²¹⁷⁴ Vid. DE LA VEGA GARCIA, F. L., *"Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 133.

²¹⁷⁵ Vid. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006, pág. 431.

²¹⁷⁶ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 245; ALBADALEJO, M., *"Derecho civil I, Vol. 1º"*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 36; JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGrawHill, Madrid, 1998, pág. 460.

²¹⁷⁷ Vid. TR, artículo 10. *"Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario. La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil."*

²¹⁷⁸ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 246.

²¹⁷⁹ Hay que tener en cuenta que las limitaciones convencionales a la responsabilidad extracontractual, han planteado normalmente dudas a la doctrina por lo que se refiere a su eficacia. En cambio, se suele aceptar

impide que los agentes económicos que tienen el *status* de legitimados pasivos, pacten entre sí, cláusulas liberatorias o limitativas de responsabilidad, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral ni al orden público. Ello, por cuanto la prohibición de este tipo de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad sólo apuntan a proteger al perjudicado, por lo que, a *contrario sensu*, se puede concluir que son plenamente válidas y eficaces este tipo de cláusulas entre los distintos legitimados pasivos que contempla esta legislación especial. Por ello, debe calificarse como legítimo el acuerdo entre un productor parcial y el productor final, en cuya virtud se acuerda una exoneración de responsabilidad del primero.²¹⁸⁰

Pero puede caber la duda si esta es una posibilidad real de defensa para el proveedor, pues a primera vista pareciera ser que, por medio de esta vía, normalmente es el productor quien intentará eximirse o limitar su responsabilidad, aprovechando su mayor peso contractual frente a suministradores mayoristas o simples proveedores. De modo que pudiera concluirse, a primer vista, que esta defensa contractual no aprovecha al proveedor por regla general. Sin embargo, las características del mercado moderno podrían dar pie a algunas situaciones en que sí sea ésta una defensa a la cual un proveedor puede acudir. Nos referimos a los casos en que el tamaño de compra del proveedor, de cara al suministrador mayorista o al productor sea tal, que en realidad el poder de compra que posee es más grande y robusto que el poder de venta del mayorista o del productor, situación en la cual, podría imponer en las relaciones de proveeduría y abasto ese tipo de cláusulas en su favor. Puede darse esta posibilidad en mercados en que los *retailers* son pocos (mercados concentrados) y las economías de tamaño aguas abajo muy importantes, como podría ser el caso de las tiendas de grandes superficies.²¹⁸¹ Como se ve, no se divisa inconveniente legal en que en un contrato de proveeduría se pacte una cláusula de este tipo entre el productor y el proveedor²¹⁸², recalcando que las fuerzas y equilibrios de mercado pueden dar margen, al menos teóricamente, a que se pueda negociar por parte del proveedor este tipo de cláusulas en su beneficio.

ampliamente la eficacia de tales limitaciones convencionales con respecto a la responsabilidad contractual, según indican los BERCOVITZ, con base en los artículos 1102 y 1103 del CC. Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *“Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores”*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 263.

²¹⁸⁰ Nótese que hablamos de daños materiales, pues si hubiesen daños personales (lesiones o muerte), esa cláusula de exoneración es ineficaz, ya que puede perseguirse la responsabilidad a través del Derecho común y de las normas penales que resulten aplicables.

²¹⁸¹ Es el caso en que el poder de compra es mayor que el poder de venta, lo que podría permitirle al proveedor imponer este tipo de cláusulas.

²¹⁸² Vid. CILLERO DE CABO, P., *“La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos”*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 199; ALCOVER GARAU, G., *“La Responsabilidad Civil del Fabricante. Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español”*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990, pág. 64; JIMENEZ LIEBANA, D., *“Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos”*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 464 y ss.; SOTOMAYOR GIPPINI, J. M., *“La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”*, en RES, núm. 79, 1994, págs. 76 y 77.

3.2.3.- Alcance de las expresiones "cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad" a que aluden los artículos 12 de la Directiva 85/374 y 130 del TR.

Queremos destacar que para gran parte de la doctrina, los artículos 12 de la Directiva 85/374 y 130 del TR, no regulan únicamente la ineficacia de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractuales, pues no se las adjetiva así en tales preceptos, que simplemente hablan de "cláusulas", por lo que puede concluirse que también son ineficaces las declaraciones unilaterales (entendida como cláusulas del productor), que se adjuntan en los folletos al producto, en su envase, etcétera.²¹⁸³ Es decir, también carecen de eficacia las declaraciones que se insertan en los envases o etiquetas de un producto, a través de las cuales el productor pretenda eximirse de responsabilidad. Por ello, nos dice CILLERO DE CABO, "*...no sólo deben quedar afectadas las cláusulas contractuales...*"²¹⁸⁴ en esta prohibición, opinión que JIMENEZ LIEBANA confirma, al explicar que "*...en los trabajos preparatorios también quedó que la norma no se refiere en sentido estricto a la exclusión contractual expresa...*".²¹⁸⁵

4.- Defensas del proveedor que no están consignadas a texto expreso en la Directiva 85/374 ni en el TR, pero que son posibles de deducir de dichos cuerpos normativos o del Sistema Jurídico.

Nos referimos a ciertas defensas posibles de invocar por el proveedor, aun cuando no están consagradas positivamente a texto expreso en la Directiva 85/374 ni en el TR, pese a lo cual, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, piensan que son salvaguardas posibles de invocar por él.

4.1.- La fuerza mayor o el caso fortuito como causales de exención de responsabilidad no consagradas en la Directiva 85/374 ni en el TR.

Es menester aclarar que la fuerza mayor o el caso fortuito no están consagradas como eximentes de responsabilidad en esta legislación especial, lo que se constata de un simple lectura de los artículos 7 de la Directiva 85/374 y 140 del TR.

En términos generales, RODRIGUEZ ARIAS las define como "*...un acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto o previsto, pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación.*"²¹⁸⁶ En palabras de COMPAGNUCCI DE CASO, "*...cuando condiciones inevitables e imprevisibles desvían la cadena de causalidad o imposibilitan la atribución fáctica del resultado al agente, estamos en presencia del*

²¹⁸³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 200; JIMENEZ LIEBANA, D., "*Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*", McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 464 y ss.

²¹⁸⁴ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 199.

²¹⁸⁵ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., "*Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*", McGrawHill, Madrid, 1998, pág. 466.

²¹⁸⁶ Vid. RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., "*Derecho de las obligaciones*", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965, pág. 221.

caso fortuito o de la fuerza mayor."²¹⁸⁷ Esto, por cuanto la conducta del sujeto, conforme al curso natural y ordinario de las cosas, no podría llevar al resultado dañoso, de lo que cabe concluir, que han sido otras las condiciones que produjeron el daño.²¹⁸⁸ La reiterada doctrina de la Sala 1ª del TS exige, para configurar la fuerza mayor, que el evento decisivo proceda exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su amenidad y sin intervención de culpa alguna del agente causante del daño. De ahí que se entienda que, el caso fortuito o la fuerza mayor, hacen inimputable la conducta del demandado en relación al daño producido, sea que provenga del incumplimiento contractual o de un ilícito extracontractual expresa SALVAT.²¹⁸⁹

Las legislaciones internas de los Estados miembros de la UE, consideran que la fuerza mayor o el caso fortuito constituyen causa de interrupción del nexo causal, en mayor o menor grado, en el ámbito de la responsabilidad civil. En cambio, la Directiva 85/374 guarda total silencio sobre el tema, aunque la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia estiman que la conclusión no puede ser que la fuerza mayor o el caso fortuito no tengan aplicación en el régimen de responsabilidad objetiva que impone esta Directriz Comunitaria.²¹⁹⁰ Con todo, se trata de una cuestión discutida.

En efecto, la tesis mayoritaria entiende que la concurrencia de fuerza mayor o del caso fortuito excluyen la responsabilidad, sea que hablemos de un sistema de responsabilidad subjetivo u objetivo. El TS reitera esta opinión, en fallo de 1 de julio de 1997²¹⁹¹, en que declara que la existencia de fuerza mayor excluye la responsabilidad, "*...tanto cuando el criterio utilizado para atribuir responsabilidad es el subjetivo, como cuando se utiliza el de la responsabilidad objetiva; se ha dicho que el caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencia que la determinan servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican, siempre que se opongan y se prueben por los perjudicados.*" Conteste con este dogma, COMPAGNUCCI DE CASO expone que lo correcto es vincular el caso fortuito y la fuerza mayor con la relación de causalidad, pues su concurrencia siempre va a entrañar un rompimiento de la cadena causal. Es decir, el caso fortuito o la fuerza mayor hacen inimputable al demandado, "*...no en virtud de su "falta de culpabilidad", sino porque no es posible atribuirle las*

²¹⁸⁷ Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 86 y 87.

²¹⁸⁸ Vid. SOTO NIETO, F., *"El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación"*, Nauta, 1965; GIANFELICI, M. C., *"Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

²¹⁸⁹ Vid. SALVAT, R. M., *"Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las Obligaciones. Hechos ilícitos"*, 2º ed., anotada por A. Acuña Anzorena, TEA, Buenos Aires, 1958, pág. 152.

²¹⁹⁰ Vid., por todos, LARROUMET, C., *"Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 97.

²¹⁹¹ Vid. STS, de 1 de julio de 1997, repertorio Aranzadi nº 5471.

consecuencias de los hechos voluntarios, por no ser autor."²¹⁹² Es por ello que ORGAZ dice que, el caso fortuito o la fuerza mayor, entrañan ausencia de relación causal.²¹⁹³ Y esto es lo interesante de cara a un régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que se autocalifica de objetivo, donde el reproche -por definición subjetivo-, no juega ningún rol para configurar la responsabilidad, pero tampoco basta la mera producción del daño, ya que pese a ser un sistema objetivo o cuasi objetivo de responsabilidad, se impone al perjudicado demostrar algo más que el daño, según se desprende del artículo 4 de la Directiva 85/374, que le exige probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño, exigencias que reitera el artículo 139 del TR en similares términos.²¹⁹⁴ Es decir, es esencial para configurar la responsabilidad del productor, que se acredite esta precisa relación de causalidad entre el defecto y el daño y es obvio que también puede ocurrir que el responsable pruebe la existencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor y, por esa vía, destruya la relación causal exigida como presupuesto de su responsabilidad por el daño causado por un producto defectuoso. Así se entienden las palabras de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, para quien *"...la fuerza mayor excluye la responsabilidad del fabricante o del importador (o del intermediario o suministrador) cuando interrumpa el nexo causal entre el defecto y el daño."*²¹⁹⁵

En el otro extremo, con una opinión distinta y más estricta, RODRIGUEZ LLAMAS vuelve su mirada hacia la profunda discusión doctrinal acerca de los rasgos diferenciales entre el caso fortuito y la fuerza mayor que, de modo simple, podrían resumirse así: caso fortuito es igual a obstáculo interno y fuerza mayor es equivalente a un obstáculo externo y extraño²¹⁹⁶, concluyendo que en el ámbito de la responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos, el caso fortuito no supone interrupción del nexo causal, por ende no es causal de exoneración de responsabilidad, ya que en el fondo se trata de riesgos típicos -y previsibles- propios de la actividad del productor y que acaecen dentro de su esfera de control.²¹⁹⁷ Con matices, para ALPA la cuestión del caso fortuito como causal de exoneración de responsabilidad admite distinciones. En su opinión, puede eximir de responsabilidad al productor sólo si se trata de eventos que no constituyan un riesgo típico asumido por el empresario.²¹⁹⁸ En línea con la

²¹⁹² Vid. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 88.

²¹⁹³ Vid. ORGAZ, A., *"La culpa"*, Lerner, Buenos Aires, 1970, pág. 73.

²¹⁹⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 4. *"El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño." / TR, artículo 139. "Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."*

²¹⁹⁵ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento"*, en EC, n° 34, 1995, pág. 128.

²¹⁹⁶ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 103.

²¹⁹⁷ Vid. RODRIGUEZ LLAMAS, S., *"Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos"*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 104.

²¹⁹⁸ Vid. ALPA, G., *"Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia"*, diretto da GALGANO, vol. XIII, Cedam, Padova, 1989, págs. 23 y ss.

aseveración de este autor, la CS ha dicho que la culpa se hace radicar *"...en la no previsión de lo previsible, de modo que su esencia está en la previsibilidad. Por tanto, si las consecuencias del acto no son previsible se está en presencia de un caso fortuito, que sale de los límites de la culpabilidad, ya que ésta requiere de culpa en el obrar..."*²¹⁹⁹ y si por el contrario, el riesgo está dentro de lo previsible -en lo que nos interesa riesgos típicos de la actividad fabril-, la conclusión es que debiera responder el productor, pues no se habrá configurado esta causal de exoneración de responsabilidad. Con una interpretación de texto normativo más simplista y sin incurrir en grandes elucubraciones, CALVO sostiene que el daño debido a un caso fortuito entra dentro de los riesgos asumidos por el productor, pues éste sólo puede exonerarse de responsabilidad por alguna de las causas taxativamente enumeradas en esta legislación especial, entre las que no figura el caso fortuito.²²⁰⁰

Para los BERCOVITZ, en realidad la duda se plantea *"...cuando la fuerza mayor contribuye con el defecto a la producción del daño, sin eliminar totalmente el nexo causal. Si lo que ocurre es que interrumpe plenamente dicho nexo causal, hasta el punto de que se pueda afirmar que ha sido esa fuerza mayor la única causante del daño, entonces no hay duda de que no existe nexo causal entre defecto y daño y, consecuentemente, no se da uno de los requisitos esenciales para determinar la responsabilidad del productor. En cambio, si fuerza mayor y defecto contribuyen al daño hay que preguntarse si el silencio de la Directiva debe considerarse como una laguna a integrar con la solución de cada ordenamiento nacional o si, por el contrario, hay que entender que no se trata de una laguna y que, consecuentemente, la Directiva no excluye en tales casos la plena responsabilidad del productor."*²²⁰¹

Nuestra opinión es que tanto la fuerza mayor como el caso fortuito deben considerarse eximentes de responsabilidad para el productor, aunque no estén consagradas a texto expreso en esta legislación especial, únicamente si son capaces de inhibir o impedir el aludido nexo causal²²⁰², lo que es plenamente armónico con las disposiciones de los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR ya citados, que imponen al perjudicado la prueba de la relación causal entre el defecto del producto y el daño sufrido. En cambio, si presentes, no tienen la fuerza suficiente para inhibir o alterar el nexo causal, no pueden ser consideradas eximentes de responsabilidad bajo ningún respecto, aunque hayan tenido algún grado de influencia en la forma en que se produjo el daño, por lo que el productor debe

²¹⁹⁹ Vid. RDJ T. 62, sec. 4º, pág. 31.

²²⁰⁰ Vid. CALVO ANTON, M., *"La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad"*, Cuadernos de Estudios Empresariales nº 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 35.

²²⁰¹ Vid. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 297.

²²⁰² Vid. *supra* apartado 2.- Legitimación activa, carga de la prueba y requisitos para obtener una indemnización de perjuicios a la luz de la Directiva 85/374 y del TR; apartado 2.2.- La carga de la prueba u onus probandi que corresponde al perjudicado: el daño, el defecto y la relación de causalidad; apartado 2.2.3.- La prueba de la relación de causalidad entre el defecto y el daño / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

responder, pues no parece dable presumir que el legislador Comunitario olvidó regular esta materia con precisión, cayendo en una laguna normativa, sino que, más bien, parece ser que la consideración de proteger al perjudicado, principio inspirador de toda esta legislación especial, lo inclina a no atribuirle ninguna importancia como causal de exoneración de responsabilidad para el productor, a una fuerza mayor o caso fortuito de menor entidad o inidóneos para suprimir o anular la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño.

Para concluir este punto, nos parece que esta causal de exoneración de responsabilidad está disponible para el proveedor en los términos recién expuestos, quien podrá valerse de ella por la vía de impugnar la relación de causalidad entre el defecto que se denuncia como causante del daño y el daño demandado, aprovechándose de que la carga de la prueba es del perjudicado. Por lo que, creemos, ésta debiera ser una defensa habitual del proveedor y, en realidad, de cualquier sujeto responsable según esta legislación especial.

4.2.- Defensa del productor aparente, consistente en que él no ha puesto su signo, marca, logo o sello en el producto, en su envoltorio o envase.

El productor aparente puede eximirse de responsabilidad si demuestra que no fue él quien colocó el signo, marca, logo o sello que lo distingue e identifica como teórico y aparente productor en el producto defectuoso o en su envoltorio o envase, nos dice CALVO²²⁰³, en lo que nos parece una acertada conclusión, que surge de la exégesis de los artículos 3.1 de la Directiva 85/374 y 5 del TR²²⁰⁴, que al definir productor aparente y equipararlo a la figura del productor para hacerlo responsable, especifican que él ha de haberse presentado ante el público como el verdadero productor, poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, su envase, envoltorio o en cualquier otro elemento de protección o presentación del producto, o al menos haberlo tolerado. El caso que se nos viene a la cabeza de inmediato, es el de los productos falsificados; los de contrabando en que se intenta legitimarlos usando la marca de un tercero que goza de prestigio en el comercio, etcétera.

En efecto, si analizamos los artículos de la Directiva 85/374 y del TR recién mencionados, es posible concluir, según los enunciados normativos empleados en estos preceptos, que se alude a actos puramente voluntarios del denominado

²²⁰³ Vid CALVO ANTON, M., "La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad", Cuadernos de Estudios Empresariales n° 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994, pág. 45.

²²⁰⁴ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.1. "Se entiende por productor la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto." / TR, artículo 5. "Concepto de productor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo."

productor aparente. *Ergo*, si no existe tal voluntad de su parte y ello ha ocurrido por obra de terceros, que no están bajo su dependencia ni por los cuales responda, nos parece que debe quedar liberado de toda responsabilidad a título de productor aparente.

Esta defensa, si bien disponible para el productor aparente, nos parece que no podría ser empleada por el proveedor. Una primera hipótesis a comentar, es el caso en que el proveedor ha identificado como productor del producto defectuoso a un productor aparente que luego demuestra que no lo era, por la vía de esta defensa. En realidad, quien se defiende en este caso es el presunto productor aparente, no el proveedor. Una segunda hipótesis a analizar, es el caso en que el proveedor no identifica a ningún productor ni suministrador del producto defectuoso dentro del plazo legal con que cuenta y luego, emplazado en juicio, pretendiera decir que conoce y puede identificar a un productor aparente (que en realidad no lo es), alegato sobre el cual no debiera ser oído, asumiendo completa responsabilidad frente al perjudicado que lo ha demandado, pues no estaría cumpliendo con la exigencia de identificar al productor del producto defectuoso o a algún sujeto equiparado a él o incluso a su propio suministrador, dentro del plazo legal. Por lo demás, alentar la posibilidad de que el proveedor pueda eximirse de responsabilidad a través de este expediente, claramente abriría las puertas a posibles maniobras fraudulentas, destinadas a evitar el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar, por el simple expediente de identificar como productor aparente a quien en realidad no lo es, jugando con los plazos de prescripción y de caducidad.

4.3.- Defensa del proveedor consistente en impugnar el carácter defectuoso del producto que ha causado el daño.

Por obvio que parezca, es importante dejar expuesta una defensa posible de argüir tanto para el productor como para el proveedor, consistente en discutir el carácter de defectuoso del producto que ha causado el daño. Como sabemos, los artículos 4 de la Directiva 85/374 y 139 del TR, exigen al perjudicado probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ellos.²²⁰⁵ Pues bien visto, precisamente una defensa disponible para el productor o para el proveedor demandado en su caso, es discutir la existencia del defecto, del daño y de la relación causal entre ambos.

En este apartado nos detendremos solamente en el análisis de la defensa del proveedor consistente en sostener que el producto causante del daño no es defectuoso. Desde luego, esta defensa tiene mejores perspectivas de éxito si el único fundamento de hecho de la demanda indemnizatoria, es que el daño es causa

²²⁰⁵ Vid. Directiva 85/374, artículo 4. "El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño." / TR, artículo 139. "Prueba. El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos."

directa de un producto defectuoso, pues si estuvieran involucrados otros antecedentes de hecho como agentes del daño, el tribunal siempre podría condenar a indemnizar perjuicios, prescindiendo de esta legislación especial, acudiendo al viejo principio del *iura novit curia*.

Pues bien, sucede que el concepto de defecto en esa legislación especial, es un concepto normativo, pues defecto recibe una precisa definición legal en el artículo 6 de la Directiva 85/374 y en el artículo 137 del TR.²²⁰⁶ De modo que para que tenga aplicación esta normativa especial, debemos estar frente a un producto que adolezca de un defecto susceptible de ser catalogado como tal, al tamiz de los referidos preceptos. Es decir, el juzgador llamado a resolver un litigio de daños causados por un producto defectuoso, inevitablemente deberá enfrentarse a la tarea de determinar que el producto causante del daño es defectuoso, considerando todas las circunstancias del caso y respetando los concretos parámetros que el concepto legal de defecto le imponen, lo que concede un espacio de defensa al demandado, que podrá intentar desvirtuar la existencia del defecto, por la vía de atacar los elementos que deben integrar el concepto normativo de defecto.

²²⁰⁶ Vid. Directiva 85374, artículo 6. "1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación. 2. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado." / TR, artículo 137. "Concepto legal de producto defectuoso. 1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. 2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. 3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada."

CAPITULO XIV

OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TITULO II, DISPOSICIONES ESPECIFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPITULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR.

SUMARIO: 1.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA: OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, CUYA GENESIS PUEDE SER IMPUTADA A EL. 2.- CLASES DE DEFECTOS QUE PUEDEN SURGIR DURANTE LA ETAPA DE DISTRIBUCION Y COMERCIALIZACION DE UN PRODUCTO: (I) DEFECTOS DE MANIPULACION; (II) DEFECTOS DE CONSERVACION; Y (III) DEFECTOS DE INFORMACION. 2.1.- DEFECTOS DE MANIPULACION. 2.2.- DEFECTOS DE CONSERVACION. 2.3.- DEFECTOS DE INFORMACION. 3.- ANALISIS DE DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR, POR DEFECTOS DE MANIPULACION, DE CONSERVACION Y DE INFORMACION. 3.1.- CASOS DE DEFECTOS DE MANIPULACION. 3.1.1.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS DERIVADOS DE UNA MANIPULACION O INTERVENCION QUE EL HACE AL PRODUCTO, TORNANDOLO DEFECTUOSO. 3.2.- CASOS DE DEFECTOS DE CONSERVACION. 3.2.1.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS DERIVADOS DE UNA DEFECTUOSA CONSERVACION DEL PRODUCTO. 3.2.2.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS DERIVADOS DE UNA INCORRECTA MANTENCION O LIMPIEZA DEL PRODUCTO. 3.3.- CASOS DE DEFECTOS DE INFORMACION. 3.3.1.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS AL COMERCIALIZAR PRODUCTOS PELIGROSOS O QUE REQUIERAN DE UNA EXACERBADA INFORMACION, INSTRUCCIONES O ADVERTENCIAS SOBRE SU CONSERVACION, SU MANIPULACION O SOBRE SU USO O CONSUMO, QUE LE ERA EXIGIBLE BRINDAR A EL A SUS CLIENTES. 3.3.2.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS DERIVADOS DE UNA PUBLICIDAD ABUSIVA, IMPRUDENTE O INEXACTA QUE, AL CAUSAR CONFUSION SOBRE LAS CUALIDADES DEL PRODUCTO O SU FORMA DE USO O CONSUMO, LO HACEN DEFECTUOSO. 3.3.3.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO QUE EL SUMINISTRO SIN CONOCER EL DEFECTO QUE PORTABA, COMO OCURRE CON LOS CASOS DE RIESGOS DEL DESARROLLO, PERO AL IMPONERSE DE ESE DEFECTO MAS TARDE, SE ABSTIENE DE INFORMAR DE ELLO A SUS CLIENTES, AL GRAN PUBLICO Y/O A LA AUTORIDAD, O NO HACE NADA PARA RETIRARLO DEL MERCADO O RECUPERARLO DE MANOS DE LOS CONSUMIDORES. 4.- OTROS CASOS DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR, RELACIONADOS, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, CON DEFECTOS DE LOS PRODUCTOS. 4.1.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR LA DISTRIBUCION DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO EN CIRCUNSTANCIAS TALES, QUE LE FUERA EXIGIBLE HABER CONOCIDO EL DEFECTO DEL PRODUCTO. 4.2.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS DERIVADOS DE HABER SUMINISTRADO PRODUCTOS FALSIFICADOS, DE CONTRABANDO O ADQUIRIDOS DE AGENTES ECONOMICOS INFORMALES. 4.3.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR QUE ASUME O SE ENCUADRA CON SU CONDUCTA EN LA FIGURA DE UN PRODUCTOR PRIVADO, CUYOS PRODUCTOS CAUSAN UN DAÑO. 4.4.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS EN EL PROPIO PRODUCTO DEFECTUOSO. 4.5.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR OTROS DAÑOS NO AMPARADOS POR ESTA LEGISLACION ESPECIAL. 5.- RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR DE UN PRODUCTO DEFECTUOSO POR: (I) GARANTIAS COMERCIALES CONTRATADAS CON EL COMPRADOR; (II) FALTA DE CONFORMIDAD DEL PRODUCTO ENTREGADO. 6.- LEGISLACION Y REGLAMENTACION APLICABLES A LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR ESTUDIADOS EN LOS APARTADOS 3.-, 4.- Y 5.- ANTERIORES. 6.1.- ENUNCIACION DE LA LEGISLACION Y REGLAMENTACION APLICABLE EN LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR ESTUDIADOS EN LOS APARTADOS 3.-, 4.- Y 5.- ANTERIORES. 6.2.- ANALISIS ESPECIFICO DE LAS NORMAS LEGALES Y REGLAMENTARIAS APLICABLES A LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR ESTUDIADOS EN LOS APARTADOS 3.-, 4.- Y 5.- ANTERIORES. 6.2.1.- NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CC. 6.2.2.- NORMAS SOBRE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL CC. 6.2.3.- NORMAS SOBRE GARANTIAS PACTADAS POR EL PROVEEDOR Y SOBRE FALTA DE CONFORMIDAD DEL PRODUCTO CON LO PACTADO EN EL CONTRATO. 6.2.4.- LAS NORMAS SOBRE PUBLICIDAD DE LOS PRODUCTOS ALOJADAS EN EL TR. 6.2.5.- LAS NORMAS QUE REGULAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD GENERAL DE LOS PRODUCTOS, RADICADAS EN LA DIRECTIVA 95/2001, EN EL RD 1801/2003 Y EN EL TR.

1.- Planteamiento del tema: otras fuentes de responsabilidad del proveedor por daños causados por el defecto de un producto, cuya génesis puede ser imputada a él.

Es evidente que la Directiva 85/374 y el TR excluyen al proveedor del círculo de responsables directos, pues no es él quien origina el defecto que, desde esta óptica, tiene una cuna o sello fabril, ni es quien puede prevenir su aparición, ni quien puede evitar que el producto defectuoso llegue a manos del consumidor, pues el proveedor no introduce el producto en el mercado. Es por todo esto, por lo demás, que el productor es el responsable central de esta legislación especial, sujeto sobre quién se incardina este sistema especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Y ello es lógico, si pensamos que la gran mayoría de los productos llegan al proveedor embalados, cerrados y normalmente sellados, de modo que le resulta imposible realizar ningún tipo de control sin alterar esos embalajes, envases o sellos y, aunque pudiera hacerlo, no tiene los conocimientos, la experticia ni la infraestructura para ello. Tampoco existe la obligación para él, de efectuar controles aleatorios, mantener contra muestras, etcétera; tareas todas que la organización productiva reserva para el productor.

Entonces, podríamos concluir que la actividad del proveedor en la cadena de comercialización de un producto, está radicada en las tareas de conservación, distribución y venta al detalle de los productos que recibe de su distribuidor o del productor, prácticamente sin ninguna intervención o manipulación sobre ellos y menos con controles, salvo los de mantención de cadenas de frío u otras faenas muy específicas, destinadas a la conservación de determinados productos, como los remedios en algunos casos, los explosivos, los productos perecederos, etcétera. Asimismo y como otra labor del proveedor, en ciertos casos, el proveedor debe informar y/o advertir al consumidor o usuario sobre determinadas características de uso o empleo del producto. Con todo, y más allá que la doctrina en general circunscriba las labores del proveedor a las antedichas, no es menos cierto que, de acuerdo a las circunstancias concurrentes en cada caso, puede suceder que sea el propio proveedor quien genere el defecto del producto, cuando ya está en sus manos, o colabore en su aparición, sea porque no lo conservó adecuadamente o porque lo manipuló, o porque omitió instrucciones, informaciones o advertencias sobre su uso o consumo o porque hizo una publicidad exagerada o errada acerca de los usos o finalidades del producto, o, incluso, porque se percata del defecto de un producto frente a una total ignorancia o imposibilidad del productor de enterarse de ello y no hace nada por advertirlo a sus posibles usuarios o consumidores. Por lo que, como sostiene CILLERO DE CABO, *"...el valor que debe concederse a las afirmaciones de la doctrina sobre la incapacidad del suministrador para controlar la seguridad de los productos que distribuye, es el de ser meras presunciones que quedan desvirtuadas si de las circunstancias resulta que el suministrador podía efectivamente haber descubierto que el producto era*

defectuoso..."²²⁰⁷, caso en el cual, lógicamente debiera responder, aunque probablemente no a través de la égida de esta legislación especial, sino que por vía del Derecho común o de alguna regulación sectorial.

De hecho, es por ello que la Directiva 85/374, en su artículo 13, deja abierta las puertas a los demás derechos y acciones que puedan corresponder al perjudicado, en conformidad a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual y a aquellas que pueda invocar "...con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva...".²²⁰⁸ En el TR se repite esta disposición, aunque puede advertirse una ligera sutileza, pues su artículo 128.2 sólo deja a salvo los derechos y acciones que pudieren corresponderle al perjudicado para ser indemnizado por los daños que ha sufrido, sea en sede contractual o extracontractual, sin mencionar la opción de aquellos que pudieren corresponderle en virtud de regímenes especiales.²²⁰⁹ Es decir, sólo se alude a derechos y acciones contractuales o extracontractuales que pudieran concernir al perjudicado, omitiendo toda referencia a los regímenes especiales o regulaciones sectoriales pertinentes, lo que a nuestro entender no puede ser entendido como una veda legal, que impida al perjudicado invocarlos en su favor, de ser oportunos, pues, de otro modo, se estaría arribando a una conclusión incoherente, pues el Sistema Jurídico se nutre de distintos principios y normas jurídicas, entre los cuales está el principio general del Derecho que impone el deber de indemnizar todo daño culpable, así como el de la reparación integral, recogido en el artículo 1902 del CC²²¹⁰, en homenaje a esa vieja máxima del Derecho, compilada por los romanos, de *alterum non laedere*, esto, es, no dañar a nadie, sintagma que también se expresa en la variante *neminem laedere* o no dañarás.²²¹¹ Además, porque por aplicación del principio de especialidad, no hay duda de que si las hipótesis normativas consagradas en un régimen especial contemplan un caso dado, deben ser aplicadas por el sentenciador, confiriéndoles pleno vigor.

En los apartados que siguen, analizaremos las distintas normas que puede invocar el perjudicado en casos como los reseñados, para intentar hacer efectiva la

²²⁰⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 255 y 256.

²²⁰⁸ Vid. Directiva 85/374, artículo 13. *"La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva."*

²²⁰⁹ Vid. TR, artículo 128.2. *"Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar."*

²²¹⁰ Vid. CC, artículo 1902. *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."*

²²¹¹ Como se sabe, Ulpiano extrajo de la Ley Natural tres principios, que luego recogería el Digesto: (i) *honeste vivere*: vivir honestamente; (ii) *neminem laedere*: no dañar a nadie; y (iii) *suum cuique tribuere*: dar a cada uno lo suyo.

responsabilidad del proveedor por los daños y perjuicios que puede haberle causado un producto que él le suministró y que ha devenido en defectuoso por alguna circunstancia o conducta imputable a él.

Por último, cumplimos con reiterar que en este Capítulo nos estamos refiriendo, única y exclusivamente, a daños causados por un defecto en el producto que le es imputable al proveedor, obviando toda otra situación de infracciones contractuales o de quebranto a leyes o de reglamentaciones cuya inobservancia pudiera derivar en responsabilidades de algún tipo (civiles, penales, administrativas, tributarias u otras), para el proveedor.

2.- Clases de defectos que pueden surgir durante la etapa de distribución y comercialización de un producto: (i) Defectos de manipulación; (ii) Defectos de conservación; y (iii) Defectos de información.

Hablamos de defectos que tienen su específico origen en la etapa de distribución o comercialización del producto, que podemos clasificar como defectos de manipulación, de conservación y de información.

2.1.- Defectos de manipulación.

Se trata de defectos que nacen durante la etapa de distribución del producto que, como sabemos, es de cargo del proveedor, como consecuencia de la intervención o alteración dolosa o culposa del producto. Este defecto puede obedecer a caídas del producto; a aperturas de envases o sellos; al retiro de partes o piezas; a la adición de partes o piezas o de otros elementos o productos, como conservantes, colorantes u otros agentes químicos; a contaminaciones; etcétera, lo que termina por degradar o empobrecer la seguridad original del producto.²²¹² También es posible concebir que estos defectos aparezcan con posterioridad a su suministro, cuando el proveedor se ha obligado a mantener o a reparar el producto en virtud de una garantía comercial adicional o de un servicio pactado con el cliente y, fruto de tales tareas, lo manipula o interviene negligentemente, creando el defecto en comento.

Es importante considerar que estas intervenciones deben causar un preciso efecto en el producto: degradar o empobrecer su seguridad, pues si no es así y sólo afecta su calidad, eficacia o utilidad, estaremos frente a un caso de responsabilidad por vicios ocultos o vicios redhibitorios, propia del Derecho común y no ante un defecto del producto.

Con todo y tal como mencionamos a vía ejemplar, no puede dejar de considerarse que este tipo de defectos, al menos teóricamente, podrían obedecer a una conducta de un tercero distinto del proveedor y por el cual éste no deba responder,

²²¹² Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 329.

como podría ser el caso de un cliente que en la tienda manipula el producto, se le cae, e inadvertidamente genera un defecto de este tipo en el producto, pues su seguridad ya no es la original, lo que posteriormente causa un daño al ser usado o consumido. Desde luego, en esta hipótesis, el proveedor nunca supo de la aparición de este defecto. Y en la lógica comercial, si bien una situación como la descrita es previsible, es imposible de evitar o prevenir, pues lo habitual es que los clientes examinen los productos que les puedan interesar antes de decidir adquirirlos. En este caso, si tal fuera la defensa del proveedor -imputarle el defecto a un tercero-, desde luego enfrentará una prueba diabólica y probablemente resultará condenado a indemnizar los perjuicios sufridos por el perjudicado demandante.

2.2.- Defectos de conservación.

Se trata de un defecto que aparece post producción. Es decir, no emana de una actividad propia del productor, ni de un hecho que esté bajo su esfera de control. Todo lo contrario, el producto ha sido puesto en circulación sin defecto alguno por el productor y estando en poder y control del proveedor, surge por un hecho imputable a este último, que empobrece o altera su seguridad. Es decir, se trata de un defecto cuyo origen no es fabril, sino propio de la etapa de distribución del producto, por un acto por entero imputable al dolo o culpa del proveedor, que genera un defecto que causa un daño, que no será perseguible a través de esta legislación especial.

Este defecto puede surgir en cualquier momento durante la etapa de distribución que realiza el proveedor, como consecuencia de las condiciones externas a que se ha sometido el producto²²¹³, pues conservar un producto significa mantenerlo en el mismo estado en el que se recibió del productor. Es decir, no obedece a una manipulación o a una alteración o a una intervención en el producto, sino, simplemente, a las fuerzas de la naturaleza, a la temperatura ambiente, a la falta o exceso de humedad, etcétera, factores que, de algún modo, logran alterar las características naturales del producto y si son de la entidad adecuada, consiguen afectar su seguridad original, volviéndolo defectuoso.

Esto significa que no cualquier problema de conservación hace defectuoso al producto. Sólo lo hacen aquellos que realmente afectan la seguridad que legítimamente cabe esperar de un producto al usarlo o consumirlo, aserto que se afina en el estricto respeto al concepto normativo de defecto que cobijan los artículos 6 de la Directiva 85/374 y 137 del TR, que ya hemos analizado latamente.²²¹⁴ Por lo mismo y a *contrario sensu*, si estos problemas de

²²¹³ Vid. CILLERO DE CABO, P., "La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos", Civitas, Madrid, 2000, pág.327.

²²¹⁴ Vid *supra* apartado 3.- El concepto de producto defectuoso / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA

conservación sólo dañan el empaque, el envase o la presentación del producto o, únicamente degradan su calidad, eficacia o idoneidad, no estamos ante un caso de producto defectuoso, sino frente a un caso de vicios redhibitorios, soluble por el recurso a las normas pertinentes del CC.

2.3.- Defectos de información.

En este caso, el defecto consiste en no haber informado el proveedor adecuadamente sobre alguna característica o condición de uso o consumo del producto, o sobre riesgos o peligros que entrañe su uso o consumo indebidos, irrazonables o abusivos, siempre que tales usos o consumos sean previsibles, al tiempo de su entrega o con posterioridad a ella, si de algún modo del proveedor ha asumido una obligación de control o seguimiento de empleo del producto, una vez entregado.

Esta información no debe confundirse con la que debe proporcionar el productor, so riesgo de causar un defecto por falta de información, instrucciones o advertencias, al que ya hemos aludido profusamente con antelación²²¹⁵, pues el tipo de defecto al que aludimos ahora, refiere a informaciones y advertencias que sea posible exigir al proveedor, conforme lo disponen las disposiciones pertinentes del TR sobre protección de la salud, seguridad, publicidad o a alguna otra legislación o regulación sectorial.

3.- Análisis de distintos supuestos de responsabilidad del proveedor, por defectos de manipulación, de conservación y de información.

A continuación, analizaremos distintas hipótesis de responsabilidad del proveedor, que escapan al ámbito de la Directiva 85/374 y del TR sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, las que deberán resolverse recurriendo al Derecho común, al RD 1801/2003, a otras normas del TR no relacionados con daños causados por productos defectuosos o a la legislación o regulación sectorial que resulten aplicables y que se centran en casos o eventos que podemos catalogar, en general, dentro de la tipología de los referidos defectos de manipulación, de conservación y de información.

3.1.- Casos de defectos de manipulación.

3.1.1.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una manipulación o intervención que él hace al producto, tornándolo defectuoso.

PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²²¹⁵ Vid. *supra* apartado 3.9.2.3.- Defecto de información, de instrucciones sobre uso o consumo, o de advertencias sobre los riesgos del producto / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

Se trata de una hipótesis de responsabilidad del proveedor en que, después que el producto ha sido puesto en circulación, él, con su conducta culpable, genera el defecto y, por consecuencia, el daño del usuario o consumidor del producto. Se trata de un evento de manipulación o intervención en el producto que causa el defecto, hecho en que verdaderamente el productor no ha tenido ninguna responsabilidad. Por ejemplo, es el caso de una máquina para cortar pasto, provista de algunas defensas o parrillas de seguridad, no desmontables, que la hacen poco atractiva o muy pesada de manipular, por lo que el proveedor decide retirarlas, para hacerla más atrayente, contraviniendo todas las advertencias e informaciones de seguridad provistas por el productor, no percatándose que los cuchillos de la cortadora quedan expuestos en virtud de esta manipulación, lo que genera un defecto, pues el riesgo de daño al usarla es exponencial e inadvertido, tanto para quien la opere, como para quien esté cerca de ella.

En este caso, como es obvio, el daño es atribuible únicamente a la conducta culpable del proveedor, que lógicamente cae fuera de la órbita de la Directiva 85/374 y sus leyes tributarias, debiendo acudir la víctima a otras regulaciones del Derecho común para perseguir la responsabilidad del proveedor, que podrán ser las normas sobre responsabilidad contractual e extracontractual, según las circunstancias; las normas sobre seguridad general de los productos y algunas normas del TR sobre protección al consumidor.

3.2.- Casos de defectos de conservación.

3.2.1.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una defectuosa conservación del producto.

La falta de recaudos apropiados; o de un sitio apto para el depósito, acumulación o acopio de productos; la pérdida de cadenas de frío y otros errores u omisiones en la guarda y conservación de un producto, pueden ocasionar en éste, la aparición de los llamados defectos de conservación. Por ejemplo, variaciones de temperatura que incidan en la composición química de sustancias medicinales o alimenticias; o el descuido en el traslado o embalaje de artefactos de precisión o de objetos de cierta fragilidad, que provoquen averías en sus mecanismos; contaminaciones cruzadas; etcétera.²²¹⁶ Puede ser el caso de un producto congelado, que sale en perfectas condiciones y sin defecto alguno de fábrica, pero se convierte en defectuoso al romperse la cadena de frío en el transporte o en la bodega de acopio que posee el proveedor o en el supermercado, donde es adquirido por un consumidor que sufre una daño tras ingerirlo.²²¹⁷

²²¹⁶ Vid. FARINA, J. M., *"Defensa del Consumidor y del Usuario"*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 338.

²²¹⁷ Vid. AAVV, Directoras ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., *"Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso"*, REUS, Madrid, 2009, pág. 24.

Evidentemente, en estos supuestos, la conducta generadora del daño es imputable a la culpa del proveedor, cuya responsabilidad está regida por el Derecho común y no por la Directiva 85/374, por lo que el resarcimiento habrá de buscarse en las normas del Derecho común sobre responsabilidad contractual y/o extracontractual; en las normas sobre seguridad general de los productos; y en algunas normas del TR sobre protección al consumidor.

3.2.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una incorrecta mantención o limpieza del producto.

Esta hipótesis de responsabilidad del proveedor, se refiere a los casos en que éste se hubiere obligado, como parte de una venta que ha celebrado, a dar un servicio de mantención o limpieza a los productos vendidos y lo haga negligente o incorrectamente, generando un defecto que luego se traduce en un daño para quien los usa o emplea.

Al igual que el supuesto anterior, la responsabilidad del proveedor es subjetiva, no está regulada por la Directiva 85/374 ni por sus normas de trasposición y la respectiva indemnización de perjuicios ha de demandarse por el perjudicado en base a alguna de las disposiciones del Derecho común y demás normas jurídicas que resulten atingentes, que ya hemos mencionado en las hipótesis anteriores. De hecho, el artículo 13.h) del TR, dispone la obligación de los empresarios que ponen a disposición de los consumidores y usuarios bienes y servicios, de mantener controles adecuados sobre los productos, prestando el debido cuidado a los servicios de reparación y mantenimiento.²²¹⁸

3.3.- Casos de defectos de información.

3.3.1.- Responsabilidad del proveedor por daños causados al comercializar productos peligrosos o que requieran de una exacerbada información, instrucciones o advertencias sobre su conservación, su manipulación o sobre su uso o consumo, que le era exigible brindar a él a sus clientes.

En este supuesto, nos referimos a productos de alta especialización, respecto de los cuales podría serle exigible al proveedor una diligencia mucho más rigurosa que la de ordinario en cuanto a la completa, detallada y puntillosa información, instrucciones o advertencias que debe dar sobre el producto que vende o suministra, sea en cuanto a su uso, mantenciones, calibraciones, limpieza, conservación, o sobre riesgos y cuidados especiales al emplearlo, que en cuanto incompleta u omisa, podría tornar el producto en defectuoso, pues el usuario o consumidor, confiado en una legítima expectativa de seguridad al emplearlo o consumirlo, resulta dañado precisamente por no haber contado con la información,

²²¹⁸ Vid. TR, artículo 13.h). *"Las exigencias de control de los productos manufacturados susceptibles de afectar a la seguridad física de las personas, prestando a este respecto la debida atención a los servicios de reparación y mantenimiento."*

instrucciones o advertencias a que venimos aludiendo, generándose así, una responsabilidad indemnizatoria del proveedor.

Es claro que en este evento, su responsabilidad surge de una conducta reprochable por dolo o culpa, que se podrá sancionar a través del Derecho común, pues la Directiva 85/374 resulta totalmente inaplicable en este caso.

Ahora bien, más allá de las particularidades de este supuesto de responsabilidad del proveedor, es conveniente reparar, de cara a su defensa, que tratándose de cierto tipo de productos, como los explosivos, las armas, los instrumentos o herramientas complejas (un taladro submarino por ejemplo), no sería raro encontrarnos con adquirentes o usuarios que estén altamente calificados para emplearlos, es decir, que se trate de consumidores o usuarios expertos, plenamente informados y capacitados para consumir o emplear estos aparatos, circunstancia que no puede perderse de vista a la hora de pretender configurar una responsabilidad del proveedor, pues más allá de esta extrema diligencia que le fuese exigible, puede estar frente a un cliente que realmente sepa más que él, acerca del producto en cuestión.

3.3.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de una publicidad abusiva, imprudente o inexacta que, al causar confusión sobre las cualidades del producto o su forma de uso o consumo, lo hacen defectuoso.

El proveedor puede quedar expuesto a responsabilidad frente a quien sufre un daño por el uso o consumo de un producto elaborado, si la publicidad que ha hecho del producto puede ser calificada de abusiva, imprudente o inexacta, al destacar alguna supuesta cualidad del producto que en realidad no era tal y que ha llevado al consumidor o usuario a emplear o consumir el producto en una forma que le ha causado un daño, pues esta publicidad incorrecta ha generado una errada o falsa percepción en el público acerca del producto, sus cualidades y, por ende, sobre sus formas de uso, empleo o consumo, mismas que son catalizadoras de un daño al usarlo o consumirlo de esa forma equivocada, transformándose así en un producto defectuoso.

Es palmario que éste es un caso de responsabilidad por culpa, que debe resolverse fuera del ámbito de la Directiva 85/374, por vía de los remedios que ofrezca el Derecho común al perjudicado, para obtener una reparación de todos los daños que haya sufrido.

3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la

autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores.

Esta hipótesis se refiere al caso de un producto cuyo defecto se ignoraba al comercializarlo, pero que tiempo después se detecta. Como el proveedor lo vendió en absoluta ignorancia de ese defecto y era imposible que lo conociera, de constatarse con posterioridad su existencia, no incurre en ninguna responsabilidad por el mero hecho de haberlo suministrado. De hecho, tanto el productor como el proveedor de ese producto, podrían valerse de ser demandados por un perjudicado, de la causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, que ya hemos tenido oportunidad de analizar con precedencia.²²¹⁹

Ahora bien, la situación descrita puede cambiar, si una vez suministrado el producto por el proveedor, éste llega a conocer que el producto adolecía de un defecto y, sin embargo, adopta una conducta absolutamente pasiva. Es decir, no informa este defecto a los interesados o a la autoridad competente, ni lo recupera de manos de los consumidores, ni lo retira del mercado. Entonces, surge en estos casos una duda plausible respecto de eventuales responsabilidades del proveedor, en caso que un consumidor, un usuario o un *bystander* experimente un daño por este producto defectuoso que está circulando en el mercado. Desde luego, esta hipótesis está fuera del ámbito de la Directiva 85/374 y sus normas de actuación, pues se trata de una conducta directa del proveedor y que de generar su responsabilidad, se basará en la posibilidad de reprocharle el quebranto doloso o culposo de alguna disposición legal o reglamentaria que le haya exigido, concretamente, informar de ello a alguien, o recuperar el producto de manos de los consumidores o retirarlo del mercado o alguna otra conducta determinada. De no existir tal obligación normativa, será imposible endilgarle alguna responsabilidad, salvo que se intente construir una tesis de responsabilidad extracontractual por la vía de una conducta de omisión culposa que genera un daño, camino que no nos parece descartable.

Por lo pronto, ni la Directiva 85/374 ni el TR (en el Título II, Disposiciones específicas en materia de responsabilidad, Capítulo I, Daños causados por productos, artículo 135 y ss.) contemplan un deber de información, de recuperación ni de retiro del producto exigible al proveedor. En realidad, estos textos normativos nada dicen al respecto. Si analizamos el resto de la legislación pertinente, básicamente las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos (la Directiva 95/2001 y su norma de actuación el RD 1801/2003, además de algunas disposiciones del TR), la única conclusión que se puede extraer del tenor literal de los preceptos incumbidos -que ya analizaremos más

²²¹⁹ Vid. *supra* apartado 2.5.- Quinta causal: que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir o apreciar la existencia del defecto (los riesgos del desarrollo o *development risks*) / Capítulo III ¿APROVECHAN AL PROVEEDOR LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN, DE EXENCIÓN Y DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD QUE CONSAGRAN LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR PARA EL PRODUCTOR Y LOS SUJETOS ASIMILADOS A EL? / PARTE III.

adelante²²²⁰-, es que el proveedor sólo tiene una obligación de informar o comunicar al productor de los defectos que llega a conocer, así como a la autoridad, y de colaborar con el productor en el retiro del mercado del producto. Entonces, una primera respuesta, es que su única obligación es la de informar y colaborar, en los términos recién descritos. Si falla en estos deberes de información y de colaboración, podrá perseguirse su responsabilidad subjetiva, pero acotado a esa específica infracción, sin que pueda, en principio, imputársele responsabilidad en los daños que pueda sufrir el público²²²¹, pues las disposiciones que regulan esta situación hacen descansar el peso de la carga reparadora en el productor.

Con todo, en una segunda mirada, esta primera conclusión pudiera ser discutida, pues es posible ampliar el espectro de normas atingentes, buscando una solución diferente, que importe enmarcar al proveedor en una conducta negligente y, por ende, hacerle responder. La sola intuición nos dice que sabiendo de la potencialidad dañosa de un producto defectuoso, callarlo o no advertirlo, va en contra del sentido común y de las más mínimas exigencias de diligencia, pues, al menos, no es una conducta razonable que pudiera esperarse de un buen padre de familia, por acudir a un estándar de diligencia conocido. Tal omisión se acerca a una omisión culposa que genera un daño, infringiendo el principio básico de no dañar culpablemente, pilar esencial de la construcción de toda disciplina de responsabilidad por daños.²²²² Por lo demás, la jurisprudencia ha dicho que no basta el cumplimiento de las normas reglamentarias para liberarse de responsabilidad. Así lo establece la STS, de 10 de junio de 2002²²²³, en que se resuelve una demanda indemnizatoria por la muerte de un menor de 3 años de edad, que fallece asfixiado al ingerir un caramelo llamado Fresón, que le compró su padre en un quiosco, fabricado por una empresa italiana y distribuido en España por la empresa *Interdulces S.A.* Después de este lamentable suceso, la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, prohibió

²²²⁰ Vid. *infra* apartado 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores; apartado 6.2.2.- Normas sobre responsabilidad extracontractual del CC; apartado 6.2.5.- Las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radicadas en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

²²²¹ Volveremos más adelante a examinar las disposiciones de la Directiva 95/2001 y del RD 1801/2003, a fin de realizar una completa exégesis de sus artículos más relevantes en relación a las obligaciones que se les imponen a los productores y proveedores en estas materias. Vid. *infra* apartado 6.2.5.- Las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radicadas en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTÍCULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

²²²² Vid. MOSSET ITURRASPE, J., *"Estudios sobre responsabilidad por daños, Tomo I"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1982, págs. 22 y 23.

²²²³ Vid. RUBI PUIG, A., PIÑERO SALGUERO, J., *"Muerte de un niño asfixiado con un caramelo.(Comentario a la STS, Sala 1a., de 10 de junio de 2002)"*, en InDret, *working paper* n° 123, Barcelona, enero 2003.

la comercialización de esta golosina y el Instituto Nacional de Consumo la declaró como un serio riesgo para la salud y seguridad de la población infantil, pese a que en su momento, el distribuidor había obtenido todos los permisos administrativos necesarios para su comercialización. Empero, y como era de esperar, los padres del menor demandaron al vendedor y al distribuidor de esta golosina. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la SAP de Albacete, de 13 de noviembre de 1996, está por absolver a los demandados, básicamente, porque estimaron que ellos habían cumplido con todas las exigencias reglamentarias requeridas para poder comercializar este producto. Sin embargo, el TS, conociendo de un recurso de casación presentado por los demandantes, revoca el fallo de esa AP y condena a la distribuidora de esta golosina²²²⁴, declarando, en lo que nos interesa, que no bastaba el cumplimiento de las normas y exigencias reglamentarias para absolver, como habían entendido las sentencias de instancia, sino que debía extremarse el cuidado y la diligencia, ajustándolas a las exigencias de la naturaleza del producto, que se traduce en este caso concreto, en la omisión del nivel de diligencia requerido, al no advertir la distribuidora que el caramelo era peligroso para niños de corta edad, ya que su ingestión podía poner en peligro su salud o su vida, máxime cuando el consumidor principal del caramelo era la población infantil, en infracción del artículo 26 de la LGDCU -vigente a la época de dictación de este fallo-, que exigía además del respeto de las exigencias y requisitos reglamentarios vigentes, "*...los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad...*"²²²⁵; y además, por tratarse de un alimento, el TS también declaró aplicable el artículo 28 LGDCU²²²⁶, que, como se sabe, contemplaba un régimen de responsabilidad objetiva²²²⁷, por lo que bastaba para condenar la prueba del daño y que el mismo sea efecto del bien o servicio, para afirmar la responsabilidad, excepto si hay prueba de un uso incorrecto por parte de la víctima o si cabe imputar el resultado dañoso a un tercero, extremos que no se acreditaron por los demandados en este juicio.

²²²⁴ La STS en comento, está por liberar de responsabilidad al vendedor, porque se acreditó que le vendió la golosina al padre del menor, esto es, a un adulto, sin que le fuera exigible otra precaución o diligencia en este caso.

²²²⁵ Vid. LGDCU, artículo 26. "*Las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquellos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.*"

²²²⁶ Vid. LGDCU, artículo 28. "*1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños. 3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.*"

²²²⁷ Vid. FRIGOLA RIERA, A., "*El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*", en *La Ley*, 1998-3.

En suma, lo que nos dice este fallo del TS es que deben extremarse todas las cautelas, ya que en caso contrario, el comportamiento del proveedor seguiría siendo carente de la diligencia debida y generador de responsabilidad en su contra, dogma que es perfectamente predicable a la situación en comento, en que al proveedor se le podría cuestionar esa falta de diligencia debida, si es capaz, mediante un simple aviso al público acerca del carácter defectuoso de un producto, de evitar el daño. Si bien en el TR no existe una disposición idéntica al citado artículo 28 de la LGDCU, nos parece que su símil lo encontramos en el artículo 49.b)²²²⁸ de ese texto normativo, que dispone que las acciones u omisiones culpables que produzcan daños para la salud o la seguridad, generan responsabilidad del empresario²²²⁹, "*...por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate...*", lo que permite aseverar, a nuestro entender, que la diligencia debida que pudiere serle requerida al proveedor al tamiz de esta disposición, se debe analizar caso a caso, ponderando todas las circunstancias concurrentes a fin de saber si se agotaron o no las precauciones y diligencia exigibles. De ese modo, podría configurarse una responsabilidad resarcitoria extracontractual del proveedor, puesto que habría una conducta de omisión, dolosa o negligente, que causa un daño, existiendo relación de causalidad suficiente entre esa omisión y el daño inferido a la víctima, lo que en nuestro concepto abre las puertas a una demanda indemnizatoria sustentada en el artículo 1902 del CC.

4.- Otros casos de responsabilidad del proveedor, relacionados, directa o indirectamente, con defectos de los productos.

4.1.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por la distribución de un producto defectuoso en circunstancias tales, que le fuera exigible haber conocido el defecto del producto.

Vale la pena aclarar que en esta hipótesis, no nos referimos al proveedor que suministra un producto defectuoso a sabiendas de su defecto, sino a una situación distinta, en que el proveedor distribuye un producto evidentemente defectuoso, en términos tales, que resulta totalmente exigible que se hubiese percatado de él. Que se diga que en estos términos es responsable, nos es una contradicción con el hecho de que no sea una figura responsable directa en el TR, dado que no genera ni controla la aparición del defecto, ni puede detectarlo por regla general, pues en determinadas circunstancias sí podrá determinarse que, al menos, le era exigible conocerlo²²³⁰, máxime que le afecta la obligación general de seguridad de los

²²²⁸ Vid. TR, artículo 49.b). "*Las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate.*"

²²²⁹ Recordemos que el artículo 4 del TR define empresario en los siguientes términos: "*Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.*"

²²³⁰ Nótese que en el contexto de la Directiva 85/374 y del TR, es improcedente que se pruebe por el productor que no podía detectar el defecto del producto, pues debe responder igual, salvo que se esté ante un caso que

productos, en cuya virtud, cualquier productor, distribuidor o proveedor que pone productos en el mercado, debe velar porque los productos que se distribuyen o ponen a disposición de los consumidores y usuarios, sean seguros.

Es decir, si de la valoración de los hechos concurrentes, es innegable que el proveedor sabía o debía saber el defecto del producto que ha suministrado, a nuestro entender es pasible de responsabilidad por su negligencia. Probablemente el defecto haya nacido de la incorrecta manipulación del producto o de su indebida conservación, pero lo que realmente interesa para este supuesto que estamos mencionando, es que el defecto, por la causa que fuese, existía y le era exigible al proveedor conocerlo. Y, por ende, abstenerse de distribuirlo, hecho que gatilla su responsabilidad subjetiva, ajena a la Directiva 85/374 y sus leyes de aplicación. Aun cuando, es menester decirlo, si el defecto era de tal entidad, que no podía sino ser advertido por el proveedor, probablemente la misma crítica podría hacerse a la víctima, por lo que se podría estar delante de un caso de concurrencia de culpas. En todo caso, el perjudicado deberá optar por las acciones que le ofrezca el Derecho común, para perseguir las indemnizaciones a que tenga derecho.

4.2.- Responsabilidad del proveedor por daños derivados de haber suministrado productos falsificados, de contrabando o adquiridos de agentes económicos informales.

En este caso, se alude a un evento de responsabilidad del proveedor que distribuye o suministra productos falsificados, de contrabando o adquiridos de agentes económicos informales, que generan un daño a su consumidor o usuario, sin que pueda identificarse al productor, distribuidor mayorista o importador Comunitario del producto, pues no hay certeza acerca de su origen, no existe trazabilidad ni controles adecuados por parte de la autoridad, etcétera, lo que evidentemente obligaba al proveedor a representarse que la seguridad del producto era al menos cuestionable, así como imposible proporcionar datos acerca de su productor o distribuidor, composición, etcétera, si llegase a ser requerido por el perjudicado o por la autoridad al efecto.

Es decir, el proveedor contribuye con su conducta negligente a la producción del daño, en la etapa de la distribución del producto, ya que debe asumir que está comercializando productos cuyo origen, cualidades y seguridad, claramente son cuestionables, no pudiendo dejar de representarse la posibilidad que su origen espurio sea sinónimo de un defecto que cause daño a sus eventuales consumidores o usuarios. Sin ir más lejos, el artículo 13.e) del TR establece una prohibición a los empresarios que ponen bienes y servicios a disposición de los consumidores y

pueda asilarse en la causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, misma que también aprovecha al proveedor, en caso de que se gatille su responsabilidad subsidiaria. Pero fuera del ámbito propio de esta legislación especial, recobra toda su importancia el definir si el proveedor conocía el defecto o le era exigible conocerlo, pues se activa su responsabilidad, que es subjetiva o por culpa, amén de que se enfrenta a las normas que regulan la seguridad general de los productos.

usuarios, de suministrar bienes que carezcan de las marcas de seguridad obligatoria o de los datos mínimos que permitan identificar al responsable del bien.²²³¹

Con todo, puede suceder que el producto no sea defectuoso, aunque igualmente haya causado un daño. Entendemos que de ser defectuoso el producto, resulta plenamente aplicable esta legislación especial y respondería el proveedor como responsable subsidiario, al no poder identificar al productor o al importador Comunitario o a su distribuidor. En cambio, si el producto no es defectuoso, pero igualmente causa un daño a su consumidor o usuario, el proveedor es pasible de demandas resarcitorias por su conducta negligente o descuidada en conformidad al Derecho común, normas sobre protección del consumidor o alguna regulación sectorial. Y además, en cualquiera de estos casos, existe la posibilidad de que se le impongan sanciones por infracción a normas administrativas o de policía, a normas tributarias y a normas de propiedad industrial, por lo pronto.

4.3.- Responsabilidad del proveedor que asume o se encuadra con su conducta en la figura de un productor privado, cuyos productos causan un daño.

Como sabemos, la fabricación realizada sin finalidad económica o realizada fuera del marco de una actividad profesional o empresarial, que es la que realiza el denominado productor privado²²³², esta fuera del ámbito de aplicación de esta legislación especial.

Ahora bien, si un proveedor, sin ninguna finalidad de lucro o en funciones ajenas a su actividad comercial, elabora un producto que resulta ser defectuoso y causa un daño al ser usado o consumido, puede ser demandado por el perjudicado para que le indemnice sus perjuicios, aunque deba hacerlo a través de las disposiciones del Derecho común que resulten pertinentes.

4.4.- Responsabilidad del proveedor por daños causados en el propio producto defectuoso.

Según tuvimos oportunidad de comentar antes²²³³, los daños al propio producto defectuoso no están amparados por esta legislación especial. Por ende, el perjudicado, de querer perseguir su reparación, debe demandar su indemnización

²²³¹ Vid. TR, artículo 13.e). *"La prohibición de suministro de bienes que carezcan de las marcas de seguridad obligatoria o de los datos mínimos que permitan identificar al responsable del bien."*

²²³² Vid. *supra* apartado 4.- El Productor; apartado 6.9.- Profesionalidad de quien realiza la puesta en circulación de un producto y carácter económico de ella, como requisitos para la aplicación de la Directiva 85/374 y del TR / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²²³³ Vid. *supra* apartado 3.2.2.1.- No se trata del propio producto defectuoso; apartado 3.3.2.- Daños ocasionados al propio producto defectuoso / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

por la vía del Derecho común. Y si en ese daño tuviera intervención el proveedor del producto defectuoso que ha resultado dañado, que no derive del defecto sino de una conducta propia del proveedor que cataliza o contribuye a la producción del daño, la respectiva demanda indemnizatoria también podría enderezarse contra él, al menos en esa parte.

4.5.- Responsabilidad del proveedor por otros daños no amparados por esta legislación especial.

Emparentado con el caso anterior, este supuesto alude a todos los daños excluidos de esta legislación especial, que ya tuvimos oportunidad de analizar con antelación²²³⁴, los que pueden ser demandados de resarcimiento por el perjudicado bajo el alero del Derecho común.

Si en tales daños excluidos cupo participación al proveedor, que no se relaciona causalmente con el defecto del producto, sino con una conducta distinta que gatilla o colabora con la producción del daño, también es pasible de una demanda indemnizatoria, por la parte que corresponde a su contribución en el daño en referencia. Y no nos parece que haya aquí un supuesto de responsabilidad solidaria, pues no hay unidad de conducta entre los co-agentes del daño.²²³⁵

5.- Responsabilidad del proveedor de un producto defectuoso por: (i) garantías comerciales contratadas con el comprador; (ii) falta de conformidad del producto entregado.

Nos referimos al caso en que el proveedor, como vendedor de un producto defectuoso, haya asumido el rol de garante en favor del comprador, estipulando que se hará responsable de las garantías pactadas o de la falta de conformidad del producto con lo pactado en el contrato respectivo.

²²³⁴ Vid. *supra* apartado 3.3.- Daños excluidos de la Directiva 85/374 y del TR: (i) Los daños morales; (ii) Daños ocasionados al propio producto defectuoso; (iii) Los daños materiales al producto terminado con partes integrantes. Eventual obligación de resarcir los daños de las partes integrantes -productos- no defectuosas; (iv) Daños materiales que no superen la franquicia legal contemplada por la Directiva 85/374 y por el TR; (v) Daños causados en bienes empresariales o profesionales; (vi) El lucro cesante derivado de los daños materiales; (vii) Daños Nucleares; y (viii) Daños causados por un producto peligroso no defectuoso / Capítulo V EL DAÑO CAUSADO POR EL PRODUCTO DEFECTUOSO Y SU INDEMNIZACION / PARTE II.

²²³⁵ En España, *grosso modo*, la obligación es solidaria si son varios los causantes del daño y no se puede determinar la cuota de responsabilidad de cada uno de ellos, o no se puede identificar a algunos, o se quiere responsabilizar a quien, sin causar materialmente el perjuicio, debió evitarlo. Vid., sobre la solidaridad, KORNHAUSER, L. A., REVESZ, R. L., 'Joint and Several Liability', en Peter NEWMAN (ed.), *"The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, II"*, Macmillan Reference, London 1998, págs. 371 a 376; MONTES, A. C., *"Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil"*, Bosch, Barcelona, 1985; SOTO NIETO, F., *"La dinámica de la obligación in solidum"*, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1220, 1980, págs. 3 y ss.; *"Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva"*, en Revista de Derecho Privado, 1980, págs. 782 y ss.; *"La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias"*, Montecorvo, Madrid, 1982; VAZQUEZ DE CASTRO, J. M., *"Notas típicas de la solidaridad"*, en Revista de Derecho Español e Iberoamericano, 1959, págs. 854 y ss.; SOLE I FELIU, J., *"La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo"*, en Anuario de Derecho Civil, 1997, págs. 865 y ss.; PUIG I FERRIOL, L., 'Régimen jurídico de la solidaridad de deudores', en *"Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre"*, II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.

En estos casos, nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad del proveedor en que, extremando la situación, sería posible concluir que el producto adolece de un defecto que se ha originado en su etapa de distribución o suministro, por el cual él debe responder. En el caso de la obligación de garantía del producto, sólo si el proveedor introduce o crea en el producto un defecto al tiempo de satisfacer la garantía, es que podemos hablar de un defecto de distribución que le es imputable.

Ahora bien, podríamos pensar en un caso que se ubica en la frontera de la responsabilidad del productor, si el producto presenta una falta de idoneidad, aptitud o utilidad tal, que afecta la legítima seguridad que cabe esperar del producto, erigiéndose en un producto defectuoso por el cual debe responder primariamente el productor y no el proveedor. Esta discusión, como se recordará, tuvimos oportunidad de abordarla al establecer las diferencias entre defecto y vicio de un producto, en el apartado destinado al análisis del concepto normativo de defecto que consagra la Directiva 85/374 y el TR.²²³⁶

Sin ir más lejos, PARRA LUCAN señala que no existe razón alguna para excluir determinadas faltas de calidad o cualidades del producto como defectos, en el sentido normativo de defecto empleado por la Directiva 85/374, pues no sería extraño que la falta de utilidad o eficacia de un producto signifique, al mismo tiempo, que no ofrece la seguridad a que una persona tiene legítimamente derecho. Por ello afirma que *"...la falta de eficacia, según el producto de que se trate, según la función a la que esté destinado, o la eficacia en la que se pueda legítimamente confiar teniendo en cuenta la información suministrada por el fabricante, puede atribuir a un producto el carácter de defectuoso en el sentido de inseguro, porque esa falta de eficacia va a causar directamente unos daños a la integridad del consumidor o a otros bienes materiales..."*²²³⁷ A su turno, MARCO apoya estas afirmaciones, resaltando que no siempre es posible distinguir entre vicio o defecto, pues la falta de utilidad o funcionamiento del producto lo puede convertir en fuente de daños y, por ende, en un producto carente de la legítima seguridad que cabría esperar de él.²²³⁸ De hecho, estas hipótesis han sido ratificadas por diversas sentencias, que acogen la posibilidad de que un producto ineficaz o de mala calidad sea, al mismo tiempo, defectuoso. Verbigracia, la SAP de Zamora, de 7 de mayo de 2001²²³⁹, que condenó al fabricante de un automóvil a pagar una indemnización al no haberse

²²³⁶ Vid. *supra* apartado 3.7.- Diferencia entre producto defectuoso y vicio propio del producto (vicios redhibitorios del producto) / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²²³⁷ Vid. PARRA LUCAN, M. A., *"Comentario a la STS de 5 de octubre de 1999. Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo"*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 52, págs. 232 y 233.

²²³⁸ Vid. MARCO MOLINA, J., *"La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007, págs. 116 y 117.

²²³⁹ Vid. AC 2001/796.

activado el airbag de dicho vehículo, pese a haberse dado todas las circunstancias exigidas para que funcionara, concluyendo que el yerro de dicho sistema representaba una evidente falta de eficacia del producto, y era, asimismo, demostrativa de la existencia de un defecto de fabricación. Con el mismo matiz se pronuncia la STS, de 3 de octubre de 1991²²⁴⁰, que sanciona al fabricante de un insecticida que recomendaba emplearlo para combatir una plaga que atacaba a los limoneros, que en definitiva resultó inservible, perdiéndose la cosecha. Este fallo, si bien sanciona la ineficacia de este producto, también lo declara defectuoso por falta de información.

Por otra parte, la falta de conformidad del producto entregado en relación con el ofertado, en principio no puede ser asimilado a una situación de defecto del producto, debiendo aplicarse las normas pertinentes del Derecho común. Con todo, extremando la imaginación, podríamos discurrir un caso en que la falta de conformidad sea reflejo de un defecto del producto, como podría acontecer si pensamos en que el producto ofertado es uno de precisión o de una composición muy específica y, sin embargo, se entrega uno parecido, pero no igual, que al ser usado o consumido, causa un daño, precisamente por esa falta de conformidad y ante la absoluta convicción de su adquirente de que se trataba del producto originalmente solicitado, que contaba con determinadas características y aptitudes que este otro producto no reúne, lo que causa el daño. En tal caso, nos parece evidente que se ha defraudado una legítima expectativa de seguridad al usar o emplear el producto, que no se comportó como lo habría hecho el producto original.

6.- Legislación y reglamentación aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores.

6.1.- Enunciación de la legislación y reglamentación aplicable en los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores.

Según tuvimos oportunidad de comentar en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores, todos los eventos de responsabilidad del proveedor allí tratados, resultan regulados por el Derecho común, por normas de protección al consumidor contempladas en el TR o por alguna regulación sectorial y no por la Directiva 85/374, ni por sus leyes tributarias. Esto quiere decir que, en tales hipótesis, la responsabilidad resarcitoria del proveedor es subjetiva y puede ser discutida en sede contractual, en sede extracontractual y, adicionalmente, como una responsabilidad civil por rebote de la infracción de ciertas obligaciones legales y/o reglamentarias que establecen deberes administrativos en cabeza del proveedor; normas todas que intentaremos identificar, sistematizar y explicar

²²⁴⁰ Vid. RJ 1991/6902.

adecuadamente, a fin de proporcionar una visión cabal de este otro contorno de responsabilidad de éste agente económico.

Tratando de compendiar la legislación y reglamentación aplicables a los supuestos comentados en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores, podemos decir que el perjudicado puede intentar perseguir la responsabilidad del proveedor a través de los siguientes caminos: (i) normas sobre responsabilidad contractual del CC²²⁴¹; (ii) normas sobre responsabilidad extracontractual del CC²²⁴²; (iii) normas sobre protección del consumidor alojadas en el TR; (iv) normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radica en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR; (v) normas legales estatuidas para ciertas actividades especiales, como la Ley de Caza, la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; (vi) etcétera.

6.2.- Análisis específico de las normas legales y reglamentarias aplicables a los supuestos de responsabilidad del proveedor estudiados en los apartados 3.-, 4.-y 5.- anteriores.

El caso de un daño causado por un producto cuyo defecto no es fabril, sino propio de la etapa de distribución del producto, nos hace enfrentar la necesidad de determinar cuál es el régimen legal que resulta apropiado y pertinente para satisfacer los perjuicios de quien ha resultado dañado al intentar perseguir la responsabilidad del proveedor. A estos efectos, a continuación analizaremos las normas legales y reglamentarias que pueden ser invocadas por el perjudicado, procurando realizar una sistematización sencilla de estas hipótesis normativas, que nos permitan comprender los alcances y límites que presentan cada una de estas opciones normativas que puede tener el perjudicado para obtener la justa reparación de sus daños.

6.2.1.- Normas sobre responsabilidad contractual del CC.

La responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales está regulada en los artículos 1101 y ss. del CC²²⁴³, que establecen el deber de la parte incumplidora de indemnizar los perjuicios que cause el incumplimiento de sus obligaciones, ya sea por dolo o por culpa. Además, la parte perjudicada podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, conforme lo contempla el artículo 1124 del CC²²⁴⁴, además del resarcimiento de los daños

²²⁴¹ Pudieran invocarse normas sobre incumplimiento contractual, del artículo 1101 del CC; sobre acción de resolución del contrato prevista en el artículo 1124 del CC; sobre saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y ss. del CC; e, incluso, sobre garantías en la venta de bienes de consumo contenidas en el TR.

²²⁴² Estatuidas en el artículo 1902 y ss. del CC.

²²⁴³ Vid. CC, artículo 1101. *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella."*

²²⁴⁴ Vid. CC, artículo 1124. *"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. / El perjudicado podrá escoger entre exigir el*

sufridos²²⁴⁵, aunque para que se decreta la resolución del contrato, es menester que el defecto tenga la gravedad suficiente como para que el producto sea absolutamente impropio para el uso al que está destinado naturalmente, pues, en caso contrario, la resolución no prosperará. Ahora bien, esta falta total de utilidad no siempre tendrá lugar por el mero hecho de que el producto no ofrezca la seguridad que legítimamente cabía esperar, pues aun defectuoso, el producto podría ser idóneo o útil para el fin al que está destinado, con lo que el recurso a la resolución del contrato, quedaría inhibido.

Asimismo y en todo caso, queda abierta la discusión acerca de si esta exigencia de legítima seguridad, no termina excediendo la órbita contractual, siendo más bien un evento de responsabilidad legal, perseguible fuera de los confines del contrato, caso en el cual, pareciera ser que la manera adecuada de perseguir la responsabilidad del proveedor es acudir a la sede extracontractual por infracción de ley, como lo insinúan ALPA y BESSONE.²²⁴⁶

Tratándose de daños en el propio producto defectuoso, el perjudicado podría accionar contra el vendedor-proveedor por incumplimiento de la obligación de saneamiento de vicios ocultos de la cosa objeto de la compraventa, conforme lo prevén los artículos 1484 y ss. del CC²²⁴⁷, aunque no podemos olvidar que las normas sobre vicios ocultos de la cosa vendida, sólo permiten optar por la rebaja del precio o la resolución del contrato, según lee el artículo 1486.1 del mismo texto legal²²⁴⁸, sin extender sus beneficios a la indemnización de los perjuicios consistentes en el daño de la propia cosa o al lucro cesante, a menos que se pruebe que el vendedor conocía el defecto del producto, conforme se desprende del artículo 1486.2 del CC.²²⁴⁹ No está demás decir que en este contexto, el vendedor no está impedido de pactar cláusulas liberatorias de responsabilidad respecto de su obligación de saneamiento de vicios ocultos, según lo permite el mismo artículo

cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. / También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. / El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. / Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria."

²²⁴⁵ Claro que estas indemnizaciones y opciones sólo corresponden al consumidor contratante, quedando totalmente marginado el *bystander* de estas opciones.

²²⁴⁶ Vid. ALPA, G., BESSONE. M., "Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa", Giuffrè, Milano, 1980, pág. 360.

²²⁴⁷ Vid. CC, artículo 1484. "El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos."

²²⁴⁸ Vid. CC, artículo 1486.1. "En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos."

²²⁴⁹ Vid. CC, artículo 1486.2. "Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios si optare por la rescisión."

1485.2 del CC.²²⁵⁰ Adicionalmente, el perjudicado podría intentar una acción indemnizatoria al amparo del artículo 1101 de CC²²⁵¹, precepto que regula una situación de quebranto doloso o culposo de sus obligaciones contractuales, con la dificultad de que en este caso se intenta perseguir una indemnización por los perjuicios causados por el defecto del producto, que le causa un daño al mismo bien, lo que en verdad hace muy difícil obtener una indemnización por daños en la cosa.

Desde luego, todas las acciones que hemos mencionado sólo están disponibles para el perjudicado que tenga la calidad de contratante y no para el *bystander*.

6.2.2.- Normas sobre responsabilidad extracontractual del CC.

Un primer gran problema que presentan las normas contractuales en relación con los supuestos de responsabilidad del proveedor que hemos venido estudiando en los apartados 3.-, 4.- y 5.- anteriores, es que no siempre el perjudicado ha contratado con el proveedor. El segundo cuestionamiento que se evidencia, es que pareciera ser que la responsabilidad del proveedor por daños causados por un defecto generado durante la etapa de distribución del producto, naturalmente excede la esfera de lo contractual, instalándose, más bien, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, regulada en los artículos 1902 y ss. del CC.

Pues bien, en esta sede extracontractual, se deberá acreditar por parte del perjudicado el dolo o la culpa del proveedor, así como los demás elementos de esta clase de responsabilidad, como son la acción u omisión antijurídica y la relación de causalidad entre dicho comportamiento culpable y el daño causado, lo que nos habla de una prueba azarosa por parte del demandante. Como sabemos, el TS ha intentado lidiar con esta evidente dificultad probatoria, para no dejar en indefensión a las víctimas, mediante una aplicación extensiva del artículo 1902 del CC, lo que probablemente ha ofrecido una solución adecuada a los afanes indemnizatorios de los perjudicados, confiriéndoles un adecuado nivel de protección, absolutamente en línea con los principios y normas que intentan brindar protección a los consumidores, usuarios y *bystanders*. Quizás si el único pero que puede formularse a esta solución jurisprudencial, es que es totalmente casuística, no vinculante, puede dar espacio a excesos judiciales, afectar la seguridad jurídica y, por cierto, queda entregada al devenir propio de cada litigio y al azaroso andar de la justicia.

6.2.3.- Normas sobre garantías pactadas por el proveedor y sobre falta de conformidad del producto con lo pactado en el contrato.

²²⁵⁰ Vid. CC, artículo 1485.2. "*Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario, y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido.*"

²²⁵¹ Vid. CC, artículo 1101. "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla.*"

Nos referimos al caso en que el proveedor, como vendedor de un producto defectuoso, ha asumido el rol de garante en favor del comprador, estipulando que se hará responsable de las garantías pactadas, de conformidad al artículo 21.1 del TR.²²⁵² Asimismo, no se puede olvidar que el artículo 125 del TR consagra la denominada garantía comercial adicional, que es la que se ofrece voluntariamente y en forma adicional a la garantía legal, siéndole exigible a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.²²⁵³

También se podrían argüir en contra del proveedor, las normas sobre falta de conformidad del producto con lo pactado en el contrato, situación regida por los artículos 114, 115 y siguientes del TR.²²⁵⁴

Estas normas sobre garantía y falta de conformidad del producto, permitirían obtener una rebaja de precio, la resolución del contrato o la sustitución del producto defectuoso o su reparación -según leen los artículos 118 y ss. del TR²²⁵⁵-, lo que parece indicar que mejores remedios se encuentran en ésta compilación que en el CC para esta situación, previniéndose que el artículo 117 del TR²²⁵⁶ señala, expresamente, que estas acciones son incompatibles con las de saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, reguladas en el CC, aunque ello no amaga el

²²⁵² Vid. TR, artículo 21.1. *"El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. / La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II."*

²²⁵³ Vid. TR, artículo 125. *"Garantía comercial adicional. 1. La garantía comercial es aquella que puede ofrecerse adicionalmente con carácter voluntario y obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. 2. La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada. 3. La garantía expresará necesariamente: a) El bien o servicio sobre el que recaiga la garantía. b) El nombre y dirección del garante. c) Que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato. d) Los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía. e) El plazo de duración de la garantía y su alcance territorial. f) Las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario. 4. La acción para reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial adicional prescribirá a los seis meses desde la finalización del plazo de garantía."*

²²⁵⁴ Vid. TR, artículo 114. *"Principios generales. El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto." / Artículo 115. "Ámbito de aplicación. 1. Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse. 2. Lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente."*

²²⁵⁵ Vid. TR, artículo 118. *"Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario. El consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título."*

²²⁵⁶ Vid. TR, artículo 117. *"Incompatibilidad de acciones. El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. / En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad."*

derecho del perjudicado para impetrar las indemnizaciones que le pudieran corresponder, de acuerdo al Derecho común.

Con todo, debe advertirse que las garantías que deba hacer efectivas el proveedor o las devoluciones de precio por falta de conformidad del producto, no necesariamente implican que el coste económico final sea de cargo de él, pues contractualmente puede estar radicada tal contribución económica en cabeza del productor o de otro agente económico intermediario, como un distribuidor por ejemplo. Ello, sin perjuicio de la acción de repetición contra el responsable de la falta de conformidad del producto, que consagra el artículo 124 del TR en favor de quien haya respondido frente al consumidor y usuario por esa falta de conformidad, que perfectamente podría ser el proveedor del producto, dándole 1 año al efecto, contado desde el momento en que se completó el saneamiento.²²⁵⁷

Existen algunas opiniones en la doctrina que estiman que, de cara a estas normas sobre garantías y falta de conformidad, el *bystander* está desprotegido, pues él no ha contratado con el proveedor. Sin embargo, nos parece que esa no es una interpretación adecuada de las normas sobre garantía y falta de conformidad residentes en el TR, ya que si las interpretamos extensivamente, si podría invocarlas un perjudicado no contratante con el proveedor, pues estas disposiciones no dicen que su titular sea necesariamente el comprador del producto o su adquirente a otro título traslativo de dominio. Es decir, la responsabilidad del proveedor como vendedor del producto, de cara a las normas sobre garantía y falta de conformidad del producto, no está limitada al consumidor que contrató con él, pues, como bien advierte LLACER²²⁵⁸, puede entenderse que cualquier consumidor puede reclamar el contenido de la garantía, mientras no hayan transcurrido los plazos para ello²²⁵⁹, ya que los artículos 114 y siguientes del TR aluden -a texto expreso- al consumidor y usuario como titular de estos

²²⁵⁷ Vid. TR, artículo 124. "...Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento."

²²⁵⁸ Vid. LLACER MATA CAS, M. R., "La responsabilidad del vendedor de cosa de defectuosa: la transposición de la directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo", en Carta Mercantil, Julio 2001, N^o 26, Ciss Praxis, Walters Kluwer, Bilbao, 2001, pág. 12.

²²⁵⁹ Vid. TR, artículo 123. "Plazos. 1. El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad. 2. Salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior. 3. La acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en el capítulo II de este título prescribirá a los tres años desde la entrega del producto. 4. El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación. Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido."

derechos de garantía y de conformidad y no al comprador del producto. Y según el artículo 3 de este mismo cuerpo legal, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional²²⁶⁰, lo que en nuestra opinión despeja cualquier duda al respecto.

Por último, cabe referirse a la facultad que concede el artículo 124 del TR al consumidor y usuario, para dirigirse directamente contra el productor, en el evento de responsabilidad por falta de conformidad del producto, si demandar al vendedor le resulta imposible o le suponga una carga excesiva.²²⁶¹ Caso este último, en que si el productor no es el responsable de esa falta de conformidad, pues podría serlo el proveedor, entendemos que aquél puede valerse de la acción de repetición que recoge el mismo artículo 124 del TR y demandar al proveedor responsable de ella.

6.2.4.- Las normas sobre publicidad de los productos alojadas en el TR.

En un contexto de protección del consumidor, en el artículo 18 del TR encontramos una serie de normas referidas a la publicidad de los productos.²²⁶² En síntesis, esta disposición sanciona los casos en que el etiquetado y presentación de los bienes, induzcan a error al consumidor o usuario, especialmente en lo referido a la naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención del producto. E, incluso, por sobre las exigencias reglamentarias que pueda formular la autoridad, se impone que todos los bienes puestos a disposición de los consumidores y usuarios cuenten con información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, e instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y

²²⁶⁰ Vid. TR, artículo 3. "*Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*"

²²⁶¹ Vid. TR, artículo 124. "*Acción contra el productor. Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto...*"

²²⁶² Vid. TR, artículo 18. "*Etiquetado y presentación de los bienes y servicios. 1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente: a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención. b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea. c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características. 2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: a) Nombre y dirección completa del productor. b) Naturaleza, composición y finalidad. c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles. 3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado. 4. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar.*"

riesgos previsibles. Por último, se señala que la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa, será perseguida y sancionada como fraude.

Pues bien, más allá de la prístina exégesis que puede hacerse de esta disposición, ocurre que es posible construir otra hipótesis de responsabilidad, en que el producto deviene en defectuoso por obra de una publicidad exagerada, negligente o imprudente del proveedor, que al generar una percepción equivocada del producto, o de sus cualidades, características, formas de empleo o finalidades, provoca un defecto, defraudando esa legítima expectativa de seguridad al usar o consumir el producto, con que su productor lo fabricó. En este evento, entendemos que, además de las normas sobre responsabilidad extracontractual y sobre seguridad general de los productos que puedan estimarse pertinentes, podría pretenderse perseguir la responsabilidad del proveedor por infracción de este precepto del artículo 18 del TR.

6.2.5.- Las normas que regulan el principio de seguridad general de los productos, radicadas en la Directiva 95/2001, en el RD 1801/2003 y en el TR.

La obligación general de seguridad de los productos, se traduce en el deber de todo productor que pone productos en el mercado, de velar porque los productos que se distribuyen sean seguros²²⁶³, según expresa el artículo 1.1²²⁶⁴ de la Directiva 95/2001²²⁶⁵, coordinado con el artículo 3.1 del mismo texto legal.²²⁶⁶ Por su parte, el RD 1801/2003, norma de actuación vigente de dicha Directiva, en su artículo 1.1 define el objetivo y ámbito de aplicación de este RD, expresando que su finalidad es garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros²²⁶⁷, reiterando como deber de los productores, la exigencia de poner en el mercado únicamente productos seguros, según lee su artículo 4.1.²²⁶⁸

Continuando con el desarrollo del artículo 4 recién mencionado, éste nos ofrece una descripción detallada de los deberes que se les exigen a los productores en

²²⁶³ Vid. REYES LOPEZ, M. J., *"Seguridad de productos y responsabilidad civil especial: la de fabricante por productos defectuosos (análisis de la ley 22/1994 de 6 de julio) Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1998; *"Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante"*, en *Práctica de Derecho*, 1998; QUINTANA CARLO, I., *"La obligación general de seguridad de los productos: examen del Derecho español a la luz de la propuesta de directiva comunitaria sobre la materia"*, en EC, n° 17, abril 1990; FUENTES I GASSO, J. R., *et al*, *"La seguridad de los productos. Tres perspectivas de análisis"*, Ariel Prevención y Seguridad, Bosch, Barcelona, 1997.

²²⁶⁴ Vid. Directiva 95/2001, artículo 1.1. *"El objetivo de la presente Directiva es garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros."*

²²⁶⁵ Esta Directiva 95/2001 fue traspuesta en España a través del RD 44/1996, de 19 de enero, por el que se adoptan medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor, el que estuvo vigente hasta el 15 de enero de 2004, oportunidad en que fue derogado y reemplazado por el RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, publicado en el BOE número 9, de 10 de enero de 2004.

²²⁶⁶ Vid. Directiva 95/2001, artículo 3.1. *"Los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros."*

²²⁶⁷ Vid. RD 1801/2003, artículo 1.1. *"El objetivo de este Real Decreto es garantizar que los productos que se pongan en el mercado sean seguros."*

²²⁶⁸ Vid. RD 1801/2003, artículo 4.1. *"Los productores tienen el deber de poner en el mercado únicamente productos seguros."*

este ámbito. Así por ejemplo, en el apartado 2, se les exige informar a los consumidores y usuarios de los riesgos que no sean perceptibles de inmediato o a simple vista sin los avisos adecuados, discurriendo siempre sobre un uso o consumo normal y previsible del producto de que se trate, considerando la naturaleza del producto, su duración y las personas a que está destinado. Como se ve, esta es una obligación que se cumple por el productor al vender o entregar un producto, en razón de su actividad profesional.²²⁶⁹

Luego, en los literales a y b del artículo 4.3 de este RD, se colacionan deberes de vigilancia e información acerca de los riesgos que presenten los productos que han sido puestos en el mercado. Por ello, en la letra a de este precepto, se le exige a los productores mantenerse informados acerca de los riesgos que puedan presentar los productos, para informar de ellos a los distribuidores. Con tal fin, deberán registrar y estudiar todas las reclamaciones de las que pudiera deducirse la existencia de un riesgo y, en su caso, realizarán pruebas por muestreo de los productos comercializados o establecerán otros sistemas apropiados.²²⁷⁰ De lo dicho, se desprende la existencia de un deber de control sobre los riesgos de productos que ya han sido vendidos o entregados al público y de información a los distribuidores sobre tales riesgos. Enseguida, la letra b les impone un deber bastante más exigente a los productores, ya que en el evento de descubrir o simplemente tener indicios suficientes de que han puesto en el mercado un producto peligroso, que es incompatible con el deber general de seguridad, su obligación es adoptar -entendemos a la brevedad- y sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo, pero no limitado, a las de: (i) informar a los consumidores mediante la publicación de avisos especiales; (ii) retirar los productos del mercado; (iii) recuperar los productos de los consumidores; (iv) etcétera.²²⁷¹

Por su parte, el artículo 5.1 del RD 1801/2003, da cuenta de los deberes que se le imponen a los distribuidores en este ámbito, advirtiendo desde ya, que la voz *distribuidor* utilizada por esta disposición, nos parece comprensiva de la figura del

²²⁶⁹ Vid. RD 1801/2003, artículo 4.2. "*Dentro de los límites de sus respectivas actividades, los productores deben informar a los consumidores o usuarios por medios apropiados de los riesgos que no sean inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados y que sean susceptibles de provenir de una utilización normal o previsible de los productos, habida cuenta de su naturaleza, sus condiciones de duración y las personas a las que van destinados. La facilitación de esta información no eximirá del cumplimiento de los demás deberes establecidos en la presente disposición.*"

²²⁷⁰ Vid. RD 1801/2003, artículo 4.3.a. "*Mantenerse informados de los riesgos que dichos productos puedan presentar e informar convenientemente a los distribuidores. Con este fin, registrarán y estudiarán aquellas reclamaciones de las que pudiera deducirse la existencia de un riesgo y, en su caso, realizarán pruebas por muestreo de los productos comercializados o establecerán otros sistemas apropiados. / Cuando la forma de cumplir este deber esté determinada en los reglamentos específicos, se estará a lo que éstos prevean.*"

²²⁷¹ Vid. RD 1801/2003, artículo 4.3.b. "*Cuando descubran o tengan indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo informar a los consumidores mediante, en su caso, la publicación de avisos especiales, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores.*"

proveedor, al menos si es un distribuidor minorista, aunque debe resaltarse que el enunciado normativo de este precepto no distingue si es un distribuidor mayorista o minorista, por lo que debe concluirse que los comprende a ambos. Ahora bien, la primera obligación que se le impone a los distribuidores, es la de distribuir sólo productos seguros, por lo que se les exige abstenerse de suministrar productos cuando sepan, o debieran saber, por la información que poseen y como profesionales que son, que no se trata de productos seguros²²⁷², extendiéndose este deber a toda la actividad que despliegan como distribuidores, pues se les exige actuar diligentemente en estas materias "...durante el almacenamiento, transporte y exposición de los productos...", lee el apartado 2 del mismo precepto.²²⁷³

Enseguida, el artículo 5.3 del RD 1801/2003, les impone la obligación de participar en la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, de las siguientes formas: (i) informando a los órganos administrativos competentes y a los productores sobre los riesgos de los que tengan conocimiento; (ii) conservando durante un plazo de 3 años después de haber agotado las existencias de los productos, la documentación necesaria para averiguar su origen y, en particular, la identidad de sus proveedores. Y, en caso de no ser minoristas, el destino de los productos, a fin de poder proporcionar tal información a las autoridades que la soliciten; (iii) colaborando eficazmente en las actuaciones emprendidas por los productores y los órganos administrativos competentes, para evitar dichos riesgos, en lo que es una alusión evidente a los decisiones de retiro de productos del mercado o recuperación de manos de los consumidores, de ser éstos inseguros, que puedan adoptar unos u otros.²²⁷⁴

Por último, el artículo 6 del RD 1801/2003, impone deberes de comunicación, colaboración y custodia y abstención a los productores y distribuidores, que se deben cumplir después que han vendido, suministrado o entregado un producto. Es así como en su 3 primeros apartados, regula un deber de comunicación, pues si ellos saben o deben saber, por la información que poseen y como profesionales que son, que un producto que ya han puesto a disposición o suministrado a los consumidores en España, presenta riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, deberán comunicarlo de inmediato a los órganos administrativos

²²⁷² Vid. RD 1801/2003, artículo 5.1. "*Los distribuidores tienen el deber de distribuir sólo productos seguros, por lo que no suministrarán productos cuando sepan, o debieran saber, por la información que poseen y como profesionales, que no cumplen tal requisito.*"

²²⁷³ Vid. RD 1801/2003, artículo 5.2. "*Los distribuidores actuarán con diligencia para contribuir al cumplimiento de los requisitos de seguridad aplicables, en particular, durante el almacenamiento, transporte y exposición de los productos.*"

²²⁷⁴ Vid. RD 1801/2003, artículo 5.3. "*Dentro de los límites de sus actividades respectivas, participarán en la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, en concreto: a) Informando a los órganos administrativos competentes y a los productores sobre los riesgos de los que tengan conocimiento. b) Manteniendo, durante un plazo de tres años después de haber agotado las existencias de los productos, y proporcionando la documentación necesaria para averiguar el origen de los productos, en particular la identidad de sus proveedores, y, en caso de no ser minoristas, su destino, y proporcionando aquélla, en su caso, a las autoridades que la soliciten. c) Colaborando eficazmente en las actuaciones emprendidas por los productores y los órganos administrativos competentes para evitar dichos riesgos.*"

competentes de la Comunidad Autónoma afectada. Esa comunicación debe reunir una serie de requisitos, que la misma norma se encarga de detallar.²²⁷⁵ Enseguida, el apartado 4 de este precepto, establece un deber de colaboración para los productores y distribuidores, en cuanto se les manda ayudar a los órganos administrativos competentes, a su solo requerimiento, en las actuaciones que emprenda la autoridad para evitar los riesgos que presenten los productos que ellos suministran o hayan suministrado. En particular, este deber de colaboración se traduce en la obligación de facilitar toda la información pertinente que se les pida, incluida aquella que pudiera estar protegida por el secreto comercial e industrial.²²⁷⁶

Por último, y en lo que dice relación con el deber de custodia y abstención al que hacíamos mención inicialmente, el apartado 5²²⁷⁷ de esta disposición, les exige a los productores y distribuidores mantener bajo estricto control los productos sometidos a medidas restrictivas por la autoridad, absteniéndose de disponer de ellos en cualquier forma, hasta en tanto la autoridad administrativa competente les indique que hacer con tales productos.²²⁷⁸

En el artículo 11 del TR, también encontramos regulaciones en torno al deber general de seguridad de los productos, pues parte por instalar la premisa básica de que los bienes o servicios puestos en el mercado, deben ser seguros, acompañando una definición de lo que se entiende por bienes o servicios seguros, que básicamente alude a bienes y servicios que *"...en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la*

²²⁷⁵ Vid. RD 1801/2003, artículo 6. *"Otros deberes de productores y distribuidores. 1. Cuando los productores y los distribuidores sepan o deban saber, por la información que poseen y como profesionales, que un producto que ya han puesto a disposición de o suministrado a los consumidores en España presenta riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, comunicarán tales hechos inmediatamente a los órganos administrativos competentes de la comunidad autónoma afectada. En el caso de que el producto esté o se haya suministrado a los consumidores de cualquier forma en el territorio de más de una comunidad autónoma, esta comunicación se dirigirá al órgano competente de la comunidad autónoma donde radique su domicilio social, que la transmitirá inmediatamente al Instituto Nacional del Consumo, para su traslado al resto de las comunidades autónomas afectadas. 2. Esta comunicación deberá contener, al menos: a) Los datos que permitan identificar con precisión el producto o lote de productos. b) Una descripción completa del riesgo que presentan los productos. c) Toda la información disponible que sea útil para localizar el producto. d) Una descripción de la actuación emprendida con el fin de prevenir los riesgos para los consumidores. / Esta comunicación se ajustará al formulario tipo que, en su caso, y de conformidad con lo que defina la Comisión Europea, establezca al respecto el Instituto Nacional del Consumo, previo informe de la Comisión de Cooperación de Consumo. 3. Mediante el mismo procedimiento del párrafo anterior, se podrán determinar las condiciones concretas, como las relativas a productos o circunstancias aislados, en las que no sea obligatoria la mencionada comunicación."*

²²⁷⁶ Vid. RD 1801/2003 artículo 6.4. *"Los productores y los distribuidores, dentro de los límites de sus respectivas actividades, colaborarán con los órganos administrativos competentes, a petición de éstos, en las actuaciones emprendidas para evitar los riesgos que presenten los productos que suministren o hayan suministrado. En particular, deberán facilitar toda la información pertinente que se les demande, incluida aquella que pudiera estar protegida por el secreto comercial e industrial, en el plazo máximo de cinco días, salvo que por la urgencia del caso concreto se indique uno inferior. La información amparada por el secreto comercial e industrial no será divulgada ni destinada a otra finalidad distinta a la que justifica su recepción."*

²²⁷⁷ Vid. RD 1801/2003, artículo 6.5. *"Los productores y distribuidores deberán mantener bajo estricto control los productos sometidos a medidas restrictivas, absteniéndose de disponer de ellos en cualquier forma hasta la autorización de los órganos administrativos competentes."*

²²⁷⁸ Las opciones son: (i) liberarlos, para que puedan seguir siendo comercializados; (ii) prohibir definitivamente su comercialización; (iii) ordenar su destrucción; (iv) etcétera.

salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas."²²⁷⁹

Enseguida, el artículo 12.1 del TR exige a los empresarios informar, en forma previa a los consumidores y usuarios y a través de medios apropiados, acerca de los riesgos que pueden surgir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme lo preceptuado en el artículo 18 del TR, referido al etiquetado y presentación de los bienes y servicios²²⁸⁰ y en las normas reglamentarias que resulten aplicables.²²⁸¹

Por su parte, el artículo 13 del TR, establece una serie de obligaciones para los empresarios que intervengan en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores y usuarios. Entre ellas, destacamos las siguientes: (i) la de la letra e), que consagra una prohibición de suministrar bienes que carezcan de las marcas de seguridad obligatorias o de los datos mínimos que permitan identificar al responsable del bien²²⁸²; (ii) la de la letra f), que disciplina los deberes de retiro del mercado y de recuperación de manos de los consumidores y usuarios, así como la suspensión de cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos de seguridad exigibles o que por cualquier motivo sea un riesgo

²²⁷⁹ Vid. TR, artículo 11. *"Deber general de seguridad. 1. Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. 2. Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas."*

²²⁸⁰ Vid. TR, artículo 18. *"Etiquetado y presentación de los bienes y servicios. 1. El etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario, especialmente: a) Sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención. b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea. c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características. 2. Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: a) Nombre y dirección completa del productor. b) Naturaleza, composición y finalidad. c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles. 3. Sin perjuicio de las excepciones previstas legal o reglamentariamente, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, lengua española oficial del Estado. 4. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar."*

²²⁸¹ Vid. TR, artículo 12.1. *"Los empresarios pondrán en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados, conforme a lo previsto en el artículo 18 y normas reglamentarias que resulten de aplicación."*

²²⁸² Vid. TR, artículo 13.e). *"La prohibición de suministro de bienes que carezcan de las marcas de seguridad obligatoria o de los datos mínimos que permitan identificar al responsable del bien."*

previsible para la salud o la seguridad de las personas²²⁸³; (iii) la de la letra h), que alude a la exigencia de mantener controles adecuados sobre los productos, prestando el debido cuidado a los servicios de reparación y mantenimiento.²²⁸⁴

Pues bien, habiendo sistematizado mínimamente las normas más relevantes de esta compilación sobre seguridad general de los productos, es absolutamente conveniente precisar quiénes son los sujetos destinatarios de estas disposiciones, pues hemos visto que se alude a productores y distribuidores por la Directiva 95/2001 y por el RD 1801/2003, y en los artículos 11 y ss. del TR, se apunta que el sujeto pasivo de estas normas es el empresario. Por lo pronto, tanto la Directiva 95/2001 como el RD 1801/2003 definen que entienden por productor en sus artículos 2.e) y 2.d) respectivamente, en términos muy similares, considerado tal a varias personas, a saber: (i) al fabricante: de un producto, si está establecido en la UE; toda persona que se presente como tal, estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo; y, toda persona que proceda al reacondicionamiento de un producto; (ii) el representante del fabricante, cuando no esté establecido en la UE o, a falta de representante establecido en la UE, el importador del producto; (iii) los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto. Como se ve, se trata de una noción amplia y extensiva, que llega a englobar como productor, para estos propósitos específicos, a sujetos que realmente no tienen ninguna actividad fabril, que más bien intervienen en la cadena de comercialización del producto, en términos tales, que podrían, con sus acciones u omisiones, eliminar, alterar o degradar la seguridad del producto.²²⁸⁵ Por lo demás, los artículos 2.f) de la Directiva 95/2001 y 2.e) del RD 1801/2003, se encargan de definir distribuidor para estos efectos, entendiendo por tal, a cualquier profesional de la cadena de comercialización cuya actividad no afecte las características de seguridad de los productos.²²⁸⁶ A su turno,

²²⁸³ Vid. TR, artículo 13.f). *"La obligación de retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas."*

²²⁸⁴ Vid. TR, artículo 13.h). *"Las exigencias de control de los productos manufacturados susceptibles de afectar a la seguridad física de las personas, prestando a este respecto la debida atención a los servicios de reparación y mantenimiento."*

²²⁸⁵ Vid. Directiva 95/2001, artículo 2.e). *"productor: i) el fabricante de un producto, cuando esté establecido en la Comunidad, y toda persona que se presente como fabricante estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo, o toda persona que proceda al reacondicionamiento del producto, ii) el representante del fabricante cuando éste no esté establecido en la Comunidad o, a falta de representante establecido en la Comunidad, el importador del producto, iii) los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto;...". / RD 1801/2003, artículo 2.d). "Productor: 1. El fabricante de un producto cuando esté establecido en la Comunidad Europea. Se considerará también fabricante toda persona que se presente como tal estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo, o toda persona que proceda al reacondicionamiento del producto. 2. El representante del fabricante cuando no esté establecido en la Comunidad Europea o, a falta de representante establecido en la Comunidad, el importador del producto. 3. Los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto."*

²²⁸⁶ Vid. Directiva 95/2001, artículo 2.f). *"distribuidor: cualquier profesional de la cadena de comercialización cuya actividad no afecte a las características de seguridad de los productos;...". / RD 1801/2003, artículo 2.e.*

empresario, para el TR, es cualquier persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, según lee su artículo 4.²²⁸⁷

De suerte que podríamos establecer las siguientes conclusiones: (i) en el ámbito de la Directiva 95/2001 y del RD 1801/2003, el proveedor puede ser perfectamente catalogado como productor, salvo que con su conducta no afecte la seguridad general de los productos, caso en el cual, se le califica sólo como distribuidor; (ii) el análisis de las normas mencionadas del TR, nos permite afirmar que el proveedor está comprendido en el término empresario que define este cuerpo normativo; (iii) debe quedar asentado, entonces, que en todos los casos en que el proveedor haya desplegado una conducta, activa o pasiva, que cause o contribuya a causar un defecto en un producto de aquellos que hemos denominado defectos de distribución, o se le pueda considerar empresario a la luz de las disposiciones del TR, pues pone bienes a disposición de los consumidores y usuarios, el complejo de obligaciones y deberes en torno a la seguridad general de los productos que la Directiva 95/2001, el RD 1801/2003 y el TR ponen de cargo de los productores y empresarios, son plenamente exigibles al proveedor y, de infringirlas, entendemos que es perfectamente posible perseguir su responsabilidad con base en tales textos normativos.

Con lo expuesto hasta aquí, valdría la pena retornar al análisis del supuesto de responsabilidad del proveedor comentado en el apartado 3.3.3.- de Capítulo IV anterior²²⁸⁸, en que inquiríamos por la responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores. En un primer enfoque, y en ausencia de normas jurídicas específicas en la Directiva 85/374 y en el TR, Libro Tercero, Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, Título II, Disposiciones específicas en materia de responsabilidad, Capítulo I, Daños causados por productos, referido a los daños causados por productos defectuosos que, directa y expresamente, le impongan al proveedor algún deber concreto en

"Distribuidor: cualquier profesional de la cadena de comercialización cuya actividad no afecte a las características de seguridad de los productos."

²²⁸⁷ Vid. TR, artículo 4. *"Concepto de empresario. A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada."*

²²⁸⁸ Vid. *supra* apartados 3.3.3.- Responsabilidad del proveedor por daños causados por un producto que él suministró sin conocer el defecto que portaba, como ocurre con los casos de riesgos del desarrollo, pero al imponerse de ese defecto más tarde, se abstiene de informar de ello a sus clientes, al gran público y/o a la autoridad, o no hace nada para retirarlo del mercado o recuperarlo de manos de los consumidores / Capítulo IV OTRAS FUENTES DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR POR DAÑOS CAUSADOS POR EL DEFECTO DE UN PRODUCTO, UBICADAS FUERA DE LA ORBITA DE LA DIRECTIVA 85/374 Y DEL TÍTULO II, DISPOSICIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD, CAPÍTULO I, DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS, ARTICULOS 135 Y SIGUIENTES DEL TR / PARTE III.

esta materia, debiéramos colegir que ninguna responsabilidad le cabe a estos respectos. Con todo, en una segunda aproximación, podemos encontrar una serie de señales y pistas que van motivando una deducción diferente. Por lo pronto, el artículo 11²²⁸⁹ del TR, consagra un deber general de seguridad, en cuanto se exige que los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros, entendiendo por tales, los que no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, al ser usados normalmente o en condiciones razonablemente previsibles, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio *"...y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas."* Por su parte, el artículo 13.f)²²⁹⁰ del TR, establece como obligación específica de cualquier empresario que intervenga en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores y usuarios, el deber de retiro o recupero de cualquier bien o servicio que no sea seguro o que, por cualquier causa, suponga un riesgo previsible para la salud o para la seguridad de las personas. Sin embargo, de la sola lectura de este último precepto, no queda claro que estas obligaciones empezcan al proveedor, pues más bien parecen dirigidas al empresario que pone en circulación un producto. Vale decir, al productor o al importador Comunitario y no al proveedor que, como sabemos, en el mejor de los casos hace una puesta en circulación secundaria o no esencial. Con todo, si las expresiones *"...cualquier empresario que intervenga en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores y usuarios..."* que emplea este precepto se leen en un sentido amplio, puede establecerse que no se habla de puesta en circulación ni introducción en el mercado de un producto, sino de *"...puesta a disposición..."* de un producto, actuación que si es absolutamente propia de un proveedor, razón por la cual, debiera concluirse que este precepto le es plenamente aplicable, aunque no se le mencione a texto expreso.

Se suma a esta norma jurídica en comento, el precepto del artículo 15.2 del TR²²⁹¹, dirigido a las Administraciones públicas, a quienes se les faculta -nótese que no se las obliga-, para informar a los consumidores y usuarios por los medios que estimen más apropiados en cada caso, sobre los riesgos que pueda representar

²²⁸⁹ Vid. TR, artículo 11. *"Deber general de seguridad. 1. Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros. 2. Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas."*

²²⁹⁰ Vid. TR, artículo 13. *"Otras obligaciones específicas para la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. Cualquier empresario que intervenga en la puesta a disposición de bienes y servicios a los consumidores y usuarios estará obligado, dentro de los límites de su actividad respectiva, a respetar las siguientes reglas: f) La obligación de retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas."*

²²⁹¹ Vid. TR, artículo 15.2. *"Las Administraciones públicas, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los riesgos detectados, podrán informar a los consumidores y usuarios afectados por los medios más apropiados en cada caso sobre los riesgos o irregularidades existentes, el bien o servicio afectado y, en su caso, las medidas adoptadas, así como de las precauciones procedentes, tanto para protegerse del riesgo, como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas."*

para ellos un bien o servicio, las precauciones a adoptar e instar por lograr su colaboración para eliminar el riesgo en cuestión.

Por su parte, el RD 1801/2003, sobre seguridad general de los productos, que convive con la Directiva 85/374 y el TR, impone directamente a los productores y distribuidores ciertas obligaciones relacionadas con la seguridad de los productos, después de su puesta en circulación, conforme se desprende de sus artículos 4 y 5 que ya hemos visto con antelación. En efecto, en relación a los productores, el artículo 4.3.b.²²⁹² les impone la obligación, en caso que descubran que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad o tengan indicios suficientes de ello, de adoptar las medidas adecuadas para evitar la concreción de tales riesgos, entre las que se encuentran las de: (i) informar a los consumidores de esta situación; (ii) el retiro de los productos del mercado²²⁹³; y (iii) su recuperación de manos de los consumidores.²²⁹⁴ Como se ve, esta disposición apunta únicamente a los productores -sin referirse en ningún momento a los proveedores-, sobre quienes pone el peso de cumplir con estos retiros o recuperaciones de productos que representen un riesgo, por lo que, en principio, no podría aplicarse esta disposición de tratarse de un producto defectuoso, a menos que, claro está, el peligro sea constitutivo de un defecto. Como quiera que sea, no cabe duda que el mandato de este precepto se aplica sólo a los productores, a fin de que retiren un producto del mercado o lo recuperen de los consumidores o usuarios, si llegan a conocer un riesgo del producto. Ahora bien, entendemos que debiera extenderse esta exigencia en caso que el producto sea riesgoso y defectuoso. Pudiera plantearse una duda aparente, en términos didácticos, si el producto es defectuoso pero no riesgoso, pues podría pensarse que no hay obligación de retiro ni de recuperación. Sin embargo, tal deducción sería errada, pues si un producto es defectuoso, inevitablemente es riesgoso, como tuvimos oportunidad de analizar al estudiar el concepto normativo de producto defectuoso en la Parte II de este trabajo.²²⁹⁵

²²⁹² Vid. RD 1801/2003, artículo 4.3.b. *"Dentro de los límites de sus respectivas actividades y en función de las características de los productos, los productores deberán: b. Cuando descubran o tengan indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo informar a los consumidores mediante, en su caso, la publicación de avisos especiales, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores."*

²²⁹³ Vid. Directiva 95/2001, artículo 2.h). *"retirada: toda medida destinada a impedir la distribución y la exposición de un producto peligroso así como su oferta al consumidor."*

²²⁹⁴ Vid. Directiva 95/2001, artículo 2.g). *"recuperación: toda medida destinada a recobrar un producto peligroso que el productor o el distribuidor haya suministrado o puesto a disposición del consumidor;..."*

²²⁹⁵ Vid. *supra* apartado 3.5.- Distinción entre Productos Peligrosos, Productos Seguros, Productos Riesgosos y Productos Defectuosos / Capítulo III EL USO, EMPLEO Y CONSUMO DE PRODUCTOS RIESGOSOS Y PELIGROSOS POR LA SOCIEDAD / PARTE I; *supra* apartados 3.8.- La superposición entre inseguridad de un producto y defecto de un producto. Necesidad de tener presente los alcances de cada concepto y de clarificar sus posibles relaciones; 3.9.- Tipos de defectos que pueden presentar los productos; 3.9.2.3.3.- Vinculación entre información, advertencias e instrucciones y el deber de comercializar únicamente productos suficientemente seguros que sanciona el RD 1801/2003 y obligaciones semejantes, según la industria de que se trate; 3.9.2.3.4.- ¿Sobre qué riesgos se debe informar, instruir o advertir? / Capítulo IV LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS REGLAMENTADO POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR: (I) EL PRODUCTO DEFECTUOSO; (II) EL PRODUCTOR; (III) EL

Respecto de los distribuidores, el artículo 5.3 de este RD²²⁹⁶, establece en sus literales a., b. y c., una serie de deberes para ellos, que si son minoristas pueden ser catalogados perfectamente como proveedores. De entre estas obligaciones que se le imponen a los distribuidores, nos interesa destacar aquella que consiste en participar en la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, informando a los órganos administrativos competentes y a los productores sobre los riesgos de los que tengan conocimiento. Como se ve, en realidad lo que se le exige al proveedor es informar acerca de los riesgos que llegue a conocer sobre determinados productos que circulan en el mercado, a sus respectivos productores y a las autoridades competentes²²⁹⁷, sin que se les exija tomar un rol activo en el retiro del mercado o en la recuperación de tales productos riesgosos de los consumidores, entre los cuales pueden haber productos defectuosos. Por ende, el proveedor sólo está obligado a informar y a colaborar, pues el retiro del mercado o la recuperación de un producto *-prima facie-*, no es una carga que se le haya impuesto por el legislador. Extremando las cosas, sólo se le impone un deber de colaboración en la retirada o recuperación de un producto, por lo que sólo se le podría reprochar un actuar doloso o negligente en ese deber de colaboración.

Sin embargo, pensamos que esta deducción no es exacta del todo. Si bien ella emana de un estricto análisis hermenéutico de las disposiciones mencionadas, no es compartida por CILLERO DE CABO, para quien el proveedor que conoce del peligro o del defecto del producto y no hace nada para evitar que el daño se produzca, como sería retirar el producto del mercado, *"...incurre incuestionablemente en un comportamiento al menos culposo..."*²²⁹⁸, apoyándose en la jurisprudencia que ha dicho que *"...no basta para ser diligente el cumplimiento de*

PERJUDICADO; (IV) LA PUESTA EN CIRCULACION DEL PRODUCTO; Y (V) EL DAÑO CAUSADO POR EL DEFECTO DEL PRODUCTO / PARTE II.

²²⁹⁶ Vid. RD 1801/2003, artículo 5.3.a., b. y c. *"Deberes de los distribuidores. 3. Dentro de los límites de sus actividades respectivas, participarán en la vigilancia de la seguridad de los productos puestos en el mercado, en concreto: a. Informando a los órganos administrativos competentes y a los productores sobre los riesgos de los que tengan conocimiento. b. Manteniendo, durante un plazo de tres años después de haber agotado las existencias de los productos, y proporcionando la documentación necesaria para averiguar el origen de los productos, en particular la identidad de sus proveedores, y, en caso de no ser minoristas, su destino, y proporcionando aquélla, en su caso, a las autoridades que la soliciten. c. Colaborando eficazmente en las actuaciones emprendidas por los productores y los órganos administrativos competentes para evitar dichos riesgos."*

²²⁹⁷ Es importante comentar que el artículo 6.1 de este RD 1801/2003, complementa el deber de informar de los productores y distribuidores a la autoridad sobre un producto riesgoso, en los siguientes términos: *"Cuando los productores y los distribuidores sepan o deban saber, por la información que poseen y como profesionales, que un producto que ya han puesto a disposición de o suministrado a los consumidores en España presenta riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, comunicarán tales hechos inmediatamente a los órganos administrativos competentes de la comunidad autónoma afectada. En el caso de que el producto esté o se haya suministrado a los consumidores de cualquier forma en el territorio de más de una comunidad autónoma, esta comunicación se dirigirá al órgano competente de la comunidad autónoma donde radique su domicilio social, que la transmitirá inmediatamente al Instituto Nacional del Consumo, para su traslado al resto de las comunidades autónomas afectadas."*

²²⁹⁸ Vid. CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 275.

las normas reglamentarias, sino que es preciso extremar todas las cautelas."²²⁹⁹ Ahora bien, de seguir su predicamento, es obvio que el proveedor también debiera informar de los defectos y riesgos que constate en un producto que ha distribuido, no sólo a los consumidores, sino también al productor o al distribuidor de quien lo ha adquirido y a la Autoridad, para que cada uno adopte las medidas que les sean exigibles y de cautela razonables a que haya lugar, pues sólo así se estaría protegiendo verdaderamente al consumidor.²³⁰⁰ Pero aún más, creemos que el proveedor si puede ser considerado productor para estos efectos, al menos en el caso en que él haya afectado la seguridad del producto, según se desprende de los artículos 2.e) de la Directiva 95/2001 y 2.d del RD 1801/2003, que si bien aluden a los demás profesionales de la cadena de comercialización, engloba perfectamente al proveedor, de darse la circunstancia antedicha: que él haya afectado la seguridad del producto. Además y según expusimos precedentemente, también nos parece posible perseguir su responsabilidad extracontractual.

²²⁹⁹ Vid. RUBI PUIG, A., PIÑERO SALGUERO, J., *"Muerte de un niño asfixiado con un caramelo.(Comentario a la STS, Sala 1a., de 10 de junio de 2002)"*, en InDret, *working paper* n° 123, Barcelona, enero 2003; CILLERO DE CABO, P., *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 275 y 276.

²³⁰⁰ Vid., en relación a estos planteamientos, el Comunicado de la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, 2.2.2000, COM (2000) 1 final, sobre el recurso al principio de precaución.

CAPITULO XV

EL DERECHO DE REPETICION QUE PUEDE EJERCER EL PROVEEDOR, EN CASO DE QUE SE HAYA HECHO EFECTIVA SU RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO QUE EL HA SUMINISTRADO.

SUMARIO: 1.- EL DERECHO DE REGRESO O REEMBOLSO ENTRE LOS RESPONSABLES SOLIDARIOS QUE CONTEMPLA ESTA LEGISLACION ESPECIAL. 2.- ANALISIS DE LOS CASOS EN QUE LE CORRESPONDE AL PROVEEDOR ESTA ACCION DE REPETICION. 2.1.- ACCION DE REPETICION DEL PROVEEDOR QUE RESULTA RESPONSABLE POR NO HABER IDENTIFICADO AL PRODUCTOR DENTRO DEL PLAZO QUE CONTEMPLA ESTA LEGISLACION ESPECIAL, EN LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR. 2.2.- ACCION DE REPETICION DEL PROVEEDOR QUE RESULTA RESPONSABLE, POR HABER SUMINISTRADO UN PRODUCTO A SABIENDAS DE SU CARACTER DEFECTUOSO, EN CONFORMIDAD AL ARTICULO 146.2 DEL TR. 2.3.- ACCION DE REPETICION DEL PROVEEDOR QUE RESULTA RESPONSABLE, JUNTO CON OTROS TERCEROS DISTINTOS A LOS SUJETOS RESPONSABLES SEGUN ESTA LEGISLACION ESPECIAL, POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO.

1.- El derecho de regreso o reembolso entre los responsables solidarios que contempla esta legislación especial.

En el caso que uno de los responsables solidarios que contempla la Directiva 85/374 en su artículo 5 y el TR en su artículo 132²³⁰¹, hubiese satisfecho la pretensión indemnizatoria del perjudicado por un producto defectuoso, el artículo 143.1 del TR contempla la posibilidad de exigir a los otros corresponsables, el montante proporcional a su participación en la causación del daño, dentro del plazo de 1 año contado desde el día que tuvo lugar el pago de la indemnización.²³⁰²

Nótese que el artículo 143.1 del TR precisa que el plazo de prescripción de la acción de regreso, de quien hubiere satisfecho la indemnización contra los demás responsables, es de 1 año contado desde el día en el que se efectuó el pago²³⁰³, cubriendo una laguna que presenta el artículo 5 de la Directiva 85/374 que, en este punto, nada dice al respecto.

Este plazo de 1 año para la acción de regreso entre los codeudores solidarios es excesivamente corto, sin que haya una razón objetiva para ello, como destaca RODRIGUEZ CARRION.²³⁰⁴ Aunque, fuerza es decirlo, este término de 1 año no es desconocido para el Sistema Jurídico español, pues es el mismo plazo que se tiene para accionar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, según el artículo 1968.2 del CC. Tampoco es el plazo más corto, pues en el caso de las ventas sujetas al CC, el plazo para reclamar por vicios ocultos de la cosa vendida es de 6 meses, según lee el artículo 1490 de esa compilación legal. En todo caso y como descargo por su brevedad, no podemos olvidar que su exigü Directiva Directiva edad se ve compensada, de algún modo, con el hecho de que el inicio de su cómputo corre desde el momento en que se pagó la indemnización.

Tampoco se entienden, dice JIMENEZ LIEBANA, las razones que tuvo en mente el legislador para "*...no haber dispuesto también un plazo de prescripción de tres años,*

²³⁰¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 5. "*Si, en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir.*" / TR, artículo 132. "*Responsabilidad solidaria. Las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño.*"

²³⁰² Vid. TR, artículo 143.1. "*La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización.*"

²³⁰³ Habría que hacer jugar esta disposición con el artículo 1969 del CC, pues si no se pudieron ejercer las acciones de reembolso, este plazo no debiera empezar a correr, sino a partir del día en que pudiese ejercerse sin trabas. Vid. CC, artículo 1969. "*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.*"

²³⁰⁴ Vid. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pág. 280.

semejante al del deudor solidario...".²³⁰⁵ Sinrazón que también merece la crítica de GOMEZ LAPLAZA y DIAZ, que no encuentran coartada alguna para hacer de peor condición al codeudor solidario que pagó el total de la indemnización frente a sus codeudores en la relación interna, que la del perjudicado de cara a los legitimados pasivos, siendo lógico que esta acción de regreso tuviera un plazo de prescripción de 3 años, similar al término extintivo de la acción resarcitoria concedida al perjudicado.²³⁰⁶

Fuerza es decir, que nada aporta la consagración de este derecho de repetición entre los responsables solidarios que hace el TR, pues las reglas generales del CC que regulan la solidaridad pasiva en cuanto a las relaciones internas entre los codeudores solidarios, ya lo consagra, como da cuenta el artículo 1145.2 del CC.²³⁰⁷ De hecho, bajo la vigencia de la derogada LPD, que no consagraba esta acción de repetición, su existencia era indiscutida, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia.²³⁰⁸ Es probable que por estas mismas razones, la mayor parte de las normas de transposición de la Directiva 85/374 de los Estados miembros de la UE, no introducen criterios al respecto, sino que guardan silencio o bien se remiten a sus legislaciones nacionales.

Por último, es de anotar la crítica de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO acerca de la remisión a las legislaciones nacionales que hace el artículo 5 de la Directiva 85/374, en cuanto puede haber sido desacertada, si se considera que las legislaciones internas pueden ser muy disímiles y muy probablemente ellas no contemplan ni están familiarizadas con sistemas objetivos de responsabilidad, lo que complejizará la elucidación de las contribuciones a que debieran resultar obligados los distintos integrantes del elenco de responsables que consagra esta legislación especial, en favor de aquél de ellos que hubiese pagado la indemnización de perjuicios al perjudicado.²³⁰⁹

2.- Análisis de los casos en que le corresponde al proveedor esta acción de repetición.

En realidad, al proveedor le corresponderá esta acción de reembolso en los 3 supuestos de responsabilidad que le pueden empecer conforme a esta legislación especial, que ya hemos tenido oportunidad de estudiar con precedencia.²³¹⁰

²³⁰⁵ Vid. JIMENEZ LIEBANA, D., *"Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGrawHill, Madrid, 1998, pág. 438.

²³⁰⁶ Vid. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 25, 1995, págs. 540 y ss.

²³⁰⁷ Vid. CC, artículo 1145.2. *"...El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo."*

²³⁰⁸ Vid. MONTES, A. C., *"El derecho de regreso en la solidaridad de deudores"*, en ADC, octubre-diciembre, 1991.

²³⁰⁹ Vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *"La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985"*, en EC, n° 7, 1986, págs. 106 y ss.

²³¹⁰ Vid. *supra* apartados 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la

Veremos cada uno de estos casos en seguida.

2.1.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable por no haber identificado al productor dentro del plazo que contempla esta legislación especial, en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.²³¹¹

Como sabemos, estos preceptos sancionan la responsabilidad del proveedor en el caso en que él no pueda identificar al productor del producto defectuoso o a quien se lo hubiera suministrado o facilitado a él, dentro del plazo de 3 meses contados desde que hubiese sido requerido al efecto.²³¹²

Pues bien, de haberse hecho efectiva esta responsabilidad, en términos de que haya tenido que indemnizar al perjudicado, el proveedor tiene una acción de reembolso en contra del productor y/o de quienes sean responsables del daño causado por el producto defectuoso.

2.2.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable, por haber suministrado un producto a sabiendas de su carácter defectuoso, en conformidad al artículo 146.2 del TR.

Como sabemos, el supuesto de responsabilidad regulado en el artículo 146 del TR²³¹³, se refiere al caso en que el proveedor distribuye un producto defectuoso a sabiendas de su carácter defectuoso.²³¹⁴

En el caso en que un proveedor sea declarado responsable a la luz de este precepto y por más criticable que sea, según lee su tenor literal, el proveedor "...podrá

responsabilidad del proveedor; 3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR; 4.- Tercer supuesto de responsabilidad del proveedor: que él mismo cause el defecto del producto que suministra / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

²³¹¹ Vid. Directiva 85/374, artículo 3.3. *"Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informará al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable..."*. / TR, artículo 138.2. *"Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante."*

²³¹² Vid. *supra* apartado 2.- Primer supuesto de responsabilidad del proveedor: la falta de identificación del productor o importador Comunitario del producto defectuoso, reunidos ciertos requisitos legales contemplados en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, para que se haga efectiva la responsabilidad del proveedor / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

²³¹³ Vid. TR, artículo 146. *"Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor."*

²³¹⁴ Vid. *supra* apartado 3.- Segundo supuesto de responsabilidad del proveedor: el suministro de un producto defectuoso, a sabiendas de su carácter defectuoso, conforme lo preceptuado por el artículo 146 del TR / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

ejercitar la acción de repetición contra el productor...", situación a la que nos hemos referido latamente con antelación.²³¹⁵

2.3.- Acción de repetición del proveedor que resulta responsable, junto con otros terceros distintos a los sujetos responsables según esta legislación especial, por daños causados por un producto defectuoso.

En teoría, el proveedor también podría responder en forma solidaria junto con otros sujetos que no son sujetos pasivos de responsabilidad según esta legislación especial, aunque si pasibles de acciones resarcitorias en conformidad al Derecho común. Es el caso que nos recuerda CILLERO DE CABO, cuando el daño se ha debido "*...a una negligente concepción del producto (defecto de diseño)...*"²³¹⁶, pues el perjudicado podría demandar al proyectista al amparo del artículo 1902 del CC y al proveedor en conformidad a esta legislación especial. En tal caso, el proveedor respondería por no haber identificado al productor, solidariamente con el proyectista, quien, eso sí, lo haría por culpa extracontractual.

Aquí debe puntualizarse que el plazo de prescripción de esta acción de reintegro es anual, siempre que esta acción de reembolso se dirija contra otros posibles responsables según esta legislación especial. Pero si la acción de reintegro se dirige contra quienes deban responder conforme a otras normas de Derecho común, como ocurre en este caso si la acción de reembolso fuese contra el proyectista, el plazo de prescripción, según CILLERO DE CABO, habrá que buscarlo en el CC, en función del tipo de responsabilidad que se haya configurado.²³¹⁷ En contra opina GOMEZ CALERO, para quien no cabe tal distinción, siendo el plazo de prescripción de la acción de repetición, en todos los casos, de 1 año²³¹⁸, sin diferenciaciones de ningún tipo.

²³¹⁵ Vid. *supra* apartado 3.7.- Comentarios sobre la acción de repetición contra el productor que confiere el artículo 146 del TR al proveedor que suministra un producto defectuoso, a sabiendas de ello / Capítulo II LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS DEL PROVEEDOR, CONFORME LA REGULACION IMPUESTA POR LA DIRECTIVA 85/374 Y POR EL TR / PARTE III.

²³¹⁶ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, pág. 178.

²³¹⁷ Vid. CILLERO DE CABO, P., "*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*", Civitas, Madrid, 2000, págs. 179 y 180.

²³¹⁸ Vid. GOMEZ CALERO, J., "*Responsabilidad civil por productos defectuosos*", Dykinson, Madrid, 1996, pág. 107.

CONCLUSIONES

SUMARIO: I.- COROLARIO. II.- CONCLUSIONES. 1.- EL PRODUCTOR, COMO FIGURA CENTRAL DE ESTE REGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD, INCARDINA SU RESPONSABILIDAD BAJO LA TESIS DEL RIESGO CREADO. 2.- ¿ES VERDAD QUE SE TRATA DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO, O EN REALIDAD ES OBJETIVO ATENUADO O CUASI OBJETIVO? 3.- COMPENSACIONES O EQUILIBRIOS AL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUASI OBJETIVO QUE IMPLEMENTA LA DIRECTIVA 85/374 Y EL TR. 4.- EXCLUSION DE LOS DAÑOS MORALES DE LA COBERTURA BRINDADA POR ESTE REGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD. 5.- ESTE REGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD, CONVIVE CON OTRAS NORMAS JURIDICAS DEL SISTEMA JURIDICO ESPAÑOL. 6.- EL ELEMENTO *EMPRESARIAL* QUE INTEGRA LA DEFINICION LEGAL DE PROVEEDOR. 7.- REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL PERJUDICADO PARA HACER RESPONSABLE AL PROVEEDOR, SEGUN LOS ARTICULOS 3.3 DE LA DIRECTIVA 85/374 Y 138.2 DEL TR. 8.- LA REAL NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR. 9.- LA CUESTIONABLE CREDIBILIDAD DE LOS OPERADORES JURIDICOS EN ESTE REGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD. 10.- LAS PECULIARIDADES QUE PRESENTA LA FIGURA DEL PROVEEDOR COMO SUJETO RESPONSABLE POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. 11.- *DE LEGE FERENDA*: LIBERACION DE RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR QUE IDENTIFICA AL PRODUCTOR O IMPORTADOR COMUNITARIO DEL PRODUCTO DEFECTUOSO, VENCIDO EL PLAZO DE 3 MESES CON QUE CUENTA PARA ELLO, SIN QUE TODAVIA HAYA SIDO DEMANDADO POR EL PERJUDICADO. 12.- *DE LEGE FERENDA*: POSIBILIDAD DE QUE EL PERJUDICADO PUEDA DEMANDAR DIRECTAMENTE AL PROVEEDOR, SIN TENER QUE ESPERAR A QUE TRANSCURRA EL PLAZO DE 3 MESES CON QUE CUENTA ESTE ULTIMO PARA IDENTIFICAR AL PRODUCTOR O AL IMPORTADOR COMUNITARIO DEL PRODUCTO DEFECTUOSO. III.- VERIFICACION DE LA HIPOTESIS DE TRABAJO.

I.- COROLARIO.

El presente estudio de la responsabilidad del proveedor, dentro del régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos que instauró la Directiva 85/374 y su trasposición en el Sistema Jurídico español²³¹⁹, ha intentado mostrar las peculiaridades que presenta este agente económico que, sin ser productor ni poder ser asimilado materialmente a un productor, pues nada produce, no se presenta ante el público como productor y no importa productos a la UE, ha terminado siendo un responsable subsidiario de la figura central de esta compilación, sin que concurran en él ninguna de las características ni rasgos que justifican hacer responsables, como si fueran productores, a los sujetos asimilados a un productor en esta preceptiva especial.

Y en lo que resulta más perturbador, probablemente en el sujeto pasivo más demandado por daños atribuidos a un producto defectuoso, pese a su teórico segundo plano, pues ni la mejor de las leyes puede esconder o desdibujar la realidad: porcentualmente, el mayor número de perjudicados, al único agente económico que realmente conocen e identifican como responsable de los daños que les ha inferido un producto defectuoso, es al proveedor, incluso si se trata de un *bystander*, quien, si bien no ha adquirido directamente el producto que le causó el daño de aquél, al menos sabe quién es, dónde está domiciliado, o lo puede llegar a saber de boca de quien lo adquirió o recibió del proveedor, facilitándose así el accionar judicial en contra de este último. Estas razones de orden material, resultan validadas por la práctica judicial, que muestra que, usualmente, es el proveedor quien termina respondiendo por los daños causados por un producto defectuoso, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el productor u otro agente económico asimilado a él.

Por lo mismo, la idea matriz de esta tesis, ha sido escudriñar todas las características y peculiaridades que la legislación y la jurisprudencia exhiben sobre la responsabilidad del proveedor por daños causados por productos defectuosos, con la idea de que, contando con tales antecedentes, se pudiese enjuiciar, dogmáticamente, si se sostiene en pie el que se haya hecho del proveedor un sujeto responsable en esta legislación especial, aun a título subsidiario. Luego, como paso siguiente, nos resultaba lógico analizar si está fue o no una decisión acertada del legislador Comunitario, pues engarzar la responsabilidad de este agente económico al interior de esta nomenclatura especial, nos planteaba la duda de si ello no ha significado forzar los límites naturales de esta nomenclatura especial y de la realidad económica y comercial que pretendía regular, desdibujando otras legislaciones o regulaciones, que, incluso siendo de Derecho común, podrían haber estado tutelando de mejor manera a quien se ha procurado defender a través de la Directiva 85/374 y sus normas de actuación, asumiendo el hecho que la protección

²³¹⁹ A través de la LPD primero, y luego por el TR, en su Libro Tercero, titulado Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, artículos 128 y ss.

del perjudicado no es la única finalidad perseguida por la Directriz Comunitaria en estudio.

Finalmente, y sin adelantar todavía ninguna conclusión respecto de las 2 inquietudes ya referidas, cabía una última duda: los operadores jurídicos públicos y privados, ¿han creído realmente en la bondad de esta disciplina especial, o, en los casos que deben juzgar, siguen volviéndose hacia las viejas y tradicionales estructuras normativas que, desde centurias, se ocupan de la adecuada reparación de los perjuicios sufridos por las personas, independientemente de la fuente del daño, para encontrar allí las respuestas que requieren para reparar e indemnizar adecuadamente al perjudicado?

II.- CONCLUSIONES.

Veamos a que comentarios y reflexiones pudimos arribar después de finalizar este estudio, los que en forma de conclusiones, enunciamos a continuación.

1.- El productor, como figura central de este régimen especial de responsabilidad, incardina su responsabilidad bajo la tesis del riesgo creado. Por lo pronto, nos parece de suyo evidente, que toda la arquitectura de esta disciplina especial está fundada en la tesis del riesgo creado o de una de sus vertientes, el riesgo de empresa. De modo que la responsabilidad, en este caso, se pone en cabeza de quien obtiene una ganancia o lucro con su actividad. Es decir, quien fabrica para vender en términos empresariales, en un contexto de profesionalidad, debe responder por los daños que causan los defectos de sus productos.

Nótese que el acento está puesto en el origen empresarial y profesional de los productos y no en su cuna industrial, cuestión que no siempre aparece suficientemente enfatizada en la literatura y jurisprudencia disponible.

De modo que el productor es el sujeto en quien se canaliza toda la responsabilidad por productos defectuosos y, por extensión, en todo aquél que intervenga en el proceso productivo de un producto, incluso por la vía de aportar materias primas, insumos o partes o elementos integrantes de un producto final; o por presentarse ante el público como el productor del producto sin serlo, poniendo su nombre, marca, logo o sello en él, como contrapartida a la confianza que genera en el mercado. Y por similares razones, también se considera responsable al importador Comunitario.

Hay aquí una innovación introducida por el legislador Comunitario, no conocida antes en el Sistema Jurídico español, consistente en la creación de este listado de posibles responsables, caracterizados como tales, por el propio legislador. Entendemos que la finalidad de contar con este verdadero elenco de responsables, es dotar al perjudicado de diferentes opciones para perseguir la reparación de su daño. Ello nos permite aseverar, *ab initio*, que el fin perseguido por esta legislación especial no es estrictamente proteger al consumidor, sino, más bien, un elevado interés en lograr una adecuada satisfacción del perjudicado, indistintamente si, como víctima, pueda ser o no enrolado en la categoría de consumidor.

Por último, nos parece concluyente que la tesis del riesgo creado, en cuanto estructurante de toda esta disciplina especial, ha de servir de brújula cada vez que en un caso determinado, no se tenga claro la legitimación pasiva del demandado, al margen de cualquier otra consideración moral, de justicia, de sociabilización del daño, etcétera.

2.- ¿Es verdad que se trata de un sistema de responsabilidad objetivo, o en realidad es objetivo atenuado o cuasi objetivo?

La Directiva 85/374 y sus leyes tributarias declaran que el régimen de responsabilidad por daños provocados por productos defectuosos que imponen, es objetivo, estructurándolo en torno al factor de atribución del riesgo creado, prescindiendo, por ende, de cualquier factor subjetivo de imputación de responsabilidad, propio de un régimen de responsabilidad por culpa. Sin embargo, como vimos, esta declaración inicial admite matices, pues no basta la mera verificación del daño para hacer responsable al productor, ya que igualmente el perjudicado debe probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, por lo que, desde luego, no estamos hablando de una responsabilidad objetiva pura, que se detone con la simple verificación del daño.

Asimismo, este régimen especial de responsabilidad admite la existencia de una serie de causales de exclusión o de exoneración de responsabilidad, con lo que ésta pretendida objetividad, debe considerarse morigerada, pues acontece que, pese a haberse producido un daño por un producto defectuoso, en ciertas circunstancias el legislador Comunitario ha optado por eliminar la responsabilidad del productor. Estas 2 razones permitirían concluir, con sosiego, que es correcto decir que la Directiva 85/374 y el TR dan cuenta de un sistema objetivo atenuado o cuasi objetivo de responsabilidad.

Sin embargo, adicionalmente, podemos encontrar otros argumentos para sostener que, en ciertos supuestos, pareciera que también hay atisbos importantes de subjetividad en el factor atributivo de responsabilidad empleado por el legislador Comunitario, apartándose subrepticamente del factor atributivo del riesgo creado que, como sabemos, es propio de un sistema objetivo de responsabilidad. Nos referimos, concretamente, a la situación que se presenta con la causal de exclusión de responsabilidad de los riesgos del desarrollo, en que: (i) en lo tocante a los conocimientos científicos y técnicos que le son exigibles al productor, al tiempo de introducir el producto en el mercado, podría estar discutiendo sobre un grado de conocimiento reclamable al productor o, si se quiere, sobre lo mejor o peor informado que le es requerible estar al productor, conocimiento que, al faltar o ser incompleto, podría ser considerado como un reflejo de negligencia inexcusable, hipótesis que nos conduciría, inexorablemente, a una valoración de la responsabilidad del productor asentada sobre criterios subjetivos, propios de un sistema de responsabilidad por culpa e impropios de un régimen de responsabilidad que se autodenomina objetivo; (ii) su inclusión dentro de esta legislación especial, también da pábulo para criticar, pues en un sistema objetivo de responsabilidad, el que los daños producidos fueran imprevisibles, no debiera ser óbice para establecer la responsabilidad del productor, pues las consideraciones en torno a previsibilidad o imprevisibilidad del daño, son extrañas a un régimen objetivo de responsabilidad, acercándose así, a un sistema de

responsabilidad subjetivo o por culpa, pues la discusión parece estar centrándose - en la práctica-, en la falta de diligencia del productor para percatarse de la existencia del defecto. De hecho, que el legislador español haya excluido de esta causal de exoneración de los riesgos del desarrollo a los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, permite concluir que tratándose de esta clase de productos, considerados esenciales, la responsabilidad que se consagra es totalmente objetiva, abriendo espacio al reproche que venimos formulando.

3.- Compensaciones o equilibrios al régimen de responsabilidad cuasi objetivo que implementa la Directiva 85/374 y el TR.

En compensación al carácter objetivo del sistema de responsabilidad que crea la Directiva 85/374 y sus leyes de trasposición, el legislador Comunitario estableció una serie de mecanismos de equilibrio o templanza, que en algunos casos, nos parecen inspirados en razones políticas, concesiones o derechamente transacciones entre distintos grupos de interés, más que en consideraciones de dogmática jurídica o buena técnica legislativa, de los cuales, destacamos los siguientes: (i) se contempla un plazo de caducidad de 10 años, para todos los derechos reconocidos al perjudicado, término que corre desde la puesta en circulación del producto defectuoso; (ii) se establece un plazo de prescripción de 3 años, para los derechos y acciones concedidos al perjudicado para reclamar las indemnizaciones de perjuicios a que haya lugar por daños causados por un producto defectuoso, que estén dentro del ámbito de protección implementado por esta legislación especial, que comienza a correr desde la fecha en que el demandante tuvo o debería haber tenido conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor; (iii) se establece un límite temporal, en cuanto esta normativa especial no se aplica a los productos que estaban circulando en el mercado antes del día 8 de julio de 1994, que se corresponde con la fecha de entrada en vigencia de la LPD, norma de trasposición de la Directiva 85/374 en España, que el TR, al derogar la LPD, reitera en su Disposición transitoria tercera; (iv) se fijan una serie de límites cuantitativos o franquicias, sea por daños personales ocasionados por productos idénticos que porten el mismo defecto, límite que no podrá estar por debajo de 70 millones de ECUS; una franquicia de 500 ECUS por los daños materiales; etcétera.

4.- Exclusión de los daños morales de la cobertura brindada por este régimen especial de responsabilidad.

Como vimos, los daños morales y extrapatrimoniales, están excluidos de este régimen especial de responsabilidad, aunque pueden ser resarcidos en conformidad al Derecho común.

Empero y más allá que el perjudicado pueda lograr la reparación integral de sus daños conjugando distintas acciones judiciales, la exclusión de este rubro

indemnizatorio nos parece sumamente compleja y enjuiciable, pues: (i) en el actual panorama del Derecho de Daños, las indemnizaciones por daño moral cada día se hacen más importantes; (ii) es cuestionable que la legislación por daños causados por productos defectuosos no brinde al perjudicado una protección integral, al excluir los daños morales, precisamente por la naturaleza de los daños que puede inferir un producto defectuoso, que normalmente atacan la vida o salud de las personas; (iii) se atenta contra la declarada finalidad de la Directiva 85/374, de uniformar las legislaciones de los países miembros de la UE que lidian con los daños causados por productos defectuosos, pues al remitir este acápite resarcitorio a las soluciones legislativas internas de cada país de la UE, se ha generado un espacio donde pueden encontrarse regulaciones disímiles y, consecuentemente, diversos grados de protección para las víctimas, en lo que pudiera ser la causa de una serie de distorsiones al interior del Mercado Común, que es algo no deseado por el legislador Comunitario y que está en las raíces que justificaron la dictación de la Directiva 85/374.

5.- Este régimen especial de responsabilidad, convive con otras normas jurídicas del Sistema Jurídico español.

Tal y como tuvimos oportunidad de plantear a lo largo de este trabajo, este régimen especial de responsabilidad convive con otras disposiciones del Sistema Jurídico español, de modo que el perjudicado puede perseguir la reparación de los perjuicios sufridos que no estén amparados por esta legislación especial, en otras disposiciones del Derecho común. Esto es, puede invocar conjuntamente las normas especiales del TR sobre daños causados por productos defectuosos y las normas del CC o de otras leyes -incluidas las normas sobre protección al consumidor domiciliadas en el TR- o regulaciones sectoriales que resulten pertinentes, sin ninguna limitación.

Pero además y en algo que pudiera ser sintomático, los perjudicados por un producto defectuoso suelen invocar en sus demandas indemnizatorias, tanto normas jurídicas propias de esta legislación especial, como del Derecho Común, haciendo caso omiso de las normas jurídicas especiales propias del TR sobre daños causados por productos defectuosos.

Y la verdad es que los tribunales no han mostrado ninguna timidez en fundar sus fallos condenatorios en una mixtura de normas jurídicas pertenecientes a regímenes distintos, en un afán indisimulado por conceder indemnizaciones de perjuicios a los perjudicados, probablemente con un alto grado de sentido de justicia, aunque a la postre se pueda estar sacrificando un valor estrictamente jurídico, como es la seguridad jurídica, o, al menos, dando señales de una evidente falta de confianza en este régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, tema sobre el que volveremos más adelante.

6.- El elemento *empresarial* que integra la definición legal de proveedor.

Un punto interesante y que no puede dejar de mencionarse al concluir este trabajo, es que de la hermenéutica del concepto legal de proveedor que consagra el artículo 7 del TR, surge que en la concepción del legislador acerca de este agente económico, está absolutamente presente que el proveedor es un empresario, para aludir a su carácter profesional, que debe considerarse como un elemento integrador de su definición legal, pese a que esta exigencia no figure a texto expreso en la definición de suministrador que consagra la Directiva 85/374, aunque pensamos que debe entenderse como un componente implícito en la caracterización de esta figura.

Esto significa, en una primera lectura, que para ser considerado proveedor, el suministro del producto debe tener una finalidad lucrativa, en el contexto de una actividad organizada profesionalmente. Es por ello que la entrega gratuita de productos, pero con una finalidad empresarial, como podrían ser actividades de marketing, de promoción, de apertura de nuevos mercados, de introducción de nuevos productos al canal, etcétera, configuran propiamente a un proveedor, lo que constituye una pista indesmentible para caracterizar a este sujeto pasivo subsidiario.

Sin embargo, en una segunda lectura, podemos afirmar algo distinto, ya que la finalidad económica podría estar ausente y, pese a ello, encontrarnos frente a un proveedor, pues este agente económico está diferenciado del vendedor en esta legislación especial, lo que significa que podría no existir un precio en la relación jurídico-comercial de que se trate, e igualmente estar frente a un proveedor, lo que destaca la importancia de distinguir entre proveedor y vendedor, pues representa la escisión de este régimen especial de responsabilidad del vínculo contractual entre productor y perjudicado, como elemento de la responsabilidad del productor y, por extensión, del proveedor, en los casos en que su responsabilidad subsidiaria resulte activada.

7.- Requisitos que debe cumplir el perjudicado para hacer responsable al proveedor, según los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR.

Como vimos, el supuesto de responsabilidad del proveedor regulado en los artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, se basa en su falta de colaboración o imposibilidad de identificar al productor del producto defectuoso que dañó al perjudicado, o a alguno de los sujetos asimilados a él en esta legislación especial o, incluso, a su propio suministrador o distribuidor.

Empero, el aspecto sobre el cual deseamos reflexionar puntualmente, se refiere a los datos o información que el perjudicado debe proporcionar al proveedor, cuando lo emplaza para que cumpla con esta carga de identificar al productor del

producto defectuoso, so pena de tener que responder como si fuera el productor de no cumplir con ella.

Como decíamos, el perjudicado debe proporcionar cierta información sobre el producto que teóricamente le causó el daño que alega, para que el proveedor pueda cumplir con esta exigencia de identificar al productor, aspecto que nos parece insuficientemente regulado, tanto en la Directiva 85/374, como en el TR. En efecto, se ha dicho que el perjudicado cumple con su deber, informando (i) el producto de que se trate; o (ii) la clase de producto que le causó el daño; o (iii) entregando una parte de él, si la ha conservado; o (iv) su envoltorio, envase; o (v) al menos los datos que recuerde del producto. Y este es el punto que nos parece criticable, pues estimamos complejo que sea suficiente para el perjudicado cumplir con este mínimo deber que pesa sobre él, entregando lo que podríamos calificar de mínima o mezquina información sobre el producto, pues es obvio que si puede dar por cumplida su tarea entregando tan escasa data, en muchas ocasiones al proveedor le será imposible identificar al productor del producto de que se trate, no porque no quiera hacerlo, o porque no haya sido un administrador ordenado y responsable, sino porque simplemente le resulta imposible hacerlo, en lo que podría representar un espacio de desequilibrio e injusticia en esta regulación especial, que nos parece que el juzgador debiera tener presente al establecer la responsabilidad subsidiaria del proveedor, a fin de que no se transforme esta institución en un arbitrio abusivo, aunque los citados artículos 3.3 de la Directiva 85/374 y 138.2 del TR, realmente no le dan ningún margen para ello.

De *lege ferenda*, entendemos que la regulación de este deber del perjudicado, al menos debiera exigirle entregar todos los antecedentes e información sobre el producto cuyo productor pretende identificar, que estén a su alcance. Vervigracia: (i) lugar y fecha en que lo adquirió; (ii) si lo recibió de manos de un tercero no vendedor, su identificación; (iii) fecha del uso o consumo; (iv) si conserva restos o partes del producto, ofrecerlos; (v) si tiene el empaque del producto, envase, folletos, publicidad, instrucciones, etcétera, acompañar copias; (vi) si tiene un recibo o boleta de venta, adjuntar copia; (vii) si conoce a otros adquirentes del mismo producto, identificarlos; (viii) etcétera.

8.- La real naturaleza de la responsabilidad del proveedor.

Vale la pena preguntarse por la naturaleza de la responsabilidad del proveedor, pues, como hemos visto, evidentemente ella no se afina en la teoría del riesgo creado ni en la del riesgo de empresa, pues el proveedor no fabrica el producto defectuoso, y, lo más importante a nuestro entender, tampoco lo pone en circulación. Por ende, dogmáticamente hablando, su responsabilidad no puede ser objetiva ni objetiva matizada.

Por otra parte, tampoco puede tratarse de una responsabilidad subjetiva, porque su diligencia en cumplir todo aquello que lea sea legal y razonablemente exigible, no es obstáculo para que se declare su responsabilidad subsidiaria por los daños provocados por el defecto de un producto, respondiendo como si fuera el productor, por el hecho de no haber identificado al productor o a alguno de los sujetos equiparados a él o a su propio suministrador, quebranto que claramente no guarda ninguna relación causal con los daños sufridos por el perjudicado.

Entonces, sólo nos resta concluir que en verdad se trata de una responsabilidad legal, impuesta por el legislador Comunitario para no desproteger a las víctimas de accidentes de consumo, a quienes se proporciona la ventaja de implicar a su proveedor en los daños que han sufrido por el defecto de un producto, pues de no ser posible identificar a su productor, pueden demandar al proveedor, quien normalmente es un agente económico fácilmente identificable; con domicilio conocido; factible de llevar a juicio; etcétera.

Ahora bien, más allá de las bondades o deméritos que esta solución legislativa pueda presentar, nos parece evidente concluir que en este caso hablamos de un evento de responsabilidad creado por el legislador.

9.- La cuestionable credibilidad de los operadores jurídicos en este régimen especial de responsabilidad.

Si algo se puede concluir al estudiar la jurisprudencia surgida en España a propósito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, es que no resulta para nada claro que, a partir de esta legislación especial, realmente se esté configurando un cuerpo doctrinal especial con base en la Directiva 85/374 y en el TR.

De hecho, un observador imparcial, perfectamente podría concluir y pronosticar que se siguen y seguirán aplicando los viejos principios indemnizatorios -propios del Derecho común- por los tribunales de justicia, adaptándolos en la medida de lo necesario, a fin de resolver los asuntos de esta índole, cubiertos por la tesis del riesgo creado, tomando como base normativa de sus elucubraciones jurídicas el conocido artículo 1902 del CC²³²⁰, que, interpretado judicialmente con un prisma objetivo en clave riesgo creado (es decir, con un sentido de responsabilidad objetiva), logra dar amplia cobertura a los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos.

Asimismo, es innegable que este recurso a una interpretación generosa del artículo 1902 del CC, con un prisma objetivo, también es un artificio idóneo para sortear la dificultad probatoria que la Directiva 85/374 y el TR ponen de cargo del

²³²⁰ Vid. CC, artículo 1902. "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado."

perjudicado, pues, como se ha dicho insistentemente por la doctrina, a él no le resulta nada fácil probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos extremos. De modo que, como venimos diciendo, resulta un bálsamo adecuado para burlar una prueba dificultosa, la aplicación jurisprudencial objetivada del artículo 1902 del CC.

Por lo demás, esta aparente desconfianza en esta legislación especial, puede haberse visto incrementada por el contundente diagnóstico de la doctrina en torno a la pérdida de umbrales de protección que, en estas materias, significó la entrada en vigencia de la LPD -hoy léase TR-, en relación al régimen objetivo que imponía la LGDCU, tanto respecto de los sujetos responsables, pues hacía responsable directo incluso al proveedor; como de la responsabilidad frente al perjudicado, ya que éste sólo tenía que demostrar el daño y la relación de causalidad entre el consumo y el daño, sin contaminarse con el problema del defecto del producto, amparándosele respecto de todo daño sufrido, sin distinción alguna, conforme disponía su artículo 28.²³²¹

A nuestro entender, la práctica judicial muestra que los perjudicados, regularmente, intentan invocar en sus demandas resarcitorias por daños causados por productos defectuosos, conjuntamente todas las normas jurídicas que estimen atingentes, sean propias del Derecho común, de esta legislación especial o incluso provenientes de alguna regulación sectorial, considerando que todas ellas componen un régimen unitario de responsabilidad civil por daños provocados por productos defectuosos, fenómeno en que podría divisarse una cierta aversión a someter definitivamente al productor y a los demás partícipes en la cadena de valor de un producto, a un sistema de responsabilidad objetiva, lo que explicaría que la conducta real de los demandantes, al fundar jurídicamente sus pretensiones indemnizatorias y la de los tribunales de justicia, al decidir sobre esta clase de demandas resarcitorias, sea optar por un elenco amplio de normas jurídicas, sin constreñirse necesariamente a este régimen especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, dando cabida a valoraciones de reproche, estándares de culpa, inversión de la carga de la prueba, presunciones en favor de la víctima y otros remedios semejantes, pero sin fundar exclusivamente sus condenas indemnizatorias en argumentos propios de la responsabilidad objetiva.

²³²¹ Vid. LGDCU, artículo 28. "1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. 2. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños. 3. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 500 millones de pesetas. Esta cantidad deberá ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo."

Esto no significa desconocer que existan fallos en que realmene la litis se resuelve sobre la única base de las normas jurídicas propias de esta disciplina especial, pues lo que queremos realzar es que sigan dictandose sentencias que prescinden de este régimen especial y se vuelcan a una panoplia de normas de distinta fuente, que son propias de un sistema subjetivo de responsabilidad.

Una última lectura que puede hacerse de esta situación que venimos comentando, es que en el fondo, los tribunales no se convencen de juzgar sobre la base de un sistema objetivo matizado de responsabilidad y abandonar el reproche de culpa, como elemento esencial de todo supuesto de responsabilidad. Ello también explicaría la protección brindada por el TS a los perjudicados por accidentes de consumo, a través de una magnánima hermenéutica del requisito de culpa exigido en el artículo 1902 del CC, que, como dijimos, fue leído y aplicado en clave cuasi objetiva, derivando de un reproche subjetivo puro a uno cuasi objetivo, mezclando ambos sistemas, pero sin abandonar nunca el requisito de la culpa.

10.- Las peculiaridades que presenta la figura del proveedor como sujeto responsable por daños causados por productos defectuosos. Comentarios finales.

Por todo lo dicho hasta aquí, nos parece posible plantear que lo único que caracteriza taxativa y distintivamente a este régimen especial de responsabilidad, es que se ha definido un elenco de responsables concretos y se ha especificado qué bien -entiéndase un producto defectuoso- activan su aplicación.

En lo demás, nos parece que lo referido a las soluciones indemnizatorias que ofrece esta nomenclatura especial, no representan una gran novedad en comparación con las viejas herramientas indemnizatorias del Sistema Jurídico español, sean legales o jurisprudenciales. Y, por el contrario, al actual régimen se le podría acusar de cierta mezquindad, pues como contrapartida a su carácter objetivo, plasma una serie de limitaciones en el ámbito de los daños cubiertos. Sin ir más lejos, es notable que se hayan excluido los daños morales, que, hoy por hoy, representan los perjuicios más demandados en el campo de los litigios por daños, como tuvimos oportubidad de plantear con antelación.

Por último, en relación a la responsabilidad del proveedor dentro de este sistema de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, nos parece concluyente que, pese a que la figura central indiscutida de esta nomenclatura especial es el productor, acontece que se instaló como responsable subsidiario al proveedor, cuando no identifica al productor o importador Comunitario o a su proveedor, en el plazo de 3 meses a contar de que sea requerido al efecto por el perjudicado y si bien existen un sinnúmero de razones de orden práctico para endosarle tal responsabilidad, la verdad es que desde una perspectiva de

sistematicidad y estructura, nos parece que su nominación rompe con los pilares estructurales de este régimen especial de responsabilidad, pues el proveedor nada fabrica en términos económicos y empresariales; tampoco es posible aplicarle la tesis del riesgo creado o del riesgo de empresa y, finalmente, él no pone en circulación el producto defectuoso que causa el daño, que en verdad es el hecho que desata la responsabilidad del productor dentro de este sistema especial de responsabilidad y no la del proveedor.

Por ende, desde un punto de vista meramente dogmático, nos parece que la inclusión del proveedor como responsable, aunque sea indirectamente, es disruptiva. Por así decirlo, no es consistente en términos lógicos, que el proveedor sea un posible responsable dentro de este régimen especial, pues a sus respectos no es predicable ninguna de las razones ni principios que explican la responsabilidad del productor -ni de los sujetos asimilados a él-, la figura por antonomasia de este régimen especial de responsabilidad y sobre el cual se canaliza toda la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Así las cosas, es dable razonar que en la mente del legislador Comunitario han primado razones de orden práctico para su inclusión, prescindiendo de preciosismos dogmáticos. Es decir, se ha tratado de una decisión política que, prescindiendo de la teoría y del dogma, ha optado por privilegiar la posibilidad de indemnizar al perjudicado por un producto defectuoso, en todo trance.

Sin embargo, esta decisión de política legislativa podría ser cuestionada, no sólo desde el ámbito dogmático, sino también en cuanto a su eficiencia, pues antes de la LPD y de su sucesor, el TR, el perjudicado encontraba amplios remedios para lograr ser indemnizado íntegramente, en lo que podríamos llamar un Sistema Jurídico que, por vía legal y jurisprudencial, ofrecía altos grados de protección a las víctimas de accidentes de consumo, incluido el *bystander*, pues la responsabilidad indemnizatoria basada en el artículo 1902 del CC, extracontractual y construida en base al principio del *neminem laedere*, interpretado y aplicado con cariz objetivo y honrando la tesis del riesgo creado, permitían que cualquier perjudicado pudiera enderezar una demanda resarcitoria contra el proveedor, debiendo probar el uso o consumo del producto y el daño, sin tener que bregar con la prueba del defecto ni con la subsidiaridad de su responsabilidad. En este sentido, nos parece concluyente que esta legislación especial degrada la protección del perjudicado, pues si de toda definición se siguen límites o restricciones²³²², lo que ha ocurrido en la práctica, es que el legislador generó un riesgo de indefensión para el

²³²² La palabra definir viene del latín *definire*, que se compone del prefijo "*de*", que indica una dirección de arriba hacia abajo y del verbo "*finire*", que significa terminar. Por ende, *de finis*, representa un final o término, en la idea de poner límites o fronteras a algo, para separarlo de otras cosas limítrofes, para que no se confundan. Por ende, definir significa poner límites o fronteras a un concepto, que lo delimita clara y exactamente y así se evita su confusión con otros conceptos parecidos. Vid. Diccionario Etimológico de la Real Academia Española de la Lengua.

perjudicado, pues frente a una indemnización que en justicia debiera concederse, puede acontecer que el juzgador quede prisionero de los límites y exigencias que consagra esta preceptiva especial, lo que le haga imposible condenar al proveedor a resarcir. En cambio, tanto el antiguo y derogado artículo 28 de la LGDCU, como la aplicación en clave riesgo creado del artículo 1902 del CC, más allá de algunos fallos caprichosos o abusivos, que puntualmente pudieron poner en entredicho la seguridad jurídica, logran un alto grado de protección y un alto estándar de justicia.

Lo único que nos resta decir, es que las reflexiones y dudas que acabamos de plantear acerca de la bondad de la solución legislativa implementada en torno al proveedor como responsable subsidiario del productor, a nuestro entender, están confirmadas por lo que nos muestra la realidad jurídica, que exhibe una clara tendencia de los demandantes y de los tribunales de justicia a no quedarse con las soluciones que ofrece este sistema especial de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos y, más bien, intentan buscarlas en una mixtura de normas jurídicas, que se invocan y conjugan en forma asociada, como integrantes de un todo unitario normativo, que daría cuenta de un sistema de responsabilidad por daños más amplio, al que puede acudir cualquier perjudicado por un accidente de consumo.

11.- *De lege ferenda*: liberación de responsabilidad del proveedor que identifica al productor o importador Comunitario del producto defectuoso, vencido el plazo de 3 meses con que cuenta para ello, sin que todavía haya sido demandado por el perjudicado.

Nos referimos a la conveniencia de una modificación legal encaminada a permitir al proveedor que, aunque estuviese vencido el plazo de 3 meses que tiene para identificar al productor o al importador Comunitario del producto defectuoso y siempre que el perjudicado no haya iniciado una acción judicial resarcitoria en su contra, pueda exonerarse de responsabilidad si proporciona la identidad del productor o del importador Comunitario.

Esta propuesta se sustenta en hecho que el proveedor debe ser una responsable subsidiario y excepcional y si el perjudicado, pese a estar vencido el plazo de 3 meses, todavía no lo demanda, han comenzado a correr los plazos de prescripción y de caducidad que contempla esta legislación especial ante la inactividad judicial del perjudicado. Con la misma lógica, pareciera consistente liberar de responsabilidad al proveedor no emplazado en juicio, si a ese momento ya es conocido el verdadero responsable del daño y lo puede identificar para que el perjudicado enderece su demanda indemnizatoria contra el verdadero responsable del daño.

Pudiera ser que se hiciera responsable al proveedor de los daños que haya experimentado el perjudicado por el retraso en la entrega de esta información, más no de todo el daño causado por el producto defectuoso, pues sería la manera de reencausar esta responsabilidad especial en cabeza de su legítimo y directo responsable -el productor-, aplicando la regla de responsabilidad que está en la base conceptual de este sistema especial de responsabilidad, sin necesidad de aplicar la regla de excepción que hace responsable a quien suministra el producto defectuoso.

12.- De lege ferenda: posibilidad de que el perjudicado pueda demandar directamente al proveedor, sin tener que esperar a que transcurra el plazo de 3 meses con que cuenta este último para identificar al productor o al importador Comunitario del producto defectuoso.

Este comentario apunta a la conveniencia de introducir una reforma normativa en este punto, a fin de permitirle al perjudicado que pueda accionar directamente contra el proveedor, sin tener que esperar que transcurra el plazo de 3 meses que se contempla al efecto.

Creemos que abrir esta posibilidad evitaría la posibilidad de que se produjesen ciertas irregularidades, abusos o ardidés del proveedor emplazado a cumplir con esta carga colaborativa, que deja transcurrir dolosamente el plazo de 3 meses sin identificar al productor del producto defectuoso o a su importador Comunitario o lo hace el último día del plazo, pues: (i) él es el verdadero responsable del daño, dado que el defecto se ha generado durante la etapa de distribución o suministro del producto y está tratando de consumir una prescripción o la caducidad que consagra esta legislación especial; (ii) el proveedor, por la causa que fuese, quiere proteger a su proveedor, al propio productor o al importador Comunitario del producto defectuoso e intencionalmente deja vencer dicho ínterin, a fin de identificarlos el último día del plazo o asumir personalmente el juicio como responsable subsidiario previo concierto con el responsable directo, en el supuesto que su patrimonio fuese menor.

En fin, podemos imaginar muchas hipótesis parecidas, en que el proveedor abuse de este plazo para intentar consumir una prescripción o una caducidad, resquicio que sería fácilmente evitable, si la legislación permitiera al perjudicado accionar de inmediato y directamente contra el proveedor, que emplazado a juicio, pudiera contar con una excepción liberatoria de responsabilidad recogida a texto expreso, consistente precisamente en la identificación del productor o del importador Comunitario e, inclusive, de su propio distribuidor, en la medida que este último, a su turno, no haga valer el derecho a identificar a su propio proveedor.

III.- VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE TRABAJO.

Conforme lo expuesto con antelación, particularmente lo indicado en el apartado 10.- anterior, nos parece que existen razones suficientes para afirmar que es correcta nuestra hipótesis de trabajo, consiste en que, tanto a nivel de Sistema Jurídico, como de práctica jurídica, la incorporación del proveedor como responsable de daños causados por productos defectuosos, aunque sea a título subsidiario del productor, ha sido perturbador dogmáticamente, pues rompe con los principios que inspiraron la Directiva 85/374 y que justifican sus normas, así como sus leyes de trasposición en los países de la UE; y ha significado un retroceso en la protección del perjudicado en España, pues dada la existencia de una legislación especial, el juez ha quedado constreñido a enunciados normativos específicos, que limitan su labor, en detrimento de umbrales más altos de tutela que se conseguían con las normas del Derecho común español; el artículo 28 de la derogada LGDCU y la aplicación con matiz objetivo, en clave tesis riesgo creado, dada al artículo 1902 del CC por el TS.

De esta forma, nos parece evidente que la figura del proveedor como sujeto pasivo de esta legislación especial, en realidad se encamina peligrosamente a un *tertium genus*, que sólo el Derecho vivo, generado en la práctica judicial, podrá ser capaz de desenmarañar y depurar en sus reales alcances y significados.

BIBLIOGRAFIA

-A-

1. AAVV, "Derecho de daños. 1ª parte", La Roca, Buenos Aires, 1996.
2. AAVV, "Derecho de daños. 2ª parte", La Roca, Buenos Aires, 1996.
3. AAVV, "Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Volumen segundo", Bosch, Barcelona, 1993.
4. AAVV, "Estudios sobre el Derecho de Consumo", segunda edición, Iberdrola, Bilbao, 1994.
5. AAVV, "Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios", Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1995.
6. AAVV, 'La regulación aplicable. La aplicación de la LRPD y su incompatibilidad con la LGDCU', en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. mayo/septiembre 200", Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson, Civitas, Madrid, 1983.
7. AAVV, "La Responsabilidad Civil por Productos. Derecho de Daños", Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002.
8. AAVV, "Nueva normativa sobre garantías en la venta de bienes de consumo: aplicación en España de la Directiva 1999/44/CE", en Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 2004.
9. AAVV, "Responsabilidad civil de la empresa", Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, Argentina, 1996.
10. AAVV, "Responsabilidad Civil de la Empresa", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario Pontificia Universidad Católica Argentina, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, Argentina, 1996.
11. AAVV, "Responsabilidade Civil, Seminário Internacional", OABRJ, Editora Justica Cidadania, Rio de Janeiro, 2004.
12. AAVV, "Temas de Seguros, Seguridad y Responsabilidad de Productos", Editorial Mapfre, Madrid, 1986
13. AAVV, ALTERINI, LOPEZ CABANA (DIRS.), "La Responsabilidad, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
14. AAVV, ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALAN GONZALEZ, C., Directoras, "Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso", REUS, Madrid, 2009.
15. AAVV, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., SALAS HERNANDEZ, J., (Coordinadores), "Comentarios a la ley general para defensa de los consumidores y usuarios", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.
16. AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
17. AAVV, GHERSI-WEINGERTEN, Directores, "Defensa del consumidor", Nova Tesis, editorial jurídica, Rosario, Argentina, 2000.
18. AAVV, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Directora), "Derecho de Daños, Segunda Parte", La Roca, Buenos Aires, 1996.
19. AAVV, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (DIRECTOR) – PARELLADA (CORDINADOR), "Derecho de Daños, Segunda Parte, (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)", La Roca, Buenos Aires, 1993.
20. AAVV, MIR PUIG, S.-LUZON PEÑA, D., (coord.), "Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto", Bosch, Barcelona, 1996.
21. AAVV, ORDUÑA MORENO, F. J., Director, "Contratación y Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
22. AAVV, REYES LOPEZ, M. J., coordinadora, "Derecho privado de consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
23. AAVV, REYES LOPEZ, M. J., (Coord.), "Nociones básicas del derecho de consumo", Editorial Práctica del Derecho, Valencia, 1996.
24. AAVV, ROMERO CASABONA, C. M., "Responsabilidad penal y responsabilidad Civil de los profesionales", XXII Coloquio de Derecho Europeo, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1993.
25. AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), "Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe", La Roca, Buenos Aires, 1996.
26. ABEL, R. L., 'A critique of American Tort Law', en Mac Neil, Sargent y Dawson (eds.), "Introduction to private law relationships", North York, Ontario, 1995.
27. ABELIUK MANASEVICH, R., "Las Obligaciones y sus Principales Fuentes del Derecho Civil Chileno", Editores-López-Viancos Distribuidores, Santiago, 1971.

28. ACEDO PENCO, A., *"La aplicación de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su incidencia en los ordenamientos internos. Modificaciones normativas e interpretaciones jurisprudenciales. La oportunidad de una reforma en profundidad"*, en GJUE, núm. 232, 2004.
29. ACKERMAN, M., *"Indemnizaciones tarifadas y reparación integral. Posibilidad de su concurrencia y acumulación"*, en LT, XXIII-B-769.
30. ACOSTA ESTEVEZ, J. B., *"La acción de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE"*, en Act. Civ., 1990-3.
 - *"La actuación de la CEE en materia de responsabilidad por productos defectuosos y reparación de los daños sufridos por el consumidor: adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE"*, en AC, nº 37, 1990.
31. ACOSTA RAMIREZ, V., *"La Responsabilidad Objetiva"*, en Cuadernos Jurídicos N° 6, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, noviembre, 1996.
32. ACUÑA ANZORENA, A., *"Estudios sobre la responsabilidad civil"*, Actualizado por Augusto Mario Morillo, Librería Editora Platense, La Plata, 1963.
 - *"Forma de la reparación en materia de otro ilícitos"*, en LL, 120-478.
 - *"La reparación del agravio moral en el Código Civil"*, en LL, 16-536.
33. AGOGLIA, M. M., BORAGINA, J. C., MEZA, J. A., *'La Empresa Moderna y la Responsabilidad Contractual por el Hecho Ajeno'*, en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996.
 - *"Responsabilidad por incumplimiento contractual"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
34. AGUIAR, H. D., *"Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley, 5 vols."*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950/52.
35. AGUILAR-CARROSA I CASTELLA, S., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en España y en la Unión Europea"*, en La Ley, V, 1997.
36. AGUILERA, A., *"La protección de los consumidores"*, en Revista de Derecho Mercantil, 1981.
37. AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, M., *"Aspectos Procesales Relevantes del Proceso Colectivo para la Defensa de los Derechos del Consumidor"*, en Ciclos de Charlas Los Martes al Colegio, Colegio de Abogados de Chile A.G., Charla dictada el martes 23 de junio de 2009.
38. AIDA, *"Responsabilidad civil de productos"*, Comité de Gestión de AIDA, Sección española, Madrid, 1983.
39. AIDA, *"Responsabilidad por productos defectuosos. Estudio comparado entre las legislaciones española y comunitaria"*, Comité de Gestión de AIDA, Sección española, Madrid, 1983.
40. AIDA, *"Responsabilidad civil por productos defectuosos, estudio comparado entre las legislaciones comunitarias y española"*, Comité de Gestión de AIDA, Sección española, Madrid, 1986.
41. AIMONE GIBSON, E., *"Derecho de Protección al Consumidor"*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1998.
42. ALARCON FIDALGO, J., *"La responsabilidad civil en el año 1984 (jurisprudencia, legislación y comentarios)"*, en RES, nº 41, 1985.
 - *"Últimas tendencias del seguro de responsabilidad civil de productos en Estados Unidos"*, en Seguridad y Responsabilidad de Productos, MAPFRE, Madrid, 1986.
43. ALBADALEJO, M., *"Curso de Derecho civil Español, II Derecho de obligaciones"*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1984.
 - *"Derecho civil, II-1, Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general"*, Bosch, Barcelona, 1983.
 - *"Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones, II"*, Bosch, Barcelona, 1982.
 - *"Derecho civil I, Vol. 1ª"*, Bosch, Barcelona, 1985.
44. ALCARAZ VARO, E., Nota del traductor, en SEROUSSI, R., *"Introducción al Derecho inglés y norteamericano"*, Ariel Derecho, Madrid, 1998.
45. ALCOVER GARAU, G. *"La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho Español"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1990.
 - *"La responsabilidad civil del fabricante"*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Volumen XIX, Madrid, 1993.
46. ALESSANDRI BESSA, A., *"El Contrato Dirigido"*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVIII, Primera parte, Santiago, 1941.

- *"La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil)"*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1949.
47. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *"De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno"*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.
48. ALEXANDER, G., *"Commercial Torts"*, Michie Co., Virginia, 1988.
49. ALEXANDRIDOU, E., ALPA, G., CAPPONI, C., SCHUSTER, A., WHINCUP, M., *"La responsabilité du fait des services défectueux dans la CEE; vers l'introduction d'un principe de responsabilité sans faute dans le chef des prestataires de services"*, en Centre de Droit de la Consommation, Louvain-La Neuve, 1989.
50. ALFARO AGUILA REAL, J., *"Las Condiciones Generales de la Contratación"*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- *"Protección de los consumidores y derecho de los contratos"*, en ADC, 1994.
51. ALMOGUERA CARRERES, J., *"Lecciones de Teoría del Derecho"*, RENS S.A., Madrid, 1995.
52. ALONSO PEREZ, M., 'La tutela del Derecho civil frente a inmisiones molestas y nocivas', en *"Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, tomo IV, Derecho civil y Derecho público"*, Civitas, Madrid, 1996.
53. ALPA, G., *"Appunti sul dibattito in materia di disciplina comunitaria sulla circolazione dei prodotti difettosi"*, en Riv. Dir. Comm, 1979.
- *"Appunti sul quarto progetto di Direttiva comunitaria in materia di responsabilità del fabbricante"*, en Rivista delle Società, Giuffrè, Milano, 1980.
- *"Aspetti e problemi di diritto comunitario in materia di responsabilità del produttore"*, en Rivista delle Società, Giuffrè, Milano, 1976.
- *"Circolazione dei prodotti e responsabilità del fabbricante in diritto nord-americano"*, en Riv. Dir. Comm. I, 1971.
- *"Compendio del nuevo derecho privado"*, ed. UTET, Torino, 1985.
- *"Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa"*, Giuffrè, Milano, 1980.
- *"Diritto Privato dei Consumi"*, Il Mulino, Bologna, 1986.
- *"Il diritto dei consumatori"*, Laterza, Bari, 1995.
- *"La actuación de la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad del productor"*, en EC, nº 16, 1989.
- *"La actuación de la directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor"*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1991.
- *"L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del fabbricante. Problemi di terminologia e scelte legislative"*, en RJC, mayo-agosto, 1987.
- *"La dottrina sulla responsabilità del produttore. Il rischio d'impresa alle soglie del 1992"*, en Centenario del Código Civil, T. I., Universidad Complutense, 1989.
- *"La responsabilità civile, 2 vols., 2ª ed."*, Giuffrè, Milano, 1980.
- *"La responsabilità civile, Trattato di diritto civile, vol. 4"*, Giuffrè, Milano, 1999.
- 'La responsabilità del produttore nei progetti comunitari', en *"Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa, Diritto Italiano ed esperienze straniere"*, Giuffrè, Milano, 1980.
- *"La responsabilité civile en Italie: problèmes et perspectives"*, en Reviu Internationale de Droit Comparé, nº 4, continuación del Bulletin de la Société de Législation Comparée, Octubre-Diciembre de 1986.
- *"La responsabilité du fabricant dans les projets de droit uniforme"*, en RIDC, 1997.
- *"Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998"*, en AC, nº 2, 1999.
- *"Responsabilità del fabbricante e diritto uniforme"*, en Riv., Trim. dir. e proc. civ., 1975
- *"Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore"*, Giuffrè, Milano, 1975.
- *"Responsabilità per danno de prodotti difettosi: la direttiva CEE"*, en Riv. Soc., 1985.
- *"Tratato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia"*, diretto da GALGANO, vol. XIII, Cedam, Padova, 1989.
54. ALPA, G., BESSONE, M., *"Atipicità dell'illecito, I profili dottrinati"*, Giuffrè, Milano, 1977.
- *"Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa"*, Giuffrè, Milano, 1980.
- *"Il consumatore e l'Europa: raccolta e un commento di testi e materiali della Comunità Economica Europea del Consiglio d'Europa"*, Cedam, Padova, 1979.
- *"La responsabilità civile"*, 2ª edición, Giuffrè Editore, Milano, 1980.

- "La responsabilidad civil. I prospectiva storica - colpa aquiliana illecito contrattuale. II responsabilità oggettiva - rischio d'impresa prevenzione del danno", 3ª edizione, aggiornata a curia di Pietro Maria Pultri, Giuffrè, Milano, 2001.
- "La responsabilità del produttore", Giuffrè, Milano, 1987.
55. ALSINA ATIENZA, D. A., "Carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", en JA, 1958-III-591.
56. ALTERINI, A. A., "Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual", en LL, 1988-B-947
- "Contornos actuales de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- "Responsabilidad civil", 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- "Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil", Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.
- 'Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza', en AAVV, KEMELMAJER DE CARLUCCI (DIRECTOR), PARELLADA (COORDINADOR), "Derecho de Daños, Segunda Parte, (Homenaje a Félix A. Trigo Represas)", La Roca, Buenos Aires, 1993.
57. ALTERINI, A. A., LOPEZ CABANA, R. M., "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", en La Ley, Buenos Aires, 1988.
- "Derecho de daños", La Ley, Buenos Aires, 1992.
- 'La responsabilidad', en "Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- "Reformas al Código Civil, Tomo V", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- "Responsabilidad Civil", Dike, Medellín, 1995.
- 'Responsabilidad civil por daños al consumidor', en "Cuestiones modernas de responsabilidad civil", en La Ley, 1988.
- "Temas de Responsabilidad Civil", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
58. ALTERINI, J. M., PICASSO, S., WAJNTRAUB, J. H., "Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
59. ALVARADO VELLOSO, A., "Estudio jurisprudencial del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe", Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1986.
60. ALVAREZ LATA, N., "Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil", Comares, Granada, 1998.
61. ALVAREZ MORENO, M. T., "El desistimiento Unilateral en los contratos con condiciones generales", Edersa, Madrid, 2000.
62. ALVAREZ OLALLA, P., "La responsabilidad por defectos en la construcción", Aranzadi, 2002
- "La responsabilidad por defectos en la edificación. El Código Civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación", Cuadernos Aranzadi Civil, Pamplona, 2002.
63. ALVARIÑO VEGA, C., "Responsabilidad civil por daños causados por producto defectuoso. Concepto y definición de producto defectuoso", en Práctica de Derecho de Daños, núm. 17, junio 2004.
64. AMARILLA, M., ALAMO, C., "El consentimiento en la utilización de fármacos", Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá; Alcalá, 2000.
65. AMAT ESCANDELL, L., LLAMBART BOSCH, D., 'La defensa de los consumidores y la responsabilidad civil por productos agroalimentarios defectuosos', en "Régimen Jurídico de la Seguridad y Calidad de la Producción Agraria, IX Congreso Nacional de Derecho Agrario", coord. por DE PABLO CONTRERAS, P., SANCHEZ HERNANDEZ, A., Gobierno de La Rioja, Logroño, 2002.
66. AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.), "Restatement of the Law, Second, Of Torts", St. Paul, Minnesota, 1965.
67. AMERICAN LAW INSTITUTE (ed.), "Restatement Third, Torts: Products Liability", St. Paul, Minnesota, 1998.
68. AMOROS GUARDIOLA, M., "Las Limitaciones de la Autonomía de la Voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", Tomo XXXVI, fascículo III, en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1983.
69. ANDORNO, L., "La ley francesa 98-389 del 19 de mayo de 1998 de responsabilidad por el hecho de productos defectuosos", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 3, junio 1999.
- "La protección del consumidor en el derecho francés", La Plata, 1984.
- "La reparación del daño moral", Zeus, Buenos Aires, 1986.
- "La responsabilidad del acto médico efectuado en equipo", en ED, 159-1034
- "La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente", en Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, PUCA, nº V, Rosario, 1983.

- 'La responsabilidad por los daños causados por los productos elaborados en el ámbito del Mercosur', en *"Derecho de daños, segunda parte. Homenaje a Félix Alberto Trigo Represas"*, La Roca, Buenos Aires, 1993.
 - "Responsabilidad Civil de la Empresa por Productos Elaborados", en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, Argentina, 1996.
 - *"Responsabilidad civil de la empresa por productos elaborados"*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, T. I, Rosario, 1997.
 - 'Responsabilidad Civil de la Empresa por Productos Elaborados', en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996,
 - *"Responsabilidad por los productos defectuosos (La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas visto desde la República Argentina)"*, en LL, 1986-E-445.
70. ANDORNO, L., et al, *"Daño y protección a la persona humana"*, La Roca, Buenos Aires, 1993.
 71. ARAGON REYES, M., *"Libertades económicas y Estado social"*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
 72. ARCOS VIEIRA, M. L., *"Responsabilidad civil: nexa causal e imputación objetiva en la Jurisprudencia"*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
 73. AREAL LUDEÑA, S., *"La responsabilidad del fabricante de aeronaves en los Estados Unidos: Estudio de Derecho Internacional Privado"*, Dykinson, Madrid, 1997.
 - *"El Seguro Aeronáutico. Especial referencia a la responsabilidad del fabricante de producto defectuosos"*, Editorial Colex, Madrid, 1998.
 74. ARROYO I AMAYUELAS, E., *"El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Desarrollo del Derecho Privado"*, en RcdI, núm. 672, 2002.
 75. ASHTON T. S., *"La Revolución Industrial"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
 76. ASHWORTH, J. S., *"Product Liability Casebook: Leading US and UK Judgments"*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1984.
 77. ATAZ LOPEZ, J., *"La legitimación pasiva en la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en INIURIA, n° 5, 1995.
 78. ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *"Ilícitos atípicos"*, Trotta, Madrid, 2000.
 79. AVILES GARCIA, J., *"Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CEE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo"*, en NUE, núm. 207, abril, 2002.
 80. AVILES MUÑOZ, M., *"Utilización de fármacos: desde el consentimiento a la responsabilidad contractual"*, en La Ley, núm. 5542, 2002.
 81. AWFORD, I., *"Strict Product Liability in Europe, a revolutionary change?"*, en Product Liability International, núm. 13, 1991.
 82. AYRAL, M., *"La transposition des directives dan les Droit nationaux"*, en RMC, 1977.
 83. AZAGRA, A., *"Protección del consumidor y responsabilidad por producto defectuoso"*, en InDret, n° 3, 2004.
 - *"No Duty to Trespassers. Comentario a la STS, 1ª, 12.2.2003"*, en InDret, n° 4, 2003, Working Paper n° 177, Barcelona, octubre de 2003.
 84. AZPARREN LUCAS, A., *"La supervivencia de la ley de consumidores tras la entrada en vigor de la ley de productos defectuosos"*, en EC, n° 54, 2000.
 - *"Responsabilidad civil y ley de consumidores"*, Consejo General del Poder Judicial, Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación (Plan Territorial de Asturias), 1993.
 85. AZPEITIA, G. A., LOZADA, E., MOLDES, A. J. E., *"El daño a las personas: sistemas de reparación Doctrina y jurisprudencia"*, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.

-B-

1. BADIE GIMENEZ, A., *"Calidad: enfoque ISO 9000"*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1998.
2. BALCELLS I CABANAS, J. M., *"La responsabilidad del vendedor y la garantía de los bienes de consumo"*, en RJC, núm. 1, 2005.
3. BALLARIN MARCIAL, A., *"La seguridad alimentaria en España"*, en Riv. Dir. Agraria, núm. 2, abril-junio, 2003.
4. BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *"Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de Autonomía de la Voluntad"*, Bosch, Barcelona, 1999.

5. BALLESTEROS POMAR, R., DIAZ-RUBIO ARMATE, A., FIGUEROLA, M. J., GARCIA IBAÑEZ, J., *"Responsabilidad civil por medicamentos defectuosos"*, en VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario- Fundación MAPFRE, medicina, 2001.
6. BANCHIO, E. C., *"Responsabilidad obligacional indirecta"*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
7. BANDO CASADO, H. C., *"Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor"*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1986.
8. BARASSI, L., *"Diritti reali nel nuovo codice civile"*, Giuffrè, Milano, 1943.
9. BARCELONA, P., *"Diritto Privato e Processo Economico"*, segunda edición, Jovene Editore, Napoli, 1984.
10. BARCELO, M., *"Un sistema integrado de calidad industrial para España"*, en Economía Industrial, nº 27, enero-febrero, 1986.
11. BARCELO DOMENECH, J., *"Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes"*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
12. BARENGHI, A., *"In merito alla responsabilità del produttore, importatore e fornitore di farmaci dannosi per la salute"*, en NGCC, I, 1992.
- *"In tema di farmaci difettosi"*, Giur. it., I, 1992.
13. BARGAGNA, M., BUSNELLI, F. D., *"Prospettive europee di razionalizzazione del risarcimento del danno non economico"*, en Danno e Resp., núm. 1, 2001.
14. BARRERA GRAF, J., *"La responsabilidad del producto en el derecho mexicano"*, en RDCO, 1978-706.
15. BARRON DE BENITO, J. L., *"Algunas precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil judicial"*, en RES, nº 93, 1998.
- *"Responsabilidad de productos: sujetos responsables y causas de exoneración"*, en RDSP, enero-febrero, 1995.
16. BARROS DE CASTRO, A., LESSA, C. F., *"Introducción a la economía"*, Editorial Siglo Veintiuno, Madrid, 1974.
17. BARROS ERRAZURIZ, A., *"Curso de Derecho Civil"*, Imprenta Cervantes, Santiago, 1907.
18. BARROS SANTOS, C., *"La información alimentaria del consumidor en relación con su seguridad"*, en Alimentaria, núm. extraordinario, mayo, 2001.
19. BATLLE VASQUEZ, M., *"Los daños causados por filtración o caída de líquidos"*, en AUM, 1962-63.
20. BATTIFOL, H., *"La loi applicable à la responsabilité du fait des produits"*, en RCDIP, 1973.
21. BAUDRILLARD, J., *"La Sociedad de Consumo"*, Plaza y Janés, Barcelona, 1974.
22. BAYLOS CARROZA, H., *"Tratado de Derecho industrial"*, Civitas, Madrid, 1978.
23. BEAN, M. M., *"Fatal Flaws in the Food and Drug Administration's Drug-Approval Formula"*, en Utah Law Rev. 881, 2003.
24. BECK, U., *"De la sociedad industrial a la del riesgo. Cuestiones de supervivencia. Estructura social e ilustración ecológica"*, en Revista de Occidente 150, noviembre 1993.
- *"La sociedad del riesgo global"*, Edit. Siglo Veintiuno, Madrid, 2002.
- *"La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad"*, Paidós, Barcelona, 1998.
- *"La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida"*, Paidós, Barcelona, 2008.
- *"Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen, Frankfurt am Main"*, Suhrkamp Verlag, 1991.
25. BECK, U., BONSS, W., LAU, C., *"The Theory of Reflexive Modernization: Problematic, Hypotheses and Research Programme"*, en Theory, Culture & Society, vol. 20, nº 2, 2003.
26. BELLIDO BARRIO NUEVO, M., *"La Directiva Comunitaria"*, Dykinson, Madrid, 2003.
27. BELLO JANEIRO, D., *"Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios"*, en RGD, núm. 585, octubre, 1993.
28. BELLUSCIO, A. C. (dir.), ZANNONI, E. A., (coord.), *"Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado"*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
29. BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, O., *"El incumplimiento de las obligaciones"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990.
30. BELTRAN SANCHEZ, E., *"La unificación del derecho privado"*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.
31. BENJAMIN, A. A., *"Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e de reparação dos danos"*, en *"Comentarios ao Código de Proteção do Consumidor"*, Saraiva, Sao Paulo, 1991.
- *"El Derecho del consumidor"*, en JA, Ng 5830, 1993.
- *"Função ambiental, em Dano ambiental, prevenção, reparação e repressao"*, Biblioteca de Directo Ambiental, Rev. dos Tribunais, Sao Paulo, 1995.

32. BENTHAM, J., *"Tratado de Legislación Civil y Penal"*, ed. Editora Nacional, Madrid, 1981.
33. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., *"La protección de los consumidores en el Derecho español"*, en EC, nº 1, 1984.
- 'La protección de los consumidores, la constitución española y el Derecho Mercantil', en *"Lecturas sobre la Constitución española"*, UNED, Madrid, 1978.
34. BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R., *"Airbag"*, en AC, núm. 14, 2000.
- *"Comentario a la STS de 23 de junio de 1993. Responsabilidad del productor por daños causados al consumidor: responsabilidad objetiva, nexo causal, caso fortuito; culpa del consumidor"*, en CCJC, núm. 33, septiembre-diciembre, 1993.
 - *"Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991. (Protección del consumidor: garantía del fabricante; plazo de ejercicio de la acción (caducidad); indemnización (incongruencia)"*, en CCJC, núm. 26, abril-agosto, 1991.
 - *"Comentario a la STS de 29 de mayo de 1993. (Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Deber de información acerca del producto. Concurrencia de culpa de la víctima)"*, en CCJC, núm. 32, abril-agosto, 1993.
 - (coord.), *"Comentarios a la ley de Condiciones Generales de la Contratación"*, Aranzadi, Navarra, 2000.
 - *"Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos (Comentario a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 23 de octubre de 1989 y de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 3ª, de 15 de enero de 1990)"*, en PJ, Segunda Época, núm. 20, diciembre, 1990.
 - *"El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro ordenamiento"*, en EC, nº 34, 1995.
 - *"La adaptación del Derecho español a la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en EC, nº 12, 1987.
 - 'La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - *"La responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985"*, en EC, nº 7, 1986.
 - 'La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios', en *"Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores"*, dir. por BERCOVITZ, R., BERCOVITZ, A., Tecnos, Madrid, 1987.
 - *"La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux Dans le Droit Espagnol: L'adapatation à la directive 85/374/CEE"*, en *Revue Européenne de droit privé*, Vol. 2, 1994-2.
 - *"Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Deber de información. Concurrencia de culpa de la víctima"*, en CCJC, nº 32, abril-agosto, 1993.
 - *"Responsabilidad por productos defectuosos"*, en ArC, nº 14, noviembre 1998.
35. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., *"Estudios Jurídicos sobre la Protección de los Consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1987.
- *"La nueva ley de patentes: ideas introductorias y antecedentes"*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - *"La Protección de los Legítimos Intereses de los Consumidores"*, Tecnos, Madrid, 1997.
36. BERCOVITZ, A., BERCOVITZ, R., CALZADA CONDE, M. A., *"Borrador para la elaboración de un anteproyecto de Decreto sobre seguro de responsabilidad civil para daños ocasionados por productos defectuosos"*, en EC, nº 17, 1989.
37. BERCOVITZ, R., SALAS, J. (Coordinadores), *"Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*, Civitas, Madrid, 1992.
38. BERG, O., *"La notion de risque de developpement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux"*, en JCP, nº 27, 1996.
39. BERGEL, S., PAOLENTINO, M., *"Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor"*, en ED, noviembre, 1993.
40. BERMEJO VERA, J., *"Aspectos jurídicos de la protección del consumidor"*, en RAP, núm. 87, 1978.
- 'La protección del consumidor en la Comunidad Europea', en *"Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen segundo"*, Bosch, Barcelona, 1992.
41. BERNARDI, A., *"La responsabilidad por el producto en el sistema italiano: notas sancionadoras"*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005.

42. BESSONE, M., *"La responsabilità del produttore"*, Resp. Civ. E prev., 1977.
43. BIANCA, C. M., *"Diritto civile, vol. 5, La responsabilità"*, Giuffrè, Milano, 1994.
44. BIN, M., 'L'esclusione della responsabilità', en *"Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia. vol. XIII"*, dirigido por Francesco Galgano, Cedam, Padova, 1989.
45. BISBAL MENDEZ, J., *"La responsabilidad extracontractual y la distribución de los costes del progreso"*, en Revista de Derecho Mercantil, 1983.
46. BISHOP, J. P., *"Commentaries on the non contract law and especially as to common affairs not of contract or the every-day rights and torts"*, T. H. Flood, Chicago, 1989.
47. BLACK'S LAW DICTIONAR, West Publishing Co., St. Paul, 1990.
48. BLANCO GIRALDO, F., *"La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco"*, en Revista de Derecho de los Seguros Privados, núm. 1, enero -marzo, 2000.
49. BONASI BENUCCI, E., *"La responsabilidad civil"*, trad. Fuentes Lojo y Peré Raluy, Bosch, Barcelona, 1958.
50. BONCINI, E., *"La responsabilità civile"*, Giuffrè, Milano, 1971.
51. BONET RAMON, F., *"Responsabilidad legal (estricta)"*, en RGLJ, 1981.
52. BONET RAMON, F., BONET BONER, F. V., 'Responsabilidad civil nuclear', en *"Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas, t. V"*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
53. BONIFANTI, M. A., *"Derecho del Consumidor y del Usuario"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
54. BORDA, G. A., *"La reforma de 1968 al Código Civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
 - *"La responsabilidad del fabricante de productos elaborados (a propósito de un fallo de la Sala D de la Cámara Comercial de la Capital)"*, en ED, 136-564.
 - *"Tratado de Derecho civil argentino-Obligaciones"*, Perrot, Buenos Aires, 1972.
 - *"Tratado de derecho civil, Contratos"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
 - *"Tratado de derecho civil, Parte General"*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
55. BORELL MACIA, A., *"Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil"*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1958.
56. BOTANA GARCIA, G. A., *"Comercio electrónico y protección de los consumidores"*, en La Ley, Madrid 2001.
 - *"Incidencia de los instrumentos de Derecho comunitario en la protección de consumidores"*, en AC, nº 4, 1993.
 - *"Noción de consumidor en el Derecho comparado"*, en EC, nº 18, 1990.
57. BOTANA GARCIA, G., RUIZ MUÑOZ, M. (COORDINADORES), *"Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores"*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
58. BOTIJA BELTRAN, M. A., *"La responsabilidad del productor"*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 1, 1986.
 - *"Protección de los consumidores: la adaptación de la normativa española en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en GJCE, 1989.
59. BOURGES, L. A., *"La interpretación de la Directiva 85/374/ CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas"*, en GJUE, núm. 222, 2002.
 - *"La revisión de la Directiva 85/374/CEE relativa a los daños causados por productos defectuosos se retrasa..."*, en Revista de Derecho Alimentario, núm. 18, 2006.
60. BOURGOIGNE, T., *"Elementos para una teoría del derecho de consumo"*, trad. Esp., Vitoria, Gobierno Vasco, 1994.
 - *"European Consumer Law. Prospects for integration of consumer law and policy within the European community"*, Louvain-La-Nueve, 1982.
61. BREBBIA, R. H., *"Actas del IV Congreso de Derecho Civil"*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1971.
 - *"El daño moral"*, 2ª edic., ORBIR, Rosario, 1967.
 - *"La relación de causalidad en el Derecho Civil"*, Edición Iuris, Rosario, sin fecha.
 - *"Responsabilidad objetiva y daño moral"*, en ED, 91-426.
 - *"Responsabilidad precontractual"*, La Roca, Buenos Aires, 1987.
62. BRESSAND, A., DISTLER, C., *"El mundo del mañana"*, traducción de Jesús Ruiz, Ed. Planeta, Barcelona, 1986.
63. BROSETA PONT, M., 'Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los consumidores', en *"Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

64. BUCHANAN, C. S., "Product liability defenses under the Model Uniform Product Liability Act and State Legislation", en The Forum, 1980.
65. BUERES, A. J., "Derecho de daños", Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
 - (dir), "El acto ilícito", Hammurabi, Buenos Aires, 1986.
 - "Responsabilidad contractual objetiva", en JA, 1989-II-965
 - "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, 2 Tomo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
66. BUERES, A. J., KEMELMAJER, A., "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.
67. BUITRAGO, J., "El daño punitivo en la responsabilidad civil", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 33.
68. BURLAS, L., COUSO, J., en ETCHEVERRY, R., "Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial, t.1", Astrea, Buenos Aires, 1991.
69. BURROWS, A., "Remedies for torts and breach of contracts", Butterworhts, London, 1987.
70. BUSSO, E. B., "Código Civil, anotado", Ediar, Buenos Aires, 1949.
71. BUSSANI, M., VENCHIARUTTI, A., "Colpa oggettiva e colpa soggettiva, La responsabilità civile", Giuffrè, Milano, 1988.
72. BUSTAMANTE ALSINA, J. H., "Concesión de venta de automotores. El contrato de adhesión y el principio de la buena fe", en LL, 152-251.
 - "El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio", en ED, 124-656.
 - "La obligación de seguridad en el transporte", en LL, 1990-D-96.
 - "La Responsabilidad Colectiva en el resarcimiento de los daños", en La Ley, Tomo 142.
 - "Los concurrentes a los partidos de fútbol están amparados por la obligación de seguridad impuesta a los organizadores del espectáculo por el artículo 33 de la ley 23.184", en LL, 1994-D-429.
 - "Prueba de la culpa", en LL, 99-888.
 - "Responsabilidad Civil por Productos Elaborados en el Derecho Civil Argentino", en La Ley, Tomo 143.
 - "Responsabilidad Civil por productos elaborados y defectuosos", en LL, diciembre, 1992.
 - "Responsabilidad Civil y Otros Estudios", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
 - "Teoría General de la Responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
73. BUSTO LAGO, J. M., "La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual", Tecnos, Madrid, 1998.
 - "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", en AJA, núm. 542, julio, 2002.
74. BUSTOS PUECHE, J. E., "Juicio crítico al pretendido Derecho de consumo", en La Ley, 1993.

-C-

1. CABALLERA SANCHEZ, E., "El Consumidor de Seguros: Protección y Defensa", Editorial Mapfre, Madrid, 1997.
2. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., NELLY, J. A., "Contrato de garaje", en LL, 1989-E-623.
 - "Contratos de colaboración empresarial", Heliasta, Buenos Aires, 1987.
3. CABANILLAS SANCHEZ, A., "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento", en Revista Española de Seguros, núm. 55, julio-septiembre, 1988.
 - "Las obligaciones de actividad y de resultado", Bosch, Barcelona, 1993.
4. CALABRESI, G., "El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil", Ariel, Barcelona, 1984.
 - "Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts", en The Yale Law Journal, 1961.
 - "The cost of accidents. A legal and economic analysis", en Chelsea (Michigan), 1970.
5. CALABRESI, G., HIRSCHOFT, G., "Toward a Test for Strict Liability in Tort", en 81 Yale Law Journal 1055.
6. CALAIS-AULOY, J., "Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE, 25 avril 2002)", en Le Dalloz, núm. 31, Paris, 2002.

7. CALLEJO RODRIGUEZ, C., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª) de 13 de mayo de 1994 (Responsabilidad por daños ocasionados por producto defectuoso suministrado con ocasión de la prestación de un servicio sanitario por una entidad pública)", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 85, 1994-1995.
8. CALVAO DA SILVA, J., "Responsabilidade civil do produtor", Livraria Almedina, Coimbra, 1990.
9. CALVINO, "La responsabilità del produttore e i coobbligati solidali", en Diritto ed Economia, nell'assicurazione, 1993.
10. CALVO ANTON, M., "La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad", en Cuadernos de Estudios Empresariales nº 4, 31-55, Edit. Complutense, Madrid, 1994.
11. CALZADA CONDE, M. A., "El seguro voluntario de responsabilidad civil", Montecorvo, Madrid, 1983.
 - en AAVV, BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., SALAS HERNANDEZ, J., (coord.) "Comentarios a la ley general para defensa de los consumidores y usuarios", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.
 - "Responsabilidad y seguros en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios", en EC, número extraordinario, 1987.
12. CAMMAROTA, A., "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", Depalma, Buenos Aires, 1947.
13. CAMPBELL, D., "International Product Liability", Lloyd's of London Press Ltd., London, New York, Hamburg, Hong Kong, 1993.
14. CAMPUZANO TOME, H., "La responsabilidad por los daños originados por la actividad empresarial", Tecnos, Madrid, 1997.
15. CANE, P., "Tort law and economic interests", Oxford University Press, Oxford, 1991.
16. CANO, G., "Introducción al derecho ambiental argentino", en LL, 154-914.
17. CAÑIZARES RUBINI, F. J., "La asbestosis: un reto para el seguro de responsabilidad civil, seguridad y responsabilidad de producto", en Colección Temas Básicos de Seguros, MAPFRE, Madrid, 1986.
 - "El seguro de responsabilidad civil de productos. ¿Se puede hablar de una superación de las garantías clásicas?", en Responsabilidad Civil de Productos, Comité de Gestión de AIDA. Sección Española, Madrid, 1983.
18. CAPPELLETTI, M., "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi", en Giurisprudenza Italiana, Turín, 1975.
19. CARBONNIER, J., "Derecho civil, vol. III, Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones", trad. M. M. Zorrilla Ruíz, Bosch, Barcelona, 1971.
20. CARDENAS QUIROS, C., MARTINEZ COCO, E., 'El Moderno Contenido de la Responsabilidad Precontractual a partir de las Relaciones de Consumo', en AAVV, BUERES, ALBERTO JESUS, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, DIRECTORES, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
21. CARNEVALI, U., "La responsabilità del produttore", Giuffrè, Milano, 1979.
 - "Responsabilità da prodotto per difetto di fabbricazione (nota alla sentenza Trib. Monza 20 luglio 1993)", en I Contratti, 1993.
 - "Responsabilità del produttore e prova per presunzioni", en Resp. civ. e prev., 1996.
22. CARRASCO ARIAS, V., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española', en AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros", Editorial Mapfre, Madrid, 1986.
23. CARRASCO PERERA, A., "Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
 - "Efecto perverso en las Directivas de Consumo", en Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 541, 2002.
24. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. GONZALEZ CARRASCO, C., "Derecho de la construcción y la vivienda", Dilex S.A., Madrid, 1997.
25. CARRASCO PUERA, A., "Fumar es un placer", en AJA, núm. 513, febrero, 2004.
26. CARTOU, E., "La transposition en droit français de la directive sur la responsabilité du fait des produits", en PA, nº 44, 1997.
27. CARTWRIGHT, P., "Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory and Policy in the UK", en Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
28. CASAS DE CHAMORRO VANASCO, L. M., "Lineamientos fundamentales para la protección de las víctimas de daños por productos elaborados", en ED, 121-924.

29. CASAS PLANES, M. D., *"La función de la responsabilidad civil"*, en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 29, julio-agosto, 2005.
30. CASAS VALLES, R., *"Defensa de los consumidores y Derecho civil"*, en *RJC*, 1992.
31. CASIELLO, J. J., *"Reponsabilidad civil por los productos elaborados"*, en *LL*, 1981-D-1192.
32. CASTAN TOBEÑAS, J., *"Derecho civil español, común y foral, t. I, vol. 2"*, REUS, Madrid, 1994.
33. CASTILLO CASTILLO, J., *"Avatares de la sociedad de consumo española"*, en *EC*, nº 1, 1984.
34. CASTRANOVO, C., *"La nova responsabilità civile. Regola E. Metafora"*, Guiffré, Milano, 1991.
- *"Problema e Sistema nel danno da prodotti"*, Guiffré, Milano, 1979.
35. CAVANILLAS MUGICA, S., *"El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias"*, en *AC*, núm.1, 2008.
- *"La protección del consumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos"*, en *EC*, nº 18, 1990.
- *"La responsabilidad civil y protección del consumidor"*, Serie Ensayos-8, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, España, 1985.
- *"La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia"*, Aranzadi, Pamplona, 1987.
- *"Las causas de exoneración de la responsabilidad en la LRCP, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en *INIURIA*, nº 5, 1995.
- *"Responsabilidad civil y protección del consumidor"*, Facultad de Derecho de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1985.
36. CAVANILLAS MUGICA, S., TAPIA FERNANDEZ, I., *"La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratado sustantivo y procesal"*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
37. CAVERS, D., *"The proper law of producers' liability. The choice of law"*, en *Selected Essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985.
38. CAZEAX, P. N., *"El incumplimiento sin culpa, en Derecho de daños"*, La Roca, Buenos Aires, 1989.
39. CAZEAX, P. N., TRIGO REPRESAS, F. A., *"Derecho de las obligaciones"*, Platense, La Plata, 1968.
40. CELIS RODRIGUEZ, R., *"Responsabilidad Extracontractual"*, UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2004.
41. CERVETTI, F., *"La nuova legge spagnola sulla responsabilità del produttore"*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1996-I.
42. CESES PALLARES, L., *"El sistema español de defensa de la competencia"*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
43. CHABAS, F., *"La responsabilité pour défaut de sécurité, des produits, dans la loi du 19 mai 1998"*, en *Gazette du Palais*, 1998.
44. CHAMORRO POSADA, M., *"La responsabilidad civil del fabricante de producto intermedio: a la luz de la Directiva 85/374/CEE del Consejo de 25 de julio de 1985"*, en *Tapia* nº 72, octubre, 1993.
45. CHAUMET, F., *"Seguro de responsabilidad civil de productos: después de la entrega"*, MAPFRE, 1979.
46. CHEVALLIER, J., *"Droit Civil"*, Sirey, Paris, 1972.
47. CHRISTOPHER, J. S., *"Product Liability: european laws and practice"*, Sweet and Maxwell, London, 1993.
48. CIANCI, A. G., *"Discovery e danno da fumo: gestione dei documenti aziendali, tecniche di difesa e violazione del fair trial"*, en *Danno e Resp.*, 2003.
49. CIFUENTES, S., *"Derecho de Daños. Primera Parte"*, La Roca, Buenos Aires, 1991.
50. CILLERO DE CABO, P., *"Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002: responsabilidad del distribuidor por daños causados por productos con defectos de fabricación"*, en *AC*, núm. 21, 2003.
- *"La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos"*, Civitas, Madrid, 2000.
- *"Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos: el caso francés"*, en *DN*, núm. 115, abril, 2000.
51. CINELLI, M., *"Sul problema della responsabilità dell'imprenditore verso i terzi"*, en *Riv. Dir. Civ.*, II, 1970.
52. CLARK, A. M., *"Product Liability"*, Sweet & Maxwell, London, 1989.
53. CLARO SOLAR, L., *"Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979.

54. CLAVERIA GONSALBEZ, L. H., "*Una nueva necesidad: la protección frente a los desastros del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)*", en ADC, 1998.
55. COCCIA, M., *et al*, "*Product Liability; Trends and Implications*", American Management Association, New York, 1970.
56. COLE, G. D., "*Introducción a la historia económica*", Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 1973.
57. COLIN, A., CAPITANT, H., "*Curso elemental de derecho civil*", REUS, Madrid, 1975.
58. COLOMBO, L. A., "*Culpa aquiliana cuasidelitos a través de la doctrina: La legislación y la jurisprudencia nacional y extranjera y del proyecto de reformas al código civil argentino*", Tipográfica editora Argentina, Buenos Aires, 1947.
 - "*La culpa aquiliana*", en La Ley, Buenos Aires, 1944.
 - "*Las lesiones que atentan contra la estética*", en LL, 29-773.
59. COMADIRA, J. R., "*La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*", en Revista de Derecho, año II, n° 3, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 2003.
60. COMINGES CACERES, F., "*Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C*", en RAP, núm. 155, 2001.
61. COMISION EUROPEA, "*Libro verde de la Comisión Europea sobre La responsabilidad civil por productos defectuosos*", en Derecho de los Negocios, n° 14, marzo, 2000.
62. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., 'Daños causados por productos elaborados', en "*Temas de responsabilidad civil en homenaje al doctor Augusto M. Morello*", Platense, La Plata, 1981.
 - 'Fundamentos de la Responsabilidad Civil: Culpa y Riesgo', en AAVV, TRIGO REPRESAS, F., STIGLITZ, R. S., (Directores), "*Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe*", La Roca, Buenos Aires, 1996.
 - "*Manual de obligaciones*", Astrea, Buenos Aires, 1997.
 - 'Responsabilidad civil y relación de causalidad', en "*Seguros y Responsabilidad Civil*", Astrea, Buenos Aires, 1984.
63. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "*Responsabilidad civil y relación de causalidad*", ZANNONI, E. A., "*Responsabilidad por productos elaborados*", Astrea, Buenos Aires, 1984.
64. Comunicado de la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Bruselas, 2.2.2000, COM (2000) 1 final, sobre el recurso al principio de precaución.
65. CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., "*Derecho de Daños*", Bosch, Barcelona, 1999.
66. CONDE, F., "*La cuestión de la vivienda y los modelos de consumo*", en EC, n° 55, 2000.
67. CONDE PUMPIDO, C., "*La nueva ordenación de las responsabilidades penal y civil en la circulación (Ley de 24 de diciembre de 1962)*", en RGLJ, 1963.
68. CONETTI, G., "*Il danno da prodotto nel diritto internazionale privato*", en Studium Iuris, 1996.
69. CONK, G. W., "*Is there a design defect in the Restatement (Third) of torts: Products Liability?*", en 109 Yale Law Journal, 2000.
 - "*The True Test: Alternative Safer Designs for Drugs and Medical Devices in a Patent-Constrained Market*", en 49 UCLA L. Rev. 737, 2002.
70. CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, "*Informes, núm. 1/1999, Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*", Madrid, 1999.
71. CONTRERAS MORENO, C., "*La Responsabilidad Civil Extracontractual*", Editorial Parlamento Limitada, R. Pröschle G. & S. Soto B. editores, Santiago, 2009.
72. CORDERO CUTILLAS, I., "*La puesta en circulación y la responsabilidad civil por productos defectuosos*", en EC, n° 53, 2000.
73. CORDERO ZARRAGA, E., "*La seguridad alimentaria en la Unión Europea*", en UE Aranzadi, núm. 6, 2005.
74. CORDOBERA GONZALEZ DE GARRIDO, R., GARRIDO CORDOBERA, L., 'La responsabilidad por participación en el mercado (market share)', en "*La Responsabilidad, Homenaje al profesor doctor Isidro H. Goldenberg, Alterini, Atilio A.-López Cabana, Roberto M. (dirs.)*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
75. CORRAL GARCIA, E., "*La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles*", en RDPat., núm. 5, 2000.
76. CORRAL TALCIANI, H., "*Documento de Trabajo N° 13*", Universidad de Los Andes, Santiago, 1997.
 - "*Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

- 'Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos', en AAVV, CORRAL TALCIANI, H. Editor, *"Derecho del consumo y protección al consumidor"*, Cuadernos de Extensión n° 3, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 1999.
 - *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Análisis desde el punto de vista de la responsabilidad de la empresa en los textos legales de protección al consumidor"*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso -Año 1996, N° XVII.
 - *"Responsabilidad por Productos Defectuosos. Una Propuesta Legislativa. (Informe para la Fundación Fueyo Laneri)"*, Inédito.
77. CORTINA, A., *"Por una ética del consumo"*, Taurus, Madrid, 2002.
 78. CRESPO PARRA, G., *"La responsabilidad del fabricante español por daños transfronterizos"*, en EC, n° 31, 1994.
 79. CUADERNO CIVITAS DE JURISPRUDENCIA CIVIL, enero/abril 2005, n° 67, Thomson Civitas, Navarra, 2005.
 80. CUETO PEREZ, M., *"La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 81. CUETO RUA, J., *"El derecho en la sociedad urbana e industrializada"*, en Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, n° 13, Diciembre, 1970.
 82. CUPP, R. L., *"The Continuing Search for Proper Perspective: Whose Reasonableness Should be at Issue in a Prescription Product Design Defect Analysis?"*, en 30 Seton Hall Law Rev. 233, 1999.

-D-

1. DA NUNES ATHIAS, J. A., *"Responsabilidade civil e medio ambiente. Breve panorama do direito brasileiro"*, en Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1995.
2. DA SILVA PEREIRA, C. M., *"Responsabilidade civil"*, 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2002.
 - *"Responsabilidade civil do produtor"*, Coimbra, 1990.
3. DARAY, H., *"Accidentes de tránsito"*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
4. DAVERAT, G., *"Responsabilité du fait des produits prétendus défectueux: le précédent américain et les méprises communautaires"*, en Gazette du Palais, núms. 202-203, 1988.
5. DAVIS, F., *"Product liability under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts and the Model Uniform Product Liability Act"*, en Wake Forest Law Review, 1980.
6. DE AGUIAR DIAS, J., *"Tratado de la responsabilidad civil"*, trad. J. A. Moyano e X. Moyano, Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1957.
7. DE ANDRES, C., *"Calidad y seguridad industrial"*, en Economía Industrial, n° 285, mayo-junio, 1992.
8. DE ANGEL YAGUEZ, R., *"Actuación dañosa de los grupos"*, en RJC, núm. 4, 1997.
 - *"Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)"*, Civitas, Madrid, 1995.
 - *"Caducidad y Autonomía Privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes"*, en La Ley, número 1564, octubre, 1986.
 - *"Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987"*, Cuadernos Civiles de Jurisprudencia Civil, n° 15, 1987.
 - 'Comentario al art. 1902' en *"Comentario del Código Civil"*, coord. Por SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., T. 8, Bosch, Barcelona, 2000.
 - *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
 - *"La responsabilidad civil de los suministradores"*, en Estudios de Deusto, segunda época, vol. 52/2, núm. 1, 2004.
 - *"La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños por productos defectuosos"*, en Estudios sobre Derecho de Consumo, Bilbao, 1994.
 - *"La responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
 - *"Lecciones sobre responsabilidad civil"*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.
 - *"Responsabilidad por productos defectuosos. Reflexiones en torno a la carga de la prueba"*, en Estudios de Deusto, Bilbao, enero-junio, 1996.
 - *"Tratado de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1993.
9. DE BERARDINIS, A., *"La responsabilità extracontrattuale per danno da prodotti difettosi"*, Repertorio generale della Giurisprudenza italiana, Unione Tipografico-editrice torinese, Torino, 1996.
10. DE CASTRO CID, B., *"Nuevas Lecciones de Teoría del Derecho"*, Universitas, Madrid, 2002.

11. DE CASTRO Y BRAVO, F., *"Derecho Civil de España"*, Civitas, Madrid, 1984.
 - *"Las Condiciones Generales de los Contratos y la Eficacia de las Leyes"*, Civitas, Madrid, 1975.
 - *"Notas sobre limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor"*, en ADC, octubre-diciembre, 1982.
12. DE COSSIO, A., *"La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de Derecho español"*, en ADC, t. II, 1966.
13. DE CUEVILLAS M. I., *"La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños"*, Tirant lo Blanch, 2000.
14. DE CUPIS, A., *"El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil"*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Bosch, Barcelona, 1975.
15. DE LA FUENTE, H., *"Concepto jurídico de daño. Daño patrimonial y daño moral"*, en ED, 87-915.
 - *"Obligaciones de medio y de resultado. Lo positivo y lo negativo de la clasificación"*, en LL, 1980-A-712.
16. DE LA HAZA DIAZ, P., *"El Contrato de Viaje Combinado. La Responsabilidad de las Agencias de Viaje"*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
17. DE LA IGLESIA PRADOS, E., *"La responsabilidad médica derivada de la prescripción de un fármaco. La incidencia del contenido del prospecto en su específica valoración. Comentario a la STS de 4 de abril de 2001 (RJ 2001, 4781)"*, en RdP, núm. 8, 2002.
18. DE LA ROSA, E., *"Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho Internacional Privado español"*, en RGD, nº 667, 2000.
19. DE LA VEGA GARCIA, F. L., *"Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil"*, Civitas, Madrid, 1998.
20. DE LEON ARCE, A., *"Derechos de los Consumidores y Usuarios"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
21. DE LOS MOZOS, J. L., *"Concepto de obligación"*, en Revista de Derecho Privado, Octubre, 1980.
22. DE PABLOS, J. C., *"Un concepto sociológico (y comprensivo) de consumo"*, en EC, nº 65, 2003.
23. DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *"La responsabilidad extracontractual [artículos 1969- 1988], t. I, 3.a edic."*, Biblioteca para leer el Código civil, vol. 4.o, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, 1988.
24. DEBERTIN, D. L., *"Agricultural Production Economics"*, Macmillan, New York, 1986.
25. DEL OLMO ALONSO, J., *"Aspectos jurídicos de la edificación"*, Montecorvo, Madrid, 2002.
26. DELGADO ZEGARRA, J., CACERES VALLE, C., *"Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial"*, Instituto del Derecho del Consumidor - IDC, Lima, 1993.
27. DEMOGUE, R., *"Traité des obligations en générale"*, Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, Paris, 1931.
28. DEMOLOMBE, C., *"Cours de Code Civil, T³ XXXI (Traité des engagements qui se forment sans convention)"*, Bruxelles, 1882.
29. DENNIGER, E., *"Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno"*, en Doxa, nº 14, 1993.
30. DI COSTANZO, L., *"I prodotti da fumo: responsabilità e regolamentazione"*, en Rass. Dir. Civ., 2004-2.
31. DI MAJO, *"Delle Obbligazioni in Generale"*, Zanichelli Editore, Bologna-Roma, 1988.
 - *"La responsabilità per prodotti difettosi nella direttiva comunitaria"*, en Riv. Dir. Civ. I, 1989.
32. DI ROSA, G., *"Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi"*, en Europa e Dir. Priv., 1999-3.
33. DIAMON, A. L., *"Product Liability and Pharmaceuticals in the United Kingdom, Consumer Law in the EEC"*, Woodroffe, G. (Ed.), London, 1984.
34. DIAS, R. W. M., MARKESINIS, B. S., *"Tort law Statutes"*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
35. DIAZ ABAD, N., *"La responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario en la jurisprudencia del TJCE"*, en Noticias de la Unión Europea, núm. 178, 1999.
36. DIAZ ALABART, S., *"La responsabilidad estatal por los actos de bandas armadas y terroristas"*, en ADC, 1990.
 - *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en Act. Civ., 1995-2.
37. DIAZ AMBRONA-BARDAJI, M. D., *"Cuestiones sobre responsabilidad civil"*, Estudios UNED, Madrid, 2002.
 - *"La responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en *"Derecho Civil Comunitario"*, dirigida por DIAZ-AMBRONA, M. D., Colex, Madrid, 2004, pág. 420.

- *"La Responsabilidad por Acto Ilícito en el Área del Código Civil Español, con especial referencia a la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Estratto da: La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica"*, G. Giappichelli Editore – Torino.
38. DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I, *"La responsabilidad del productor: referencia a la Directiva comunitaria y a las leyes y proyectos de actuación"*, en ADC, 1990.
 39. DIAZ JIMENEZ, M. C., *"La Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio, y el Proyecto de Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, nº 12, 1994.
 - *"La directiva del Consejo 85/374/CEE de 25 de julio y el proyecto de la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos"*, en ArC, nº 1, 1994.
 40. DIAZ PAIRO, A., *"Teoría General de las obligaciones. Volumen II"*, Segunda edición, La Habana, 1945/47.
 41. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Edición, 1984.
 42. Diccionario Etimológico de la Real Academia Española de la Lengua.
 43. DIEZ -PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *"Derecho de daños"*, Civitas, Madrid, 1999.
 - *"Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado"*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.
 - *"El Derecho de Obligaciones en la codificación civil española"*, en Centenario del Código Civil I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
 - *"Estudios de derecho privado"*, Civitas, Madrid, 1980.
 - *"Estudios sobre la jurisprudencia civil"*, Tecnos, Madrid, 1981.
 - *"Fundamentos del derecho civil patrimonial"*, Tecnos, Madrid, 1970.
 - *"Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, vol. II"*, Civitas, Madrid, 1993.
 - *"La responsabilidad civil hoy"*, en ADC, 1979.
 44. DIEZ PICAZO, L., GULLON, A., *"Instituciones de Derecho Civil, Volumen I"*, Tecnos, Madrid, 1974.
 - *"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. I, Introducción, Teoría del Contrato, Las Relaciones Obligatorias"*, Tecnos, Madrid, 1976.
 - *"Sistema de Derecho Civil"*, Tecnos, Madrid, 1992.
 45. DIEZ SCHWERTER, J. L., *"El daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
 46. DIX, N., *"Products Liability"*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981.
 - *"Products Liability cases and materials"*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1976.
 47. DOLZ, M. J., *"Las Imprudencias Punibles en la Construcción"*, Comares, Granada, 1996.
 48. DOMINGO, V., *"Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de los daños"*, en La Ley, 2000-3.
 49. DOMINGUEZ GARCIA, M. A., 'Responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco de la legislación especial en materia de consumo. Perspectivas de adaptación y reforma', en *"Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
 50. DOMINGUEZ HIDALGO, C., *"El Daño Moral"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
 - *"Hacia una uniformidad y transparencia en la fijación del quantum indemnizatorio por daño moral"*, en Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani-María Sara Rodríguez Pinto (Coordinadores), Lexis Nexis, Santiago, 2007.
 51. DREIER, W. A., *"Manufacturers" Liability for Drugs and Medical Devices under the Restatement (Third) of Torts: Products Liability"*, en 30 Seton Hall Law Rev. 258, 1999.
 52. DUBUISSON, B., *"La notion de défaut dans la directive européenne du 25 juillet 1985"*, en DCCR, nº 2, 1989.
 53. DUFRECHOU, R., *"La responsabilidad civil por la agresión ecológica en el derecho ambiental latinoamericano"*, en ED, 106-999.
 54. DUFWA, B. W., *"Responsabilité du fait des produits en droit suédois"*, en Revue Internationale de Droit Comparé, año XXIX N° 3, Ed. Libraires Techniques, Paris, julio-setiembre, 1977.
 55. DWORKIN, R., *"La Comunidad Liberal"*, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996.
 56. DWORKIN, T. M., *"Product liability reform and the Model Uniform Product Liability Act"*, en Nebraska Law Review, 1981.

1. EADS, G., "Designing safer products: corporate responses to product liability law and regulations", en Rand Institute for Civil Justice, 1983.
2. EHRENZWEIG, A. A., "Negligence without fault", en 54 California Law Review, 1966.
3. EIRANOVA ENCINA, E., "Código Civil alemán comentado. BGB", Marcial Pons, Madrid, 1998.
4. EIZAGUIRRE, J. M., "Introducción al Derecho mercantil", Ed. Librería. Carmelo, San Sebastián, 1995.
5. ELORRIAGA DE BONIS, F., 'Configuración, Consecuencias y Valorización de los Daños Corporales', en "Cuadernos Jurídicos Facultad de Derecho N° 1", Universidad Adolfo Ibáñez, Abril, 1995.
 - 'Daño físico y lucro cesante', en AAVV, "Derecho de Daños", Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002.
6. EMANUEL, S., EMANUEL, L., "Emanuel Law Outlines: Torts", Aspen Publishers, New York, 1999.
7. ENNECCERUS, L., "Derecho de Obligaciones, Decimoquinta revisión por Heinrich Lehmann, Volumen segundo Doctrina Especial, segunda parte", Bosch, Barcelona, 1996.
 - "Tratado de derecho civil, Parte general, I", 2ª traducción de la 39ª edición alemana, Bosch, Barcelona, 1950.
8. ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLF, M., "Tratado de Derecho Civil, Segundo tomo, Derecho de Obligaciones", Bosch, Barcelona, 1996.
9. EPSTEIN, R. A., "A Theory of Strict Liability", en 2. J. Legal Stud. 151 (1973) 56, 144, 554.
 - "Cases and Materials on Torts", Little, Brown and Company, Boston, 1995.
 - "Modern Products Liability Law", Westport, Connecticut, 1980.
10. ESCOBAR DE LA SERRA, L., "Derecho de la información", Dykinson, Madrid, 2001.
11. ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho Internacional Privado Español", en RGD, núm. 667, abril, 2000.

-F-

1. FABRE-MAGNAM, M., "De l' obligation d' information dans les contrats", LGDJ, Paris, 1992.
2. FAGNART, J. L., "La Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits", en Cahiers de Droit Européen, n° 1-2, 1987.
 - "La responsabilité du fait des produits a l'approche du grand marché", Le Droit des Affaires- Het Ondernemings-Recht, núm. 17, 1990.
3. FARINA, J. M., "Contratos comerciales", Astrea, Buenos Aires, 1994.
 - "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995.
4. FEDERICO DE LORENZO, M., "El daño injusto en la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
5. FEINTUCK, M., "Precautionary Maybe, but What's the Principle? The Precautionary Principle, the Regulation of Risk, and the public Domain", en Journal of Law and Society, vol. 32 (3), Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
6. FEMENIA LOPEZ, P. J., "Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios, de acuerdo con la ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la edificación", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
7. FERGUSON, P. R., "Liability for Pharmaceutical Product: a critique of the Learned Intermediary Rule", en OJLS, 1992.
8. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "Política y derecho del consumo; reflexiones teóricas y análisis normativo", en EC, n° 34, 1995.
9. FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., GALLEGU SANCHEZ, E., "Fundamentos de Derecho Mercantil, I", Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
10. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F., "Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva", en AAMN, 1962 (XIII).
11. FERNANDEZ ENTRALGO, J., "Valoración y resarcimiento del daño corporal. La Reforma Del Sistema Resarcitorio de Los Daños Corporales Derivados de la Conducción de Vehículos a Motor, en la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre", Marcial Pons, Madrid, 1997.
12. FERNANDEZ FREDES, F., "Comentarios sobre la Ley 19.496, Establece Normas de Protección sobre los Derechos de los Consumidores", SERNAC, Curso del Servicio Nacional del Consumidor, 1997, inédito.
13. FERNANDEZ GUTIERREZ, M., "Control de constitucionalidad y principios de primacía en el Derecho Comunitario Europeo", en Revista de Derecho, Vol. XII, Universidad Católica de Temuco, agosto, 2001.
14. FERNANDEZ LOPEZ, J. M., "Responsabilidad civil por productos defectuosos", Comunidad Europea Aranzadi, abril, 1995.

- "Responsabilidad por productos defectuosos", en CEA, nº 4, abril, 1995.
15. FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, M., "La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza", en ADC, 1973.
 16. FERNANDEZ PASTORINO, A., "Seguridad social", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989.
 17. FERNANDEZ ROMO, M. del M., "La responsabilidad civil del producto", Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1997.
 18. FERNANDEZ SESSAREGO, C., "El abuso del derecho", Astrea, Buenos Aires, 1993.
 19. FERNANDEZ, G., PEZATTI, R., CORBELLA DE SIMONET, B., "Responsabilidad civil del fabricante", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1984.
 20. FERRARA, R., "Contributo allo studio della tutela del consumatore", Milano, Giuffrè, 1983.
 21. FIOCCA, R., "Evoluzione dei Consumi e Politiche di Marketing", Egea, Milano, 1990.
 22. FISCHER, H. A., "Los daños civiles y su reparación", trad. W. Roces, Biblioteca Revista Derecho Privado, Madrid, 1928.
 23. FISCHER, M. G., POWERS, W., "Products Liability. Cases and materials", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 2002.
 24. FLEMING, J. G., "An Introduction to the Law of Torts", Oxford Press, New York, 1985.
 - "Draft Convention on Products Liability", en 23 American Journal of Comparative Law, 1975.
 - "The Law of Torts", LBC Informations Services, Sydney, 1998.
 25. FONT GALAN, J. I., "¿Hacia un sistema jurídico-mercantil de faz completamente nueva en La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social", en Revista de Derecho Mercantil, núm. 177, 1985.
 26. FRADES DE LA FUENTE, E., "Responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes", Dykinson, Madrid, 1979.
 27. FRAUCHER, K., "Principe de précaution et risque sanitaire. Reclarche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique", en Droit Justice, Paris, 2002.
 28. FREEDMAN, W., "Comentary: Model Uniform Products Liability Act", en The Forum, 1980.
 29. FRIGNANI, A., "La direttiva CEE sulla responsabilità da prodotto e la sua attuazione in Italia", in Giur. piem., 1986, 670-681, ed. in Assicurazioni, 1987.
 30. FRIGOLA RIERA, A., "El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en La Ley, 1998-3.
 31. FUENTES I GASSO, J. R., et al, "La seguridad de los productos. Tres perspectivas de análisis", Ariel Prevención y Seguridad, Bosch, Barcelona, 1997.
 32. FUEYO LANERI, F., "Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
 - "Instituciones de derecho civil moderno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
 33. FUNDACION FERNANDO FUEYO LANERI, "Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, Segunda Parte", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

-G-

1. GALGANO, F., "Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi", en CI, nº 1, 1992.
 - "Responsabilità del produttore", en Contratto e Impresa, 1986.
2. GALLEGO DOMINGUEZ, I., "Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales", Bosch, Barcelona, 1997.
3. GALVAN, R. M., 'Responsabilidad civil derivada de la publicidad comercial', en AAVV, ALTERINI, LOPEZ CABANA (DIRS.), "La Responsabilidad, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
4. GAMARRA, J., 'Responsabilidad Contractual Objetiva', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 - "Tratado de Derecho Civil uruguayo, tomos XVII/XXV", FCU, Montevideo, 1982.
5. GARCIA AMIGO, M., "Instituciones de derecho civil", Edersa, Madrid, 1979.
 - 'La responsabilidad civil por productos en la Europa Comunitaria', en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Menéndez, vol. III", coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Civitas, Madrid, 1996.

- *"Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: Responsabilidad civil extracontractual"*, en Act. Civ., Madrid, 1986.
- 6. GARCIA CACHAFEIRO, F., *"La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español"*, en DN, núm. 148, enero, 2003.
- 7. GARCIA CONESA, A., *"Derecho de la construcción"*, Bosch, Barcelona, 1996.
- 8. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., *"Derecho comunitario y derecho del consumo"*, en RDM, 1989.
 - *"La incidencia de la Directiva 374/1985 en materia de responsabilidad de productos en el Derecho interno español"*, en AC, nº 44, 1990.
 - *"La protección de los consumidores en la CEE"*, en EC, nº 17, 1990.
- 9. GARCIA FERNANDEZ, J. A., *"Reclamaciones contra los fabricantes de tabaco"*, en La Toga, Rev. Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, núm. 124, febrero, 2001.
- 10. GARCIA GIL, F. J., *"El contrato de Ejecución de obra y su jurisprudencia. Obligaciones de los contratantes, vicios y defectos en la construcción y otros trabajos, responsabilidad de técnicos y constructores, en la doctrina del tribunal Supremo"*, Dykinson, Madrid, 1995.
 - *"El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento Jurisprudencial"*, Editorial Dilex, Madrid, 2000.
 - *"La responsabilidad extracontractual en la Jurisprudencia"*, Editorial Dilex, Madrid, 1997.
- 11. GARCIA MACHO, R. (coordinador), *"Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación. Régimen Jurídico y Técnico"*, Colex, Madrid, 2000.
- 12. GARCIA RUBIO, M. P., *"Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español"*, en AC, nº 35, 1998.
- 13. GARCIA VALDECASAS, G., *"El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español"*, en RDP, 1962.
- 14. GARDELLA, L. A., *"La equidad en el derecho de consumo"*, en JA, 2000-II-829.
- 15. GARRIDO ROQUE, F., ANDORNO, L., *"El Artículo 1113 del Código Civil. Comentado y Anotado"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
 - *"Reformas al Código Civil comentadas"*, 2ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1971.
- 16. GARRIDO ROQUE F., ZAGO, J. A., *"Contratos civiles y comerciales"*, Universidad, Buenos Aires, 1988.
- 17. GARRONE, J. A., *"Diccionario Jurídico"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- 18. GASPARD, G., *"La directiva europea en materia de responsabilidad de los fabricantes"*, en Revista Española de Seguros, 1985.
- 19. GATICA PACHECO, S., *"Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959.
- 20. GESUALDI, D. M., *"Responsabilidad: factores objetivos de atribución; relación de causalidad"*, Ghersi-Carrozzo, Buenos Aires, 1987.
- 21. GHERSI, C. A., *"Contratos civiles y comerciales, Parte General y Especial"*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
 - *"El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistemática de la reparación por daños"*, en LL, 1994-D-412.
 - 'La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad', en *"La Responsabilidad, Homenaje al profesor doctor Isidro H. Goldenberg, Alterini, Atilio A.-López Cabana, Roberto M. (dirs.)"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
 - *"La ley de defensa de los derechos del consumidor y la fragmentación del sistema de reparación de daños. Una herramienta de control social"*, en La Ley, abril, 1994.
 - 'Los accidentes de automotores', en *"Mosset Iturraspe, J. (Dir.), y Kemelmajer de Carlucci (Coord.), Responsabilidad civil"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
 - *"Perspectivas desde el Derecho Privado"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993.
 - *"Reparación de daños"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
 - *"Reparación de Daños. Acción del hombre. Autoría. Imputabilidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Factores objetivos. Equidad. Formas de reparación. Relación de causalidad"*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
 - 'Responsabilidad Civil de la Empresa', en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996.
 - *"Responsabilidad del médico"*, en JA, 1990-I-245.
 - *"Reparación por incumplimiento. Tomo I"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
 - *"Teoría general de la reparación"*, en LL, 11/10/85, Argentina, 1985.
- 22. GHESTIN, J., *"La Directive Communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux"*, en Recueil Dalloz, Sirey, Paris, 1986.

- 'La Directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits défectueux et son introduction en droit français', en PIZZIO, J. P., (edi.), *"Droit des consommateurs: sécurité, concurrence, publicité. Droit français et droit communautaire"*, Centre de droit de la consommation, Bruxelles, 1987.
 - (dir), *"Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux"*, LGDJ, Paris, 1987.
 - *"Traité de droit civil. Les obligations. Le contrat: formation"*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1988.
23. GHESTIN, J., MARKOVITS, Y., *"L' adaptation a la responsabilité des prestataires de services de la directive de la Communauté économique européenne de 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux"*, en Revue Européenne de Droit de la Consommation, n° 3, 1989.
 24. GHIDINI, G., *"La responsabilità del produttore di beni di consumo. Profili contrattuali I"*, Giuffrè, Milano, 1970.
 - *"Responsabilità per danno da prodotti: quando un prodotto può dirsi difettoso"*, en Giurisp. Comm., I, 1992.
 25. GHIRARDI, O. A., *"El Common Law de Los Estados Unidos de Norteamérica (Génesis y Evolución)"*, en Cuadernos de Historia n° 15, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas, Córdoba, 2005.
 26. GHIRSFELD, G. L., *"Responsabilidad por accidentes ferroviarios, en Derecho de daños"*, La Roca, Buenos Aires, 1989.
 27. GIANFELICI, M. C., *"Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
 28. GIDDENS, A., *"Modernidad e identidad del yo: el yo y la sociedad en la época contemporánea"*, Península, Barcelona, 1995.
 - *"Risk and Responsibility"*, en The Modern Law Review, vol. 62, n° 1, 1999.
 29. GIL, M., *"La responsabilidad civil del fabricante y protección del consumidor"*, en La Ley, 1987-3.
 30. GILHOOLEY, M., *"When Drugs Are Safe for Some but Not Others: The FDA Experience and Alternatives for Product Liability"*, en 36 Hous. Law Rev. 927, 1999.
 31. GIORGI, J., *"Teoría general de las obligaciones en el Derecho moderno, T. IV"*, trad. de la 7a. ed. it. por la RGLJ, Madrid, 1977.
 32. GOLDENBERG, I. H., *"Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
 - *"La relación de causalidad en la responsabilidad civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
 - *"La responsabilidad civil. Ensayo de sistematización"*, en LL, 156-1306.
 - 'Los Riesgos del Desarrollo en Materia de Responsabilidad por Productos y el Daño Ambiental', en AAVV, BUERES, ALBERTO JESUS, KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 33. GOLDENBERG, I., LOPEZ CABANA, R., *"Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad profesional del productor"*, en JA, 1990-I-917.
 34. GOLDSCHMIDT, W., *"Introducción filosófica al derecho"*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
 35. GOMEZ BENITEZ, J. M., *"La protección penal de los consumidores: reflexiones sobre el síndrome tóxico"*, en EC, n° 13, 1988.
 36. GOMEZ CALERO, J., *"La responsabilidad objetiva en la nueva Ley del automóvil"*, en RDP, 1965.
 - *"Los derechos de los consumidores y usuarios"*, Dykinson, Madrid, 1994.
 - *"Responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Dykinson, Madrid, 1996.
 37. GOMEZ CALLE, E., 'La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos', en *"Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. II (Derecho Civil. Derecho de Obligaciones)"*, Civitas, Madrid, 2003.
 38. GOMEZ DE LA ESCALERA, C. *"La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de la construcción"*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1993.
 39. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., *"La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea. Presente y futuro"*, en AC, n° 15, 2000.
 - 'Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea', en *"Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor R. López Cabana"*, DE ANGEL YAGUEZ e IZQUIERDO TOLSADA (Coords.), Dykinson, Madrid, 2001.
 40. GOMEZ LAPLAZA, M. del C., DIAZ ALABART, S., *"Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 25, 1995.

41. GOMEZ LIGÜERRE, C., "Responsabilidad del prestador de servicios por daños causados por productos defectuosos", en RDP, julio-agosto, 2009.
42. GOMEZ POMAR, F., "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", en InDret, n° 1, 2001.
43. GONCALVES, C. R., "Responsabilidade Civil, em Debate", tercera edición, Saravia, São Paulo, 1986.
44. GONZALEZ BARRIOS, I., "La falta de información como fundamento de la responsabilidad civil de las empresas tabaqueras", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, núm. 5, 2004.
 - "Responsabilidad por productos inevitablemente peligrosos: ¿riesgo agravado o riesgo consentido?", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, núm. 4, 2005.
45. GONZALEZ BLANCO-RACHEWSKY, Z., "Japón: nueva ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en EC, n° 31, 1994.
46. GONZALEZ PEREZ, J., "Comentarios a la ley de ordenación de la edificación", Civitas, Madrid, 2000.
 - "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", Civitas, Madrid, 1996.
47. GONZALEZ VAQUE, L., "CEE: nuevo régimen relativo a la seguridad general de los productos", en EC, n° 27, 1993.
 - "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica algunos conceptos relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el ámbito hospitalario (Directiva 85/374/CEE): la sentencia Veedfald", en Gaceta Jurídica de la UE, n° 215, 2001.
 - "Hacia la responsabilidad objetiva de las materias primas agrícolas en el Derecho Europeo (Modificación de la Directiva 85/374/CEE)", en DN, n° 9, 1988.
 - "La Directiva 85/374/ relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: ¿es necesaria su actualización?", en Gaceta Jurídica de la UE, núm. 217, 2002.
 - "La Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos en la jurisprudencia del TJCE: de los riesgos del desarrollo a la franquicia de 500 euros", en Unión Europea Aranzadi, n° 1, 2003.
 - "La eventual modificación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos: la aportación de la jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas al debate Comunitario", en EC, n° 64, 2003.
 - "La reforma del régimen relativo a la seguridad de los productos: la propuesta de la Comisión", en Gaceta Jurídica de la UE, núm. 209, 2000.
 - "La responsabilidad civil del productor según un proyecto de Directiva de la CEE: una nueva orientación", en Alimentaria, núm. 121, 1981.
 - "La responsabilidad civil por productos defectuosos: perspectivas para la aplicación y el desarrollo de la Directiva 85/374/CEE", en EC, n° 57, 2001.
48. GONZALEZ VERGARA, P., CARDENAS VILLARREAL, H., "Sobre la prueba de la existencia del daño moral", en Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, Hernán Corral Talciani-María Sara Rodríguez Pinto (Coordinadores), Lexis Nexis, Santiago, 2007.
49. GOSSEMENT, A., "Sur la responsabilité civile du laboratoire pharmaceutique à raison des médicaments commercialisés", Recueil Dalloz, núm. 29, Paris, 2004.
50. GOYENS, M., "Directive 85/374/EEC on product liability: ten years after", Centre de Droit de la Consommation, Louvain-La Neuve, Belgium, 1996.
 - (ed.) "La directive 85/374/CEE relative a la responsabilité du fair des produits: dix ans apres", Louvau-La Neuve, Belgium, 1996.
51. GOZAINI, O. A., "Teoría General del Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso", Ediar, Buenos Aires, 1996.
52. GRAHAM, D. J., et al., "Risk of acute myocardial infarction and sudden cardiac death in patients treated with cyclo-oxygenase 2 selective and non-selective non-steroidal antiinflammatory drugs: nested case-control study", en The Lancet; 365:475-481, 2005.
53. GRAHAM, R. D., "Products Liability and Tort Risk Distribution in Government Contract Programs", en 20 The Air Force Law Review 331-422.
54. GREEN, M. D., "Prescription Drugs, Alternative Designs, and the Restatement (Third): Preliminar Reflections", en 30 Seton Hall Law Rev. 207, 1999.
55. GROUTEL, H., "La faute du conducteur victime, Dix ans après", Recueil Dalloz, Paris, 1995.
56. GUERRA H., V. H., "La responsabilidad civil extracontractual por productos en el Derecho Internacional Privado. Estudio comparado", Publicaciones UCAB, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2002.
57. GUIA INDRET DE JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO, en InDret, n° 248, 2004.

58. GUILLEN CARAMES, J., *"El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, Base constitucionales y actividad de la administración"*, Civitas, Madrid, 2002.
 - *"Perspectivas de la política comunitaria de protección de los consumidores: reflexiones a propósito de la reestructuración de la Dirección General de Política de los Consumidores y de Protección de su Salud"*, en EC, nº 47, 1988.
59. GUILLOD, O., *"Développements récents du droit de la responsabilité civile"*, Schulthess, Zürich, 1991.
60. GUTIERREZ CAMACHO, M. E., *"La ley de ordenación de la edificación vista por un arquitecto técnico"*, Comares, Granada, 2001.
61. GUTIERREZ ESPADA, C., *"Derecho europeo y responsabilidad por daños derivados de los productos"*, en Revista de Instituciones Europeas, 1979.
62. GUTIERREZ SANTIAGO, P., *"Daños causados por productos defectuosos (Su régimen de responsabilidad civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)"*, Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 32, 2008.
 - *"Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas"*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2006.
 - *"Responsables y beneficiarios en el régimen de responsabilidad civil derivada de productos defectuosos"*, en Segunda Época 20, Boletín de la Facultad de Derecho nº 20, UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACION A DISTANCIA, 2002.

-H-

1. HANSSEN, M. K., 'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986.
2. HEDEMANN, J. W., *"Tratado de derecho civil, vol. III"*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
3. HELLER, W., *"Diccionario de economía política"*, Editorial Labor, 1965.
4. HENAO, J. C., *"El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés"*, reimpresión de la primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
5. HENDERSON jr., J. A., *"Extending the Boundaries of Strict Products Liability: Implications of the Theory of the Second Best"*, en 128 University of Pennsylvania Law Review 1036-1093.
 - *"Products liability. The Model Uniform Product Liability Act"*, en The Corporation Law Review, 1980.
6. HEPPLER, B. A., & MATHEWS, M. H., *"Tort: Cases and Materials"*, 4th edition, Butterworths, London, 2000.
7. HERNANDEZ BATALLER, B., *"La regulación de la publicidad de tabaco en la Unión Europea"*, en EC, nº 61, 2002.
8. HERNANDEZ GIL, A., *"Derecho de obligaciones, Obras Completas, Tomo III. Obras Completas"*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
9. HERRERO, L., 'El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal', en AAVV, *"Debido proceso"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003.
10. HEUSTON, R. F. V., BUCKLEY, R. A., *"Law of torts"*, 21st edition, Sweet & Maxwell, London, 1996.
11. HEWITT, S. W., *"Manufactures Liability for Defective Goods"*, Blackwell Scientific Publ., Oxford, 1987.
12. HIDALGO MOYA, J. R., OLAYA ADAN, M., *"Derecho del producto industrial. Calidad, seguridad y responsabilidad del fabricante"*, Bosch, Barcelona, 1997.
13. HOWELL, R. A., et al, *"Business Law"*, Third Alternate Edition, Chicago, The Dryden Press, 1986.
14. HUBER, P. W., *"Liability: The Legal Revolution and Its Consequences"*, Basic Books, Inc., New York, 1988.

-I-

1. IGLESIAS PRADA, J. L., *"Reflexiones sobre la tercera Directiva de la CEE en materia de seguro de responsabilidad civil automovilística"*, en RES, 1991.
2. IHERING, R. VON, *"Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain"*, Chevalier Marescq, Paris, 1903.
3. INFANTE RUIZ, F. J., *"La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

4. INGLES BUCETA, J. L., *"Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo art. 141.1 de la RJAP-PAC"*, en DN, nº 109, octubre, 1999.
5. INVREA, R., *"La Responsabilità Civile Extracontrattuale"*, Giuffrè, Milano, 1997.
6. IÑIGO CORROZA, M. E., *"El caso del producto protector de la madera (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán"*, en Act. P., núm. 20, 1997.
- *"La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos"*, Bosch, Barcelona, 2001.
7. ISAAC, G., *"La acción de la Comunidad Europea para la protección de los intereses económicos y jurídicos del consumidor"*, en Revista de Instituciones Europeas, 1979.
8. IZQUIERDO CARRASCO, M., *"La seguridad de los productos industriales. Régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores"*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
9. IZQUIERDO CARRASCO, M., PERALES PIZARRO, A., *"La seguridad de los productos industriales, régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores"*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
10. IZQUIERDO PERIS, J. J., *"La responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea: Actualidad y perspectivas"*, en EC, nº 51, 1999.

-J-

1. JIMENEZ DE PARGA CABRERA, R., *'La ley reguladora de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en el marco del moderno derecho de la responsabilidad, de acuerdo con normas comunitarias europeas y de derecho comparado'*, en *"Estudios jurídicos en homenaje al profesor Menéndez, III"*, IGLESIAS PRADA, J. L. (coordinación), Civitas, Madrid, 1996.
- *'Responsabilidad del empresario de productos en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario y en la normativa de la Comunidad Económica Europea'*, en *"Derecho Mercantil de la Comunidad Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)"*, Civitas, Madrid, 1991.
2. JIMENEZ DE PARGA CABRERA, R., *"A propósito del primer informe sobre la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (85/374/CEE)"*, en AC, nº 26, 1996.
- *"Los 'defectos' de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños por productos defectuosos"*, en La Ley, 1996-4.
- *"Responsabilidad Civil: Daños causados por productos defectuosos"*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
3. JOLOWICZ, J. A., *"Product liability in the EEC"*, Duncker and Humbolt, Berlín, 1990.
- *"The Protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law"*, en 32 MLR 1,1, 1969.
4. JORDANO FRAGA, F. J., *"La responsabilidad contractual"*, Civitas, Madrid, 1987.
- *"Obligaciones de medios y de resultados (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)"*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, I, 1991.
5. JOSSERAND, L., *"Cours de droit positif français"*, Sirey, Paris, 1932.
- *"La responsabilité Enver soi-même"*, Dalloz Hebdomadaire, nº 28, Chronique, Paris, 1934.
6. JURISPRUDENCIA, EDITORIAL ARANZADI, UNED.

-K-

1. KAPLAN, H. L., SAYLER, S. W., THOMAS, S. M., *"Third Restatement: New Prescription for Makers of Drugs and Medical Devices; Third Restatement of Torts Draft"*, en 61 DEF. COUNS. J. 64, 1994.
2. KEATING, G. C., *"The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability"*, en 54 Vanderbilt Law Review, 2001.
3. KEETON, P., *"Cases and Materials on the Law of Torts"*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1977.
4. KEETON, P., DOBBS, D. B., KEETON, R. E., OWEN, D. G., *"Prosser and Keeton on Torts"*, 5a. Ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984.
5. KEETON, P., OWEN, D. G., MONTGOMERY, J. E., GREEN, M. D., *"Products Liability and safety (Statutory Supplement)"*, Westbury, New York, 1989.
6. KELLY, J. A., *"Responsabilidad del Fabricante"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987.
7. KELSEN, H., *"La Teoría Pura del Derecho"*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.

8. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado", BELLUSCIO, A. C. (dir.), y ZANNONI, E. A. (coord.), Astrea, Buenos Aires, 1984.
 - "Publicidad y consumidores", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, nº 5, Santa Fe, 1996.
 - "Temas modernos de responsabilidad civil", Asesoran dina Ed., Lima, 1991.
9. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., PARELLADA, C., 'Factores objetivos de atribución', en MOSSET ITURRASPE (dir.), "Responsabilidad civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
10. KENNEDY, I., "The Unmasking of Medicine", (The 1980 Reith Lectures), Allen and Unwin, London, 1981.
11. KING AND NEVILLE, "The bystander's right under strict liability does exist: A call for reform of the Restatement", en Saint Louis Law Journal, 1981.
12. KLESTA-DOSI, L., "L'Etat juridique on status de consommateur en droit italien", en Revue Européenne de Droit de la Consommation, 1998.
13. KOCH, B. A., "La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva", en InDret, nº 2, 2003.
14. KORNHAUSER, L. A., REVESZ, R. L., 'Joint and Several Liability', en Peter NEWMAN (ed.), "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, II", Macmillan Reference, London, 1998.
15. KRAMER, L., "EEC Consumer Law", Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1986.
16. KUHLEN, L., "Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung", Müller, Heidelberg, 1989.

-L-

1. LA AMARILLA, M., ALAMO, C., "El consentimiento en la utilización de fármacos", Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2000.
2. LACRUZ BERDEJO, J. L., "Elementos de Derecho Civil, II, vol. 1º.", Bosch, Barcelona, 1985.
3. LAFAILLE, H., "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1947.
 - "Tratado de las obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1943.
4. LAMBERT, S., "La Loi du 19 Mai 1998 relative a la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux", Presses Universitaires D'aix, Marseille, 2000.
5. LAMBERT-FAIVRE, I., 'La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización', en ALTERINI, A., LOPEZ CABANA, R., "Derecho de daños", La Ley, Buenos Aires, 1992.
 - "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
6. LANDES, W. M., POSNER, R. A., "A positive economic analysis of products liability", en 14-15 Journal of Legal Studies, 1985-1986.
 - "The economic structure of tort law", Harvard University Press, Harvard, 1987.
7. LARENZ, K., "Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos", Tecnos, Madrid, 1991.
 - "Derecho Civil. Parte General", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
 - "Derecho de Obligaciones", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
 - "Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica", traducción de Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1985.
8. LARRAIN RIOS, H., "Teoría general de las obligaciones, LexisNexis Conosur, Santiago, 2002.
9. LARROUMET, C., "Droit Civil, Les obligations, T. III", Economica, Paris, 1986.
 - 'La Protección de los Consumidores y la Responsabilidad de los Productores en el Derecho de la Unión Europea', en AAVV, BUERES, A. J., Kemelmajer De Carlucci, A., Directores, "Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 - "La responsabilité de fait du produits défectueux après la loi du 19 mai 1998", en RDS, nº 33, 1998.
 - "Réflexions sur la responsabilité civile (évolution et problèmes actuels en droit comparé)", Institut de droit comparé, Université McGill, Montreal, 1993.
 - "Responsabilidad Civil Contractual. Algunos Temas Modernos", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
10. LASARTE ALVAREZ, C., "Curso de Derecho Civil Patrimonial. Manual para Economistas", Tecnos, Madrid, 1987.
 - "La protección del consumidor como principio general del derecho", en EC, nº 73, 2005.
 - "Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios", Dykinson, Madrid, 2003.

- *"Manual sobre protección de consumidores y usuarios"*, Instituto Nacional del Consumo, Dykinson, Madrid, 2005.
 - *"Principios de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona"*, Octava Edición, Marcial Pons, Madrid, 2002.
 - *"Principios de Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona"*, Trivium, Madrid, 1992.
11. LATORRE LOPEZ, A., 'La responsabilidad civil derivada del daño ocasionado por un producto defectuoso', en *"Valoración Judicial de daños y Perjuicios"*, JESUS FERNANDEZ ENTRALGO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial nº 2, 1999.
 12. LAU, C., *"Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen un die Definition von Risiken"*, en *Soziale Welt*, 1989.
 13. LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *"Droit de la Responsabilité"*, Dalloz, Paris, 1998.
 14. LEGNANI, A., *"Prodotti difettosi. La responsabilità per danno. Comento al d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224"*, Ed. Maggioli, Rimini, 1990.
 15. LEGUINA VILLA, J., *"La responsabilidad civil de la Administración Pública"*, Tecnos, Madrid, 1970.
 16. LEON GONZALEZ, J. M., 'Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños, especial consideración a la culpa de la víctima', en *"La responsabilidad civil de Roma en el Derecho moderno"*, Ediciones Universidad de Burgos, Burgos, 2001.
 17. LETE ACHIRICA, J., *"La armonización de las regulaciones europeas sobre productos de los consumidores a la luz del Derecho comunitario"*, en AC, nº 9, 1998.
 - *"Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos: Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de mayo de 1997"*, en AC, nº 28, 1998.
 18. LIBRO VERDE *"LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS"*, presentado por la Comisión Bruselas, 28.7.99, COM (1999) 396.
 19. LLACER MATAICAS, M. R., *"El dolo en el saneamiento por vicios ocultos"*, en ADC, 1992.
 - *"La responsabilidad del vendedor de cosa de defectuosa: la transposición de la directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de bienes de consumo"*, en Carta Mercantil, Julio 2001, Nº 26, Ciss Praxis, Walters Kluwer, Bilbao, 2001.
 20. LLAMAS POMBO, E., (coordinador), *"Estudio de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez. Tomo I"*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 45.
 - *"La responsabilidad del médico. Aspectos tradicionales y modernos"*, Trivium, Madrid, 1988.
 21. LLAMBIAS, J. J., *"Código Civil, anotado"*, Tomo II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.
 - *"Daños causados por productos elaborados"*, en LL, 1979-B-1100.
 - *"El límite de la reparación en la responsabilidad objetiva"*, en LL, 1980-B-1119.
 - *"El precio del dólar"*, en JA, 1954-III-358.
 - *"Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.771"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.
 - *"Responsabilidad Colectiva o anónima"*, en El Derecho, Tomo 83.
 - *"Tratado de Derecho Civil. Obligaciones"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978.
 22. LLAMBIAS, J. J., ALTERINI, J., *"Código Civil, anotado"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
 23. LLOBET I AGUADO, J., *"El deber de información en la formación de los contratos"*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 24. LLODRA GRIMALT, F., *"El contrato celebrado bajo condiciones generales"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
 25. LOGAN, J., *"Tort Law"*, second edition, Covendish Publishing Briefcase Series, London, 1988.
 26. LOIS CABALLE, A. I., *"La ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. La incorporación de la Directiva 85/374/CEE en el ordenamiento jurídico español"*, en DN, nº 54, 1995.
 - *"La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos"*, Tecnos, Madrid 1996.
 - *"Una nueva solución a los accidentes causados por los defectos de los productos: la ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en EC, nº 44, 1998.
 27. LOMABARDA, C. A., 'El Deber de Seguridad en la Ley del Consumidor', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

28. LOMBARDI, J. E., *"La responsabilidad extracontractual civil en el Derecho panameño"*, Universidad de Panamá, Panamá, 1965.
29. LOPEZ CABANA, R. M., *"La demora en el Derecho Privado"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
30. LOPEZ ESCUDERO, M., *"Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Económica Europea"*, Universidad de Granada, Granada, 1991.
31. LOPEZ MENUDO, F., *"Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un poco adelante en la definición del sistema"*, en *Derecho y Salud*, vol. 8, julio-diciembre, 2000.
32. LOPEZ MUÑOZ, R., *"Independencia y responsabilidad del Juez"*, en *RGD*, núm. 636, 1997.
- *"La objetivación de la responsabilidad extracontractual. En consideración a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, en *RGD*, núm. 652-653, enero-febrero, 1999.
33. LOPEZ OLACIREGUI, J. M., *"Esencia y fundamento de la Responsabilidad Civil"*, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 64, año II, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- *"Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil, balance de un siglo"*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1964-I.
34. LOPEZ RENDO, C., *"La responsabilidad civil del fabricante en la Ley general de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Algunos problemas que plantea y perspectivas de una reforma"*, en *La Ley*, 1990.
35. LOPEZ SANTA MARIA, J., *"Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas"*, en *Cuadernos Jurídicos* n° 4, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, 1996.
- *'La Responsabilidad Civil por Productos'*, en *AAVV, "Derecho de Daños"*, Lexis Nexis Chile, Conosur, Santiago, 2002.
- *"Obligaciones y contratos frente a la inflación"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.
36. *Los Principios Generales del Derecho, Repertorio de Reglas, Máximas y Aforismos Jurídicos con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Bosch, Barcelona, 1979.
37. LOSCO, G., *"La responsabilità civile del produttore"*, en *Archivio Civile*, 1995.
38. LUCEA MARTINEZ, R., *'La regulación de daños a consumidores en la Legislación Española. Seguridad y responsabilidad de productos'*, *AAVV, "Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986.
39. LUNAS DIAZ, M. J., *"El efecto directo horizontal de las Directivas y la responsabilidad del Estado por violación del Derecho comunitario en un supuesto de crédito al consumo"*, en *La Ley*, 1997.

-M-

1. MADDEN, M. S., *"The Enduring Paradox of Products Liability Law Relating to Prescription Pharmaceuticals"*, en *21 Pace L. Rev.* 313, 2001.
2. MADDEN, M. S., *et al, "Products Liability"*, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1988.
3. MALINVAUD, *"La loi du 10 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction"*, en *Recueil Dalloz*, n° 9, Paris, 1999.
4. MALVAEZ CONTRERAS, J., *"La reparación del daño al ofendido o víctima del delito"*, Porrúa, México, 2008.
5. MANGAS MARTIN, A., LIÑAN NOGUERAS, D. J., *"Instituciones y Derecho de la Unión Europea"*, Tecnos, Madrid, 2010.
6. MARCO MOLINA, J., *"La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo"*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 674, 2002.
- *"La responsabilidad civil del fabricante La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación"*, Atelier, Barcelona, 2007.
- *"La protección de la persona como sujeto expuesto al desarrollo tecnológico. La responsabilidad del fabricante de productos defectuosos en el Derecho Norteamericano"*, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 58, fasc. I., 2005.
7. MARIENHOFF, M. S., *"Responsabilidad extracontractual del estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
8. MARIN LOPEZ, A., *"La Directiva Comunitaria 1999/34/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en cuestión de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos"*, en *NUE*, n° 194, 2001.
9. MARIN LOPEZ, J. J., *"Daños por productos: estado de la cuestión"*, Tecnos, Madrid, 2001.

10. MARINS, J., *"Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os accidentes de consumo no código de protecao e defesa do consumidor"*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1993.
11. MARKESINIS, B. S., *"The German Law of Torts"*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1990.
12. MARKESINIS, B. S., DEAKIN, S. F., *"Tort Law"*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
13. MARKOVITS, Y., *"La Directive C.E.E. du 25 Juillet 1985 sur la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux"*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.
14. MARQUES, C. L., *"Direitos do consumidor no Mercosur: algumas sugestoes frente ao impasse"*, en Revista de Direito do Consumidor, nº 32, São Paulo, 1998.
15. MARTIN CASALS, M., *"Una primera aproximación a los "Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil"*, en InDret, Nº 2, 2005.
16. MARTIN CASALS, M., SOLE I FELIU, J., *"Aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos"*, en La Ley, nº 5807, 2003.
 - *"Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos"*, en InDret, nº 1, 2000.
 - *"¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU"*, en RDP, sept.-oct., 2008.
 - *"Veinte problemas en la aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución"*, en Práctica. Derecho de daños, núm. 10, diciembre, 2003.
17. MARTIN GIL, S., *"La responsabilidad civil del fabricante y la protección del consumidor"*, en La Ley, 1987.
18. MARTIN MELENDEZ, M. T., *"La indemnización del mayor daño"*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
19. MARTIN, M., SOLE I FELIU, J., *"La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas"*, en Derecho Privado Europeo, 2003.
20. MARTIN, S., *"La responsabilidad civil del fabricante y la protección del consumidor"*, en La Ley, nº 3, 1987.
21. MARTINEZ CALCERRADA, L., *"La responsabilidad civil"*, 3ª edición, Colex, Madrid, 2004.
 - *"La responsabilidad civil profesional. De los teleinformáticas, auditores de cuentas, periodistas, arquitectos-peritos, médicos peritos y de los peritos judiciales en general"*, Colex, Madrid, 1996.
22. MARTINEZ DE AGUIRRE YALDAZ, C., *"Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía"*, en EC, nº 16, 1989.
 - *"Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones"*, en ADC, 1994-1.
23. MARTINEZ MAS, F., *"La responsabilidad decenal por los defectos de construcción según la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, Dykinson, Madrid, 1997.
24. MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M., *"Sanciones y responsabilidades en materia de caza"*, Tecnos, Madrid, 1972.
25. MARTINEZ RUIZ, R., *"Obligaciones de medios y de resultado"*, en LL, 90-760.
26. MARTORANA, C., *"La responsabilità per i prodotti agricoli difettosi"*, en Riv. Dir. Agr., 1992-I.
27. MARZORATTI, O., *"Sistemas de distribución comercial"*, Astrea, Buenos Aires, 1990.
28. MASERA, L., *"Morte da fumador pasivo e nesso di causalità"*, en Danno e Resp., núms. 8-9, 2002.
29. MATESANZ MARTINEZ, C., *"Responsabilidad por productos defectuosos: a propósito de la STS de 21 de febrero de 2003"*, en EC, nº 65, 2003.
30. MATTERA, A., *"El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento"*, Civitas, Madrid, 1991.
31. MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., TUNC, A., *"Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual"*, Ejea, Buenos Aires, 1977.
32. MCINTOSH, D., HOLMES, M., *"Indemnizaciones por lesiones personales en los países de la CEE"*, Colex, Madrid, 1992.
33. MEDINA ALCOZ, M., *"La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2003.
34. MEDINA ORTA, O., MENDEZ GARCIA DE PAREDES, J. L., RUBIO BENITO, N., *"Marcas de distribuidor y marcas de fabricante. ¿Presentan calidades similares?"*, en EC, nº 56, 2001.
35. MELICH ORSINI, J., *"Responsabilidades civiles extracontractuales"*, Universidad Central de Venezuela, Cajica, 1965.
36. MENANTEAU HORTA, H., *"Manual de Derecho de Protección al Consumidor"*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago, 2000.

37. MENDEZ PINADO, E., *"La protección de los consumidores en la unión europea: hacia un derecho comunitario de consumo"*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
38. MENDOZA BUERGO, B., *"El Derecho penal en la sociedad del riesgo"*, Civitas, Madrid, 2001.
39. MENENDEZ MENENDEZ, A., DIEZ-PICAZO, L., DIRECTOR, ALFARO AGUILA REAL, J., COORDINADOR, *"Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación"*, Civitas, Madrid, 2002.
40. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, G. N., 'El Riesgo de Empresa como Fundamento de la Responsabilidad Civil', en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996.
 - 'Función Actual de la Responsabilidad Civil', en AAVV, DIRECTORES DE LA OBRA TRIGO REPRESAS, FELIX A., STIGLITZ, RUBEN S., *"Derecho de Daños. Primera Parte, Homenaje al profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe"*, La Roca, Buenos Aires, 1996.
 - *"La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica, Tendencias y Prospectiva"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
41. MESSINEO, F., *"Manual de derecho civil y comercial"*, Ejea, Buenos Aires, 1971.
42. MEZA BARROS, R., *"Manual de Derecho Civil, De Las Obligaciones"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
43. MEZZASOMA, L., *"La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el Derecho Italiano y en el Derecho Español"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
44. MILLAN DE MORO, L., *"La eficacia directiva de las Directivas: evolución reciente"*, en RIE, 1991.
45. MILLER, C. J., *"Product Liability & Safety Encyclopedia"*, Butterworths & Company, London, 1979.
46. MILLER, C. J., HARVEY, B. W., *"Consumer and Trading Law. Cases and Materials"*, Butterworths, London, 1985.
47. MIR PUIG, S., LUZON PEÑA, D., (coord.), *"De nuevo sobre el "caso de la colza" una réplica"*, en RDPC, núm. 5, 2000.
 - *"Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto"*, Bosch, Barcelona, 1996.
48. MIR PUIGPELAT, O., *"La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad"*, Civitas, Madrid, 2000.
49. MIRA CANDEL, F., 'Seguridad y responsabilidad de productos', en AAVV, *"Seguridad y responsabilidad de productos. Temas de seguros"*, Editorial Mapfre, Madrid, 1986.
50. MOISSET DE ESPANES, L., (coord.), *"Responsabilidad civil. Jornadas australes de Derecho (Comodoro Rivadavia)"*, ed. Universidad. Nacional de Córdoba, Córdoba, 1984.
51. MOISSET DE ESPANES, L., SANCHEZ, C., *"Accidentes de automotores"*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1993.
52. MOLINE JORQUES, E., *"Observaciones sobre la llamada compensación de culpas"*, en La Ley, 1980-I.
53. MONTANIER, J. C., *"Le produits défectueux"*, Litec, Paris, 2000.
54. MONTERO AROCA, J., *"La prueba en el proceso civil"*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2002.
55. MONTES, A. C., *"El derecho de regreso en la solidaridad de deudores"*, en ADC, octubre-diciembre, 1991.
 - *"El incumplimiento de las obligaciones"*, Tecnos, Madrid, 1989.
 - *"Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil"*, Bosch, Barcelona, 1985.
56. MONTI, E., *"Responsabilidad civil de productos farmacéuticos (aspectos sobresalientes de la jurisprudencia de Los Estados Unidos de Norteamérica)"*, en ED, 11-11-1986.
57. MORALES MORENO, A. M., *"El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa"*, en ADC, 1982-II.
58. MORALES & SANCHO ABOGADOS, *"Manual Práctico de Responsabilidad Civil"*, segunda edición, Comares, Granada, 1995.
59. MORELLO, A., *"Indemnización del daño contractual. t. II"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
60. MORENO FLOREZ, R. M., *"¿ Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?"*, en AC, n° 2, 1986.
61. MORENO QUEZADA, B., *"La protección de los consumidores y usuarios al contratar"*, en AC, n° 4, 1988.
62. MORILLO, A. M., *"Indemnización del daño comercial"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
 - *"La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal"*, en JA, III-321, 1978.
 - *"La prueba. Tendencias modernas"*, Platense, La Plata, 1991.
63. MOSSET ITURRASPE, J., 'Daño colectivo', en *"Responsabilidad por daños"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1990.

- *"Defensa del Consumidor, Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24.787 y 24.999)"*, 2ª edición actualizada, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- *"El valor de la vida humana"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1983.
- *"Estudios sobre responsabilidad por daños, Tomo I"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1982.
- *"Eximentes en Responsabilidad por daños"*, Ediar, Buenos Aires, 1980.
- *"Eximentes verdaderas y falsas en los de automotores en Estudios sobre responsabilidad por daños"*, Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1982.
- 'La Empresa y la Protección del Consumidor', en AAVV, *"Responsabilidad Civil de la Empresa"*, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996.
- *"La frustración del contrato"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1991.
- *"La presunción de la explotación en la lesión subjetiva -objetiva"*, en JA 1970-V-686.
- *"La Recepción de la Teoría del Riesgo Creado por el Código Civil a través del Artículo 1113"*, en La Ley, T. 1979-D.
- *"La responsabilidad por riesgo"*, en JA, sec. doc., 1970-721.
- *"Nuevas fronteras de la responsabilidad civil"*, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado n° 1, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1977.
- *"Responsabilidad por daños. Parte General. t. III"*, Ediar, Buenos Aires, 1971.
- 64. MOSSET ITURRASPE, J., DIEZ-PICAZO, L., *"Daños"*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- 65. MOSSET ITURRASPE, J., LORENZETTI, R. L., *"Contratos médicos"*, La Roca, Buenos Aires, 1991.
- *"Defensa del Consumidor. Ley 24.240"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1993.
- 66. MOSSET ITURRASPE, N., *"Derecho de Daños. La prueba en el proceso de daños, Tercera Parte"*, La Roca, Buenos Aires, 1996.
- 67. MUGICA, S., *"La transformación de la responsabilidad civil y la jurisprudencia"*, Aranzadi, Madrid, 1987.
- 68. MULLERAT BALMAÑA, R., *"La reforma de la legislación en materia de responsabilidad de los productos en los Estados Unidos de América"*, Boletín Tapia, núm. 88, mayo-junio, 1996.
- *"La responsabilidad del prestador de Servicios. Propuesta de Directiva del Consejo CEE"*, en Comunidades Europeas La Ley, núm. 75, 1992.
- *"La responsabilidad civil del fabricante. La Directiva CEE de 25 de julio de 1985 y el Derecho español"*, en RJC, n° 1, 1988.
- *"La responsabilidad civil de productos en derecho español (La Ley de 22/1994 de 6 de julio)"*, en RJC, n° 94, 1995.
- 69. MUÑOZ MACHADO, S., *"La responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas"*, Civitas, Madrid, 1992.
- 70. MURTULA, V., *"La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo"*, Dykinson, Madrid, 2005.

-N-

1. NAPOLEONI, C., *"Curso de Economía Política"*, Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1981.
2. NAVARRO MICHEL, M., *"Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario"*, en Anuario de Derecho Civil, v. 56, 2003.
3. NAVIA, F., *"Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?"*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 97.
4. NEELEY, R. *"The Product Liability Mess"*, Macmillon Publishers, New York, 1988.
5. NELSON, L. J., *"Tort reform in Alabama: are damages restrictions unconstitutional?"*, en Alabama Law Review, 1989.
6. NICOLINI, G., *"Il prodotto alimentare: sicurezza e tutela del consumatore"*, Cedam, Padua, 2003.
7. NOEL, D. X., PHILLIPS, J. J., *"Products Liability. Cases and Materials"*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1982.
8. NORRIS, R., *"Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto"*, Forense, Rio Janeiro, 1996.
9. NUBERMAN, C. E., *"El daño moral en la responsabilidad contractual"*, en LL, 149-522.

-O-

1. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "*Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*", Edersa, Madrid, 1986.
 - "*Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual*", en AC, 1987.
 - "*Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor*", en RDP, enero-febrero, 2005.
2. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A., "*Introducción al Derecho y Derecho Civil Patrimonial*", Fundación Ramón Areces, Madrid, 1996.
3. OCHOA MONZO, J., "*Riesgos mayores y protección civil*", McGraw-Hill, Madrid, 1996.
4. ODDO, A., "*La responsabilità del produttore nel progetto di Direttiva CEE*", en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1979.
 - "*Responsabilità del produttore e Direttiva 85/374/CEE: lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche quale causa di esclusione della responsabilità nella interpretazione della Corte di giustizia*", en *Riv. Dir. Com. Scambi Int.*, núm. 3, 1998.
5. OGALDE MUÑOZ, J. E., "*Abuso del derecho*", Universidad de Concepción, Concepción, 1991.
6. OGANDO, D. E., "*Plenarios civiles*", Vera Arévalo, Buenos Aires, 1994.
7. OLIVECRONA, K., "*Lenguaje jurídico y realidad*", Fontamara, México, 1999.
8. OLIVER, P., "*Free movement of goods in the EEC*", European Law Centre, LTD, London, 1988.
9. OLMOS PILDAIN, A., "*Responsabilidad civil derivada de daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios*", en *La Ley*, T. 4, 1987.
10. ORDOQUI CASTILLA, G., OLIVERA GARCIA, R., "*Derecho extracontractual*", Ediciones Jurídicas A. M. Fernández, Montevideo, 1974.
11. ORDUÑA, F. J., "*Contratación y consumo*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
12. O'REILLY, J. T., CODY, N. C., "*The Products Liability Resource Manual: An Attorney's Guide to Analyzing Issues, Developing Strategies, and Winning Cases*", General Practice Section, American Bar Association, Chicago, 1993.
13. ORGAZ, A., "*El daño resarcible (actos ilícitos)*", Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952.
 - "*La culpa*", Lerner, Buenos Aires, 1970.
 - "*La ilicitud*", 2ª ed., Lerner, Buenos Aires, 1974.
 - "*El damnificado indirecto*", en LL, 48-1091.
14. ORMAZABAL SANCHEZ, G., "*Carga de la prueba y sociedad de riesgo*", Marcial Pons, Madrid, 2005.
15. ORTI VALLEJO, A., "*La Responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*", Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
16. OVEJERO, D., "*El daño civil y su reparación*", en JA, 53-65.
17. OWEN, D., "*Philosophical foundations of tort law*", en Oxford University Press, Oxford, 1995.
 - "*Products Liability Law Restated*", en *South Carolina Law Review*, vol. 49, 1998.
18. OWLES, D., "*The development of Product Liability for the General Practitioner*", Shepard's / McGraw-Hill, Colorado Springs, 1981.
 - "*The Development of Product Liability in the United States*", Lloyd's of London Press Limited, London, 1978.

-P-

1. PADILLA, R. A., "*Responsabilidad civil por mora*", Astrea, Buenos Aires, 1996.
2. PAES DE BARROS LEAES, L. G., "*A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*", Saraiva, Sao Paulo, 1987.
3. PAGADOR LOPEZ, J., "*Condiciones Generales y Cláusulas Contractuales Predispuestas. La ley de condiciones generales de la contratación*", Marcial Pons, Madrid, 1999.
4. PALACIO, L. E., "*Derecho procesal civil*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
5. PALACIO, L. E., ALVARADO VELLOSO, A., "*Código procesal Civil y Comercial de la Nación, comentando, concordado y anotado*", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1988.
6. PALAU RAMIREZ, F., "*El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo*", en AD, XIX, 1998.
7. PALMERO, J. C., "*El daño involuntario*", Astrea, Buenos Aires, 1975.
8. PALUDI, O., "*La relación de causalidad en la responsabilidad civil por hechos propios*", Astrea, Buenos Aires, 1975.
9. PANTALEON PRIETO, F., "*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*", en *Centenario del CC*, II, 1990.

- 'Comentario al artículo 1.902', en *"Comentario al Código Civil"*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991.
 - *"Indemnización (Derecho Civil)"*, en EJB, II, 1995.
 - *"Responsabilidad extracontractual"*, en EJB, IV, Madrid, 1995.
 - *"Voces Indemnización (Dº Civil) y Responsabilidad extracontractual"*, en EJB, IV, Madrid, 1995.
10. PARDO, A. J., *"Responsabilidad civil por los productos elaborados"*, en ED, T 121.
 11. PARDO GATO, J. R., *"La excepción de los medicamentos respecto de las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo. Un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE"*, en Diario La Ley, nº 5810, junio, 2003.
 - *"La página web como soporte de condiciones generales de la contratación"*, Aranzadi, 2002.
 - *"La responsabilidad civil sanitaria por riesgos del desarrollo"*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 7, 2003.
 12. PARDO LEAL, M., *"Ampliación de la responsabilidad por productos defectuosos al sector agroalimentario de modificación de la Directiva 85/374/CEE"*, en CEA, nº 4, abril, 1998.
 - *"¿Es necesario modificar la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos?"*, en Revista de Derecho Alimentario, núm. 11, 2006.
 13. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *"El caso de la colza, o los deberes de la protección penal de los consumidores"*, Huarte de San Juan, núm. 1, 1994.
 - *"Límites de la responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del caso de la colza"*, en PJ, núm. 33, 1994.
 14. PAREDES CASTAÑÓN, J. M., RODRIGUEZ MONTAÑES, T., *"El caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
 15. PARELLADA, C. A., *"El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales"*, en LL, agosto, 1987.
 16. PARIZA FULLANA, M. A., *"Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores"*, en RGD, enero-febrero, 1999.
 17. PARRA LUCAN, M. A., *"Ámbito de protección de los daños de productos (Sistema y naturaleza de la responsabilidad civil prevista en la LRCP)"*, en INIURIA, nº 5, 1995.
 - *"Comentario a la STS de 5 de octubre de 1999. Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo"*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 52.
 - *"Daños por productos y protección del consumidor"*, Bosch, Barcelona, 1990.
 - *"La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios bajo la óptica de los derechos de la personalidad"*, en AC, 1988.
 - *"La responsabilidad civil de productos por defecto de información. La relevancia del incumplimiento de normas reglamentarias. (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1993)"*, INIURIA I, enero-marzo, 1994.
 - *"La responsabilidad por los servicios defectuosos: Hacia una armonización de los países miembros de la CEE"*, en EC, nº 17, 1990.
 - *"La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial"*, Aranzadi Civil, vol. I, 1995.
 - *"La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales"*, en *"Tratado de responsabilidad civil"*, coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2006.
 - *"Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General de los Consumidores y Usuarios"*, en Anuario de Derecho Civil, 1988.
 - *"Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados defectuosos"*, en Aranzadi Civil, núm. 36, 1995.
 - *"Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*, en Práctica de Derecho de Daños, nº 69, 2009.
 - *"Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo (Comentario a la STS de 5 de octubre de 1999)"*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 52, 2000.

18. PASARELL BEYA, O., *"Libro Verde relativo a la responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en OTROSÍ del Colegio de Abogados de Madrid, abril, Madrid, 2000.
19. PASCUAL ESTEVILL, L., *"Derecho de daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. Tomo I"*, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1995.
 - *"Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil (T.1), (Parte general)"*, Bosch, Barcelona, 1989.
 - *"La responsabilidad contractual"*, Bosch, Barcelona, 1989.
 - *"La Responsabilidad Extracontractual Aquiliana o delictual. Tomo II, Volúmenes I y II. Parte Especial"*, Bosch, Barcelona, 1990.
20. PASQUAU LIAÑO, M., *"La indeterminación del cuadro de acciones protectoras del adquirente de bienes de consumo"*, en AC, nº 29, 1990.
 - *"La noción de "defecto" a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos"*, en INIURIA, nº 5, 1995.
21. PAYA, F. H., *"La prueba en el proceso civil"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
22. PAYET PUCCIO, J., *"La Responsabilidad por Productos Defectuosos"*, Pontificia U. Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1992.
23. PEIRANO FACIO, J., *"Responsabilidad extracontractual"*, La Ley, Buenos Aires, 2010.
24. PELAYO PARDO, S., *"El contagio transfusional de VHC, a la luz de las últimas resoluciones judiciales. La teoría de los riesgos del desarrollo"*, en Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 26, marzo, 1997.
 - *"La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo"*, en Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 70, mayo, 2001.
25. PEÑA LOPEZ, F., *"La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual"*, Comares, Granada, 2002.
26. PEREIRA, A. O. K., *"Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos"*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, Brasil, 2003.
27. PEREZ LUÑO, A., *"Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto jurídico de los N.T."*, Ediciones Fundesco, Madrid, 1987.
28. PEREZ RICO, F., *"La responsabilidad civil del farmacéutico"*, Trivium, Madrid, 1984.
29. PERRINE, M., *"Nouveaux développements de la responsabilité du fait des produits en droit américain"*, Economica, Paris, 1985.
30. PEYRANO, J. W., *"Doctrina de las cargas probatorias dinámicas"*, en LL, 1991-B-1034.
 - 'Sobre el activismo judicial', en AAVV, *"Activismo y garantismo procesal"*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen XLVII, Córdoba, Argentina, 2009.
 - *"Tácticas en el proceso civil"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1983.
 - *"Valor probatorio de la conducta procesal de las partes"*, en LL, 1979-B-1049.
31. PEYRANO, J. W., CHIAPPINI J. O., *"Estrategia procesal civil"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1982.
32. PINOCHET OLAVE, R., *"Contratos electrónicos y defensa del consumidor"*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
33. PINTO AGER, J., *"Baremos, seguros y derecho de daños"*, Civitas, Madrid, 2000.
34. PIZARRO, D., 'Causalidad adecuada y factores extraños', en *"Derecho de daños"*, La Roca, Buenos Aires, 1989.
 - *"Daño moral"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
 - 'Daños punitivos', en *"Derecho de daños, segunda parte, homenaje al profesor doctor Félix A. Trigo Represas"*, La Roca, Buenos Aires, 1993.
 - 'Detrás de las noticias', en *"Responsabilidad por daños en homenaje a Bustamante Alsina"*, vol. II, Abeledo-Perrot, Argentina, 1990.
 - 'Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado', en AAVV, BUERES, A. J., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., DIRECTORES, *"Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
 - *"Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa"*, Ediciones Universidad, Buenos Aires, 1983.
35. PIZARRO, S. E., *"La responsabilità del produttore nella Directiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europee (85/374 CEE)"*, en Riv. del Dir. Commerciale, 1988.
36. PIZARRO WILSON, C., *"La Protección de los Consumidores en Materia Contractual"*, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Santiago, 1999.

37. PIZZIO, J. P., "La protección des consommateurs par le droit des obligations", en Revue Trim. de Droit Commercial, enero-marzo, Paris, 1998.
38. PIZZORNO, S., "La responsabilità del produttore nella Direttiva del 25 luglio 1985 del Consiglio delle Comunità Europea (85/374/CEE)", en Riv. dir. comm., 1988.
39. PLANIOL, M., "Notas", en Dalloz Periodique, 2ª parte, Paris, 1846.
40. PLANIOL, M., RIPERT, G., "Tratado elemental de Derecho Civil", trad. José M. Cajica, Cárdenas Editor, México, 1981.
41. PLENDER, R., PEREZ SANTOS, J., "Introducción al Derecho Comunitario Europeo", Madrid, Civitas, 1984.
42. POLINSKY, M., "Introducción al análisis económico del derecho", Ariel, Madrid, 1985.
43. POLO, E., "La protección del consumidor en el derecho privado", Civitas, Madrid, 1980.
- "Protección del Contratante Débil y Condiciones Generales de los Contratos", Civitas, Madrid, 1990.
44. PONZANELLI, G., "L'attuazione italiana della direttiva Cee sulla responsabilità del produttore", en Corr. giur., 1988.
- "La responsabilità civile. Profili di diritto comparato", en il Mulino, Bologna, 1992.
45. POSNER, R. A., "Economic Analysis of Law", Little Brown, Boston, 1973.
- "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", en 8 Hofstra Law Review 487-598, 1980.
- "Tort Law: Cases and Economic Analysis", Little Brown, Boston, 1982.
- "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", en 8 Journal of Legal Studies 103-140, 1979.
46. POSNER, R. A., EASTERBROOK, F. H., "Antitrust, Cases, Economic Notes, and Other Materials", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1981.
47. POTHIER, R., "Tratado de la obligaciones", Omeba, Buenos Aires, 1961.
48. PRADA ALAMO, J., "Protección del consumidor y responsabilidad civil", Marcial Pons, Madrid, 1988.
49. PRADA ALONSO, J., "Protección del consumidor y responsabilidad civil", Marcial Pons, Madrid, 1998.
50. PRIEST, G. L., "The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundation of modern tort law", en 14-15, Journal of Legal Studies, 1986.
51. PROSSER, W. L., "Handbook of the Law of Torts", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971.
- "Law of Torts", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1971.
- "The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer", en 50 Minnesota Law Review 791, 1996.
- "Res Ipsa Loquitur in California", en 37 Cal. L. Rev. 183, 1949.
52. PROSSER, W. L., KEETON, P., "On the law of torts", West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1984.
53. PUIG BRUTAU, J., "Caducidad y prescripción extintiva", Bosch, Barcelona, 1986.
- "Compendio de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1987.
- "Fundamentos de Derecho Civil II", Bosch, Barcelona, 1983.
54. PUIG I FERRIOL, L., 'Régimen jurídico de la solidaridad de deudores', en "Libro homenaje a Ramón María Roca Sastre", II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976.

-Q-

1. QUESADA ZAPIOLA, H., "La Teoría del Riesgo y la Acción Contra las Fábricas de Automotores", en La Ley, Tomo 147.
2. QUINTANA CARLO, I., "La obligación general de seguridad de los productos: examen del Derecho español a la luz de la propuesta de directiva comunitaria sobre la materia", en EC, nº 17, abril 1990.

-R-

1. RABIN, R. L., "Perspectives on Tort law", Little Brown, Boston, 1976.
2. RAMIREZ, J. O., "Indemnización de daños y perjuicios", Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
3. RAMOS, S., RIERA, M., FABIAN, I., FABIAN, R., GASCH, C., "Sujetos responsables por los daños derivados del uso de un producto peligroso. Comentario a la STS 1ª, 21.11.2008 (MP: José Antonio Seijas Quintana), RJ 2009/144", en InDret, nº 4, 2009.
4. RAMOS GONZALEZ, S., "La responsabilidad civil por medicamentos. El defecto de diseño", en InDret, nº 2, 2003.

- "La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán", en *InDret*, nº 1, 2003.
 - "Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones", Thomson, Civitas, Madrid, 2004.
 - "Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU.", en *InDret*, nº 2, 2005.
5. RAMSAY, I., "Consumer Protection: Text and Materials", Weidenfeld and Nicolson, London, 1989.
 6. RAYCE LEWIS, C. A., "Product Liability Consumer Safety", en ICSA Publishing, Cambridge, 1988.
 7. REAL EREZ, A., "Bibliografía Española de derecho Civil", Universidad Complutense de Madrid, 2002.
 8. REBOLLO PUIG, M., "Potestad sancionadora, alimentación y salud pública", en INAP, Madrid, Madrid, 1989.
 9. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., "La responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final", en *EC*, nº 56, 2001.
 10. REGLERO CAMPOS, F., "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXV, Vol. 2º, Artículos 1961 al final del Código Civil", Edersa, Madrid, 1994.
 - 'El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas', en "Tratado de responsabilidad civil", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002.
 - 'La prescripción de la acción de reclamación de daños', en "Tratado de responsabilidad civil", coord. por REGLERO CAMPOS, L. F., Aranzadi, Pamplona, 2002.
 - "Prescripción de acciones y límite temporal de aplicación del sistema LRPC, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en *INIURIA*, nº 5, 1995.
 - "Una aproximación a la LRPC, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos", en *INIURIA*, nº 3, 1994.
 11. REICH, N., "Mercado y derecho", Ariel, Barcelona, 1985.
 12. REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CHILENAS, CODIGO CIVIL.
 13. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, Jurisprudencia, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997.
 14. REVILLA, R., "El plan nacional de calidad industrial", en *Economía Industrial*, nº 274, julio-agosto, 1990.
 15. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica, Chile.
 16. REYES LOPEZ, M. J., "Algunas reflexiones sobre el derecho de consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos", en *RGD*, números 556-557, enero-febrero, 1991.
 - (coordinador), "Derecho Privado de Consumo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
 - "Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa", Editorial General del Derecho, Valencia, 1993.
 - "Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios", Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1995.
 - "La Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos y su incidencia en el ordenamiento jurídico español", en *NUE*, nº 110, marzo, 1994.
 - "La responsabilidad de la actuación inspectora en materia de consumo", en *RGD*, 1991.
 - "Seguridad de productos y responsabilidad civil especial: la de fabricante por productos defectuosos (análisis de la ley 22/1994 de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Editorial Práctica de Derecho, S.L., Valencia, 1998.
 17. REZZONICO, L. M., "Estudio de las obligaciones", Depalma, Buenos Aires, 1961.
 - "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", Depalma, Buenos Aires, 1969.
 18. RIBO DURAN, L., (coord.), "Derecho de daños", Bosch, Barcelona, 1992.
 - "Diccionario de Derecho", Bosch, Barcelona, 1995.
 19. RICATTE, J., "Introduction dans les droits nationaux de la directive du Conseil CEE (85/374) responsabilité du fait des produits: l'exemple du Royaume Uni vu de la France", *Gazette du Palais*, 1987.
 20. RICO PEREZ, F., "La responsabilidad civil del farmacéutico", Trivium, Madrid, 1984.
 - "La responsabilidad civil del productor en el Derecho español", en *RDP*, 1978.
 21. RIPERT, G., "La regle moral dans les obligations civiles", Cuarta edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.
 - en SAVATIER, R., "Traité de la responsabilité civile", Segunda edición, Librairie de Droit et de Jurisprudence, Tomo I, párrafo 15, prefacio.
 22. RITZER, G., "Teoría Sociológica Moderna", McGraw-Hill, Madrid, 2001.

23. RIVERA, J. C., "*Elementos de prueba de la lesión subjetiva*", en ED, 74-859.
 - "*Instituciones de Derecho Civil*", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
 - "*Responsabilidad del fabricante y del vendedor de productos defectuosos*", en ED, noviembre, 1997.
24. RIVESSI, A. J., "*Tendencias en responsabilidad por productos*", en Revista de Derecho de Daños, 2001-3.
25. ROCA TRIAS, E., "*Derecho de Daños*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
 - "*Derecho de daños. Textos y materiales*", 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - "*El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*", en InDret, nº 4, 2009.
 - 'La responsabilidad civil extracontractual', en AAVV, "*Derecho de obligaciones y contratos*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
26. ROCCA, I., CRIVELLARI, C., "*Responsabilidad civil por la contaminación ambiental*", BLAS, Buenos Aires, 1983.
27. ROCCO, U., "*Teoría general del proceso civil*", Porrúa, México, 1959.
28. RODRIGUEZ, H., "*La lesión gravísima*", en JA, 1969/95.
29. RODRIGUEZ ARANA, J., "*Reflexiones sobre la caducidad en el derecho público*", en SEPARATA DE REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACION PUBLICA, núm. 5, 1994.
30. RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., "*Derecho de las obligaciones*", en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965.
31. RODRIGUEZ CARRION, J. L., "*La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.
32. RODRIGUEZ GREZ, P., "*El abuso del derecho y el abuso circunstancial*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
 - "*Responsabilidad Extracontractual*", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
33. RODRIGUEZ LLAMAS, S., "*Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*", Aranzadi, Pamplona, 1997.
34. RODRIGUEZ PLOSS, B., "*Perspectivas jurídicas europeas en materia de responsabilidad civil de productos*", en AC, nº 37, 1989.
35. ROGEL VIDE, C., "*Aspectos de la responsabilidad civil extracontractual resultante de daños causados por productos defectuosos sin y con la jurisprudencia en la mano*", en RGLJ, núm. 5, 1999.
 - "*La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*", Civitas, Madrid, 1976.
 - "*Notas sobre el llamado "Efecto 2000", la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones*", en RGLJ, ene-feb, 1999.
36. ROJO FERNANDEZ-RIO, A., "*Actividad Económica Pública y Actividad Económica Privada en la Constitución Española*", en Revista de Derecho Mercantil, nº 169-170, 1983.
 - "*La responsabilidad civil del fabricante*", Bolonia-Zaragoza, Real Colegio España, 1974.
 - 'La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE', en "*Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*", coord. por FONT GALAN, J., LOPEZ MENUDO, F., Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990.
 - "*La responsabilidad del fabricante en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*", en EC, núm. extraordinario, noviembre, 1987.
37. ROMERO MELCHOR, S., "*Aplicación de la responsabilidad por productos defectuosos el sector agroalimentario: ¿El fin de la excepción agraria?*", en RD Apr. y Alim., núm. 35, julio-diciembre, 1999.
38. ROSATTI, H., "*Nuevos derechos de consumidores y usuarios*", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994.
39. ROSENDE ALVAREZ, H., "*La responsabilidad precontractual*", Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1979.
40. ROYCE LEWIS, C. A., "*Product Liability and Consumer Safety*", ICSA Publishing, Cambridge, 1988.
41. RUBI PUIG, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., "*Muerte de un niño asfixiado con un caramelo.(Comentario a la STS, Sala 1a., de 10 de junio de 2002)*", en InDret, working paper nº 123, Barcelona, enero 2003.
42. RUBIO GARCIA-MINA, J., "*La responsabilidad civil del empresario*", Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971.
43. RUBIO TORRANO, E., "*A la sombra de las vacas locas*", en Tribuna, AC, núm. 19, febrero, 2001.
 - 'La caducidad en el Derecho Civil Español', en "*Prescripción y caducidad de derechos y acciones*", Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 1995.
 - "*Responsabilidad civil y fumadores damnificados*", en AC, 2000-I.
 - "*Trasplante de riñón y Directiva sobre productos defectuosos*", en AC, 2001-III.

44. RUDA GONZALEZ, A., "La responsabilidad por cuota de mercado a juicio", en InDret, nº 3, 2003.
- "Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, núm. 19, 2004.
45. RUIZ GARCIA, C. A., MARIN GARCIA, I., "Producto inseguro y producto defectuoso. Concepto de producto peligroso, producto seguro y producto defectuoso en la Directiva 2001/95, el Real Decreto 1801/2003 y la Ley 22/1994", en InDret, nº 388, Barcelona, 2006.
46. RUIZ GARCIA, J. A., "No se firma por contrato (comentario a la SAP de Barcelona, Sección 1ª, de 1-12-2003)", en InDret, nº 1, 2004.
47. RUIZ MUÑOZ, M., "Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- "La Nulidad Parcial del contrato y la defensa de los consumidores", Editorial Nex Lova, 1993.
- 'Responsabilidad civil del empresario/fabricante', en "Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores" coord. por BOTANA GARCIA, G./ RUIZ MUÑOZ, M., McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- "Responsabilidad civil del fabricante, efecto directo de la Directiva comunitaria y empresa pública", en DN, nº 8, 1991.
48. RUIZ SOROA, J., "La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre", en RDM, 2001.
49. RUSSO, E. A., "Teoría General del Derecho. En la Modernidad y en la Posmodernidad", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

-S-

1. SACCHI, C., GARAT, A., "Manual de responsabilidad extracontractual", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1980.
2. SACHS, R. M., "Negligence or Strict Product Liability: Is there Really a Difference in Law or Economics", en Georgia Journal of International and Comparative, vol. 8, 1978.
3. SAGARNA, F. A., "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por el riesgo creado", en LL, 1994-E-376.
4. SAINZ-CANTERO CAPARROS, M. B., PEREZ FERRER, F., "Imputación, valoración y reclamación de los daños derivados de la circulación de vehículos a motor: (conforme al nuevo texto refundido de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, RDGLEG. 8/2004, de 29 de octubre)", Comares, Granada, 2006.
5. SALEILLES, R., "La responsabilité des fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada", en Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo X, 1911/23.
6. SALVADOR CODERCH, P., "Causalidad y responsabilidad", en InDret, nº 94, junio, 2002.
- "COOPER INDUSTRIES, INC. v. LEATHERMAN TOOL GROUP, INC.", en InDret, nº 99-2035, daños punitivos, Barcelona, julio, 2001.
- "Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras", en InDret, Working Paper nº 135, Barcelona, abril, 2003.
7. SALVADOR CORDECH, P., CARLES SEUBA, J., RAMOS GONZALEZ, S., LUNA YERGA, A., RUIZ, J. A., "Hepatitis y riesgos del desarrollo. Responsabilidad del laboratorio que comercializa plasma sanguíneo infectado de VHC (STS, 1a., 5 de octubre de 1999) y de las Administraciones Públicas Sanitarias que la empleen (STS, 3a., 31 de mayo de 1999)", en InDret, febrero, 2000.
8. SALVADOR CORDECH, P., PIÑEIRO SALGUERO, J., RUBI PUIG, A., "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)", en InDret, Working paper nº 164, Barcelona, octubre, 2003.
9. SALVADOR CODERCH, P., RAMOS GONZALEZ, S., "Avance del Comentario InDret a la Ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto", en InDret, nº 4, 2006.
10. SALVADOR CORDECH, P., SEUBA TORREBLANCA, J. C., RAMOS GONZALEZ, S., LUNA YERGA, A., "Neminem laedere, principio de cautela y red de alerta", en InDret, nº 190, 2004.
11. SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., "Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto", Marcial Pons, Madrid, 1999.
12. SALVADOR CODERCH, P., SOLE I FELIU, J., SEUBA TORREBLANCA, J. C., LUNA YERGA, A., RUIZ GARCIA, J. A., CARRASCO MARTIN, J., "Los riesgos de desarrollo", en InDret, nº 1, 2001.

13. SALVAT, R. M., *"Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las Obligaciones. Hechos ilícitos"*, 2º ed., anotada por A. Acuña Anzorena, TEA, Buenos Aires, 1958.
- *"Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general, t. I, 6ta. edición, anotada por E. V. Galli"*, TEA, Buenos Aires, 1952.
14. SALVAT, R. M., NOVILLO CORVALAN, S., *"Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales"*, TEA, Buenos Aires, 1952.
15. SALVI, C., *"Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni"*, Jovene, Nápoles, 1985.
16. SAN SEGUNDO, M. T., *"La Recepción en el Contrato de Obra"*, CISS, 2001.
17. SANCHEZ CALERO, F., *"Instituciones de Derecho Mercantil"*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- *"Responsabilidad civil de productos"*, AIDA, Madrid, 1983.
18. SANCHEZ JORDAN, E., *"Los riesgos del desarrollo, causa de exoneración en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración"*, en Derecho y Salud, Vol. 7-2, 1999.
19. SANCHEZ-FIERA GONZALEZ, M. del C., *"Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente"*, Bosch, Barcelona, 1994.
20. SANTOS BRIZ, J., *"Derecho de Daños"*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- *"La responsabilidad civil"*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- *"La responsabilidad civil II"*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- *"La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal"*, séptima edición, Montecorvo, Madrid, 1993.
- *"La responsabilidad civil en supuesto de prestación de servicios. La propuesta de directiva de la Comunidad Económica Europea de 18 de enero de 1991 y su proyección en el Derecho español"*, en RDP, 1992.
- *"La responsabilidad civil. Temas actuales"*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- 'La responsabilidad del fabricante frente a terceros en Derecho moderno', en *"Estudios Jurídicos en honor del profesor Castán Tobeñas"*, EUNSA, Pamplona, 1969.
- 'Responsabilidad de los fabricantes por productos defectuosos', en *"Responsabilidad civil en los accidentes de circulación (jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo)"*, en La Ley - Actualidad, Madrid, 1996.
- (editor), *"Tratado de derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de Sucesiones"*, Bosch, Madrid, 2003.
21. SANTOS MORON, M. J., *"La Forma de los contratos en el Código Civil"*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
22. SARAVALLE, A., *"Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato"*, Padua, Cedam, 1991.
23. SARAZA JIMENA, R., *"Responsabilidad civil del fabricante"*, en IURIS, abril-mayo, 1997.
- *"Seguro de accidentes e infarto de miocardio en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo"*, en AC, 1999.
24. SAVATIER, R., *"Règles générales de la responsabilité civile"*, en Revue Critique de Legislation et Jurisprudence, Paris, 1934.
- *"Traité de la responsabilité civile en Droit Français"*, décima edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951.
25. SCHAFER, H. B., OTT, C., *"Manual de análisis económico del Derecho civil"*, Tecnos, Madrid, 1991.
26. SHAPO, M., *"The Law of Product Liability, Vol. I"*, Butterworths Legal Publishers, London, 1990.
- 'Responsabilidade civil por fato do produto', en *"AAVV, Responsabilidade Civil. Seminário Internacional"*, OABRJ, Editora Justiça Cidadania, Rio de Janeiro, 2004.
27. SCHIFFER, M., *"El contrato de agencia"*, en LL, 1985-B-833.
28. SHERMAN, P., *"Product Liability for the general practitioner"*, Shepard's / McGraw-Hill, 1981.
29. SCHOPF OLEA, A., GARCIA MACHMAR, W., *"La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia"*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.
30. SCHWARTZ, G. T., *"Foreword: understanding Products Liability"*, en 67 California Law Review, 1979.
- *"The myth of the Ford Pinto case"*, en 43 Rutgers Law Review, 1991.
31. SCHWARTZ, T. M., *"The Impact of the New Products Liability Restatement on Prescription Products"*, en 50 Food Drug L.J. 399, 1995.
32. SCHWARTZ, V. E., *"The Uniform Product Liability Act. A brief overview"*, en Vanderbilt Law Review, 1980.
33. SCHWARTZ, V. E., et al, *"Product Liability: a practical guide"*, Clifton, New Jersey, 1988.

34. SCOGNAMIGLIO, R., 'Appunti sulla nozione di danno', en *"Studi in onore di Gioacchino Scaduto"*, Cedam, Padova, 1996.
- *"Responsabilità civile"*, en *Novissimo Digesto Italiano*, tº VIII, Torino, 1968.
35. SCOTT, B., *"The preparation of a product liability case"*, Little Brown, Boston, 1981.
36. SCOTT, C., BLACK, J., *"Cranston's Consumers and the Law"*, 3d. edition, Butterworths, London, 2000.
37. SEELMANN, K., *"Societat de risc i dret penal"*, en *Iuris*, Quaderns de Política Jurídica, núm. 1, 1994.
38. SERNAC (Chile), Proyecto Estratégico. Modificación del Marco Normativo, Diciembre 2000, inédito.
39. SERRA RODRIGUEZ, A., *"Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad"*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
40. SERRANO FERNANDEZ, M., *"Daños materiales causados por un producto defectuoso. Indemnización de los perjuicios ocasionados a un empresario que actúa en el ejercicio de su actividad empresarial. La responsabilidad del vendedor. Comentario a la SAP Badajoz (Sección 3ª) de 13 de julio 2002 (AC 2003,303)"*, en *RdP*, núm. 13, 2004.
41. SETTLE, S. M., SPIGELMYER, S., *"Product Liability: a Multibillion Dollar Dilemma"*, American Management Association, New York, 1989.
42. SEUBA TORREBLANCA, J. C., *"Contagio transfusional del VHC. Comentario a la STS, 1a., de 10.6.2004"*, en *InDret*, nº 1, 2005.
- *"La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial"*, en *DPyC*, núm. 13, 1999.
- *"Las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 25 de abril de 2002 sobre la Directiva 85/374, de productos defectuosos: una directiva imperativa, no de mínimos"*, en *InDret*, nº 3, 2002.
- *"Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis"*, Civitas, Madrid, 2002.
43. SKLAW, H., *"Responsabilità per danni da prodotti difettosi in USA: caso DES"*, Temi Romana, nº 1-2, Germania-Giugno, 1989.
44. SMITH, D. G., *"The European Community Directive on Product Liability: A comparative study of its implementation in the UK, France and West Germany"*, en *LIEI*, 2, 1990.
45. SMITH, J. C., *"Consideraciones sobre la reforma del Código Civil"*, en *LL*, 130-1016.
46. SOLE I FELIU, J., *"El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- *"El concepto de defecte en la Llei de responsabilitat per productes defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por Daños causados por productos Defectuosos)"*, en *RJC*, 1995-4.
- *"La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo"*, en *Anuario de Derecho Civil*, L-2, abril, 1997.
47. SOLE RESINA, J., *"Los Contratos de Servicios y de Ejecución de Obras. Delimitación Jurisprudencial y Conceptual de su Objeto"*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
48. SOTO NIETO, F., *"Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva"*, en *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- *"El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación"*, *Nauta*, 1965.
- *"La dinámica de la obligación in solidum"*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1220, 1980.
- *"La llamada compensación de culpas"*, en *RDP*, 1968.
- *"La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo. Vinculaciones solidarias"*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- *"La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva"*, Gesta, Madrid, 1969.
49. SOTOMAYOR GIPPINI, J. M., *"La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos"*, en *RES*, núm. 79, 1994.
50. SPOTA, A., *"La responsabilidad por daños acaecidos a pasajeros"*, en *JA*, 1944-II-701.
- *"Tratado de derecho civil, Parte General"*, Depalma, Buenos Aires, 1967.
51. SPERZIO, G. A., *"La responsabilità speciali modelli italiani e stranieri a cura"*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 1994.
52. SQUELLA NARDUCCI, A., *"Introducción al Derecho"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
53. STEINFELD, E., *"Aspectos del nuevo régimen de contrato de seguros"*, en *LL*, 134-1130.

54. STIGLITZ G. A., *"El Derecho Contractual y la Protección Jurídica del Consumidor en América Latina"*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIV, fascículo III, Madrid, 1990.
 - *"La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas"*, en La Ley, Buenos Aires, 1984.
 - *"Modernas orientaciones del daño material y moral"*, en Juris, Argentina, 1987.
 - *"Protección jurídica del consumidor"*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
 - *"Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiental"*, en LL, 1983-A-782.
55. STIGLITZ, R. S., STIGLITZ, G., *"Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
 - *"Derechos y defensa del consumidor"*, La Roca, Buenos Aires, 1994.
56. STOLL, H., *"Consequences of liability: Remedies"*, en International Encyclopedia of Comparative Law, XI-2 (Torts, TUNC, A., editor), 1983.
57. STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., *"Daños causados por los productos defectuosos elaborados. Responsabilidad civil del fabricante y distribuidor"*, en La Ley, I, 1985.
58. STRUYVEN, D., *"La transposition de la directive européenne en matière de responsabilité du fait des produits défectueux dans le droit des états membres: bilan et perspectives"*, en Revue de Droit International et de Droit Comparé, 1984.
59. SULLIVAN, G., *"Products Liability, who needs it?"*, The National Underwriter Co., Cincinnati, 1979.

- T -

1. TALLONE, F. C., *"Aspectos relevantes de la responsabilidad por productos elaborados"*, en Revista de Derecho de Daños, 2001-3.
 - *"Daños causados por productos elaborados"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
2. TAMAYO JARAMILLO, J., *"De la Responsabilidad Civil, De los perjuicios e indemnización, segunda reimpresión de la primera edición, Tomo II"*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
 - *"El seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año I, n° 3.
3. TAPIA RODRIGUEZ, M., VALDIVIA OLIVARES, J. M., *"Contrato por Adhesión. Ley 19.496"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
4. TASCHNER, H. C., 'Exposé introductif a La Directive et son introduction dans les droits européens', en GHESTIN, J. (dir), *"Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux"*, LGDJ, Paris, 1987.
 - *"La future responsabilité du fait des produits défectueux dans la Communauté Européenne"*, en Rev. Marché Commun, núm. 297, 1986.
 - 'Product Liability-Actual Legislation and Law Reform in Europe', en WOODROFFE, G. (ed.), *"Consumer Law in the EEC"*, Sweet & Maxwell, Londres, 1984.
5. TASCHNER, H., FRIETSCH, E., *"Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie"*, Kommentar, 2. Aufl., Einführung, núm. 165, München, 1990.
6. TASSONI, G., *"Responsabilità del produttore di farmaci per rischio di sviluppo, e art. 2050 CC"*, en Resp. civ. e prev., 1988.
7. TEBBENS, H. D., *"International Product Liability. A Study of Comparative and International Legal Aspects of Product Liability"*, Alphen Aaan Den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.
8. TEJEDOR MUÑOZ, L., *"Incorporación Contractual de las Condiciones Generales (Ley española 7/1998, de 13 de Abril, sobre condiciones generales de la contratación)"*, en Revista de Derecho Comparado, n°2, Cláusulas abusivas-II, junio, 2000.
 - *"La responsabilidad por medicamentos defectuosos"*, en RCDI, n° 704, 2007.
9. TERUEL LOZANO, G. M., "El tribunal constitucional ante el principio de primacía del derecho comunitario (*análisis de la jurisprudencia constitucional respecto de la compatibilidad del principio de primacía con la constitución de la nación española de 1978*)", en Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Número 24, Murcia, 2006.
10. THIBIERGE, C., *"Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité"*, en RTD civ (3), juil-sept., 1999.
11. TIRADO SUAREZ, F. J., *"La directiva comunitaria de responsabilidad civil de productos y ordenamiento español"*, en RGD, n° 516, 1987.
12. TOBAJAS GALVEZ, O., *"La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos"*, en AC, n° 23, 2002.
13. TOFFLER, A., *"La Tercera Ola"*, Plaza & Janes S.A. Editores, Colombia, 1980.

14. TOMASELLO HART, L., *"La Contratación, Contratación Tipo, de Adhesión y Dirigida. Autocontratación y Subcontratación"*, Edeval, Valparaíso, 1984.
15. TORRALBA MENDIOLA, E., *"La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitario"*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
16. TORRES LANA, J. A., TUR FAUNDEZ, M. N., JANER TORRENS, J. D., *"La protección del turista consumidor"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
17. TORRES LARA, J. A., 'La garantía en las ventas al consumidor', en *"Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, volumen primero"*, Bosch, S.A., Barcelona, 1992.
18. TORRES Y TORRES LARA, C., *"Derecho de la empresa"*, en Revista peruana de derecho de la empresa, Lima, 1987.
19. TOYNBEE, A., *"A Study of History"*, Emece, 2001.
20. TRABADO ALVAREZ, C., *"La responsabilidad civil del artículo 1.905 del Código Civil: daños causados por animales domésticos"*, Colección Iuris Series, Septem., Oviedo, 2001.
21. TREVES, R., *"La sociología del derecho"*, Ariel, Barcelona, 1988.
22. TRIGO REPRESAS, F. A., *"La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva"*, en LL 1979-C-790.
 - *"La responsabilidad civil del fabricante"*, en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en LL, T. 1982-B.
 - *"Pérdida de "chance" de curación y daño cierto, secuela de mala praxis"*, en LL, 1986-C-34.
 - *"Responsabilidad civil del abogado"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
 - 'Unificación de la responsabilidad por daños', en *"Derecho de daños"*, La Roca, Buenos Aires, 1989.
23. TRIGO REPRESAS, F. A., CAZEAUX, P. N., *"Derecho de las Obligaciones, Tomo IV"*, Segunda Edición, primera reimpression, Librería Editora Platense, La Plata, 1981.
24. TRIGO REPRESAS, F. A., STIGLITZ, R. (Directores), *"Derecho de daños Primera Parte"*, La Roca, Buenos Aires, 1996.
25. TRIGO REPRESAS, F. A., COMPAGNUCCI DE CASO, R., *"Responsabilidad por accidentes de automotores"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
26. TRIMARCHI, P., 'La responsabilità civile', en *"Il diritto privato nella società moderna"*, a cura di RODOTÀ, S., il Mulino, Bolonia, 1971.
 - 'La responsabilità del fabbricante', en COMPORTE, M., SCALFI, G., (edi.), *"Responsabilità à civile e assicurazione obbligatoria"*, Giuffrè, Milano, 1988.
 - *"La responsabilità del fabbricante nella Direttiva Comunitaria"*, en Rivista de la Società, 1986.
 - *"Rischio e responsabilità oggettiva"*, Giuffrè, Milano, 1961.
 - *"Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale"*, en Rivista Trimestrale Diritto e Procedura Civile, 1970.
27. TROCCOLI, A., 'La empresa comercial', en *"Transferencias de fondos de comercio. Homenaje al Código de Comercio en su centenario"*, Ed. de la Biblioteca Nacional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1963.

-U-

1. URBISTONDO TAMAYO, S., *"La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos y su armonización al Derecho comunitario"*, en EC, n° 30, 1994.
2. URIA, R., *"Derecho Mercantil"*, 28ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1990.

-V-

1. VADILLO ROBEDO, M. G., *"Notas a los riesgos del desarrollo o el Estado de la ciencia en la responsabilidad civil por productos defectuosos"*, en Estudios de Deusto, Vol. 46-1, enero-junio, 1998.
 - *"Situación legal de la industria del tabaco en Estados Unidos"*, en Rev. Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya, núm. 6, abril-junio, 1997.
2. VALLS, M., *"Derecho ambiental"*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

3. VARELA VALENZUELA, H., *"La Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales"*, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Volumen IV, N° 4, 1995.
4. VASQUEZ CANTERO, J. M., *"La responsabilidad por productos defectuosos"*, en Alimentaria, núm. 227, 1991.
5. VASQUEZ RODRIGUEZ, M. A., *"Responsabilidad civil del vendedor por producto defectuoso"*, en Revista internauta de práctica jurídica, n° 3, 1999.
6. VATTIER FUENZALIDA, C., *"La responsabilidad civil por alimentos defectuosos"*, en AC, n° 8, 2002.
 - *"Los daños por alimentos inseguros"*, en RPDD, n° 2, 2003.
 - *"Responsabilidad civil por alimentos defectuosos y seguridad alimentaria"*, en Cuadernos de Derecho Agrario, Universidad de La Rioja, 2004.
7. VAZQUEZ DE CASTRO, J. M., *"Notas típicas de la solidaridad"*, en Revista de Derecho Español e Iberoamericano, 1959.
8. VAZQUEZ FERREYRA, R. A., *"Cajeros Automáticos y defensa del consumidor"*, en JA, 1997-I-791.
 - *"La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de contrato de Trabajo"*, ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988.
 - *"La responsabilidad contractual objetiva"*, en LL, 1988-B-998.
 - *"La teoría general de la responsabilidad del daño y los presupuestos del deber de responder"*, en JA, semanario del 3/9/86, 1986-IV.
 - *"Responsabilidad por Daños (Elementos)"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.
9. VEGA TEJEDOR, R., *"Riesgos del desarrollo o caso fortuito intrínseco"*, en Acciones e Investigaciones Sociales, núm. 9, 1999.
10. VELA SANCHEZ, A. J., *"Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos"*, Comares, Granada, 2004.
11. VERNIMMEN, G., KRÄMER, L., *"La responsabilité du fait des produits en Europe"*, ed. Agence européenne d'informations, 1977.
12. VETRI, D., 'Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti', en *"Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa"*, a cura di ALPA, G. y BESSONE, M., Milano, Giuffrè, 1980.
13. VICENT CHULIA, F., *"Introducción al Derecho Mercantil"*, 15 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
14. VICENTE DOMINGO, E., *"Apunte sobre los llamados riesgos del Desarrollo"*, en EC, n° 1, 1992.
 - *"Los daños corporales: tipología y valoración"*, Bosch, Barcelona, 1994.
 - *"Responsabilidad por producto defectuoso, responsabilidad objetiva, riesgos del desarrollo y valoración de los daños"*, en La Ley, 2003.
15. VIGURI PEREA, A., *"La Protección del Consumidor y Usuario en el Marco de los Contratos de Adhesión. Análisis Comparado del Derecho Angloamericano"*, Comares, Granada, 1995.
 - *"La responsabilidad civil derivada del consumo de tabaco"*, en AC, 2000.
 - *"La responsabilidad civil derivada del consumo de Tabaco. Legislación y jurisprudencia en el derecho comparado"*, Colección de Estudios de Responsabilidad Civil, Comares, Granada, 2001.
 - *"La Responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos"*, Comares, Granada, 1997.
16. VILLANUEVA LUPION, C., *"La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras"*, en La Ley, 2002-3.
17. VILLAR ROJAS, F. J., *"Responsabilidad de las Administraciones sanitarias. Fundamento y límites"*, Editorial Praxis S.A., Barcelona, 1996.
18. VILLEY, M., *"En torno al contrato, la propiedad y la obligación"*, ed. Gherzi, Buenos Aires, 1980.
19. VINEY, G., *"Le Déclin de la Responsabilité Individuelle, pref. de André Tunc"*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1965.
 - 'Les obligations-La responsabilité: conditions', en *"Traité de Droit Civil, T.IV (sous la direction de Jacques Ghestin)"*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982.
 - *"Les obligations. La responsabilité en Ghestin, Jacques, dir., Traité de droit civil"*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982.
 - *"La responsabilité du fabricant et du distributeur"*, en Journées du Droit de la Consommation, 20 et 21 septembre 1974, Consommateurs Actualite, n° 67, numéro spécial.
 - *"Traité de Droit Civil. La responsabilité: effets"*, dirigida por Jacques Ghestin, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1988.
20. VODANOVIC, A., *"Derecho y jurisprudencia del tránsito y de los vehículos motorizados"*, Editorial Jurídica Couosur, Santiago, 1994.

21. VON TUHR, A., *"Derecho Civil"*, trad. de Tito Ravá, Depalma, Buenos Aires, 1948.
- *"Tratado de las obligaciones"*, REUS, Madrid, 1934.

-W-

1. WADE, J. W., *"On the Nature of Strict Liability for Products"*, en 44 Mississippi Law Journal, 1973.
2. WAGNER, M. J., PETERSON, L. L., *"The New Restatement (Third) of Torts - Shelter from the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufacturers"*, en Food and Drug Law Journal, vol. 53, 1998.
3. WEINSTEIN, A. S., *"Product Liability and Reasonably Safe Product: a guide for management design, and marketing"*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1978.
4. WERTHEIMER, E., *"Unknowable dangers and death of strict products liability: the empire strikes back"*, en 60 University of Cincinnati Law Review, 1992.
5. WESENBERG, G., WESENER, G., *"Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y Europa"*, Lex Nova, Valladolid, 1998.
6. WHINCUP, M. H., *"Product Liability Law"*, en Cambridge University Law, Cambridge, 1985.
- *"Sales law and product liability: a business guide"*, Gower, London, 1999.
7. WHITTAKER, S., 'The EEC Directive on Product Liability', en JACOBS, F. G., *"Yearbook of European Law: 1985"*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
8. WHITE, G. E., *"Tort law in America: An Intellectual History"*, Oxford University Press, New York, 1980.

-Y-

1. YAÑEZ DE ANDRES, A., *"Responsabilidad civil de la Administración por daños a las personas y competencia de la jurisdicción civil"*, en RGD, 1999.
2. YUSEFF QUIROS, G., *"Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva"*, Editorial La Ley, Santiago, 2000.
3. YZQUIERDO TOLSADA, M., *"Anexos de responsabilidad civil"*, Universidad Pontificia Comillas, España, 1989.
- *"La responsabilidad civil del profesional liberal"*, REUS, Madrid, 1989.
- *"La responsabilidad del propietario no conductor del vehículo en el nuevo Código Penal"*, en RDP, 1998.
- *"Responsabilidad Civil Contractual y extracontractual, Volumen I"*, REUS, Madrid, 1993.
- *"Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual"*, Dykinson, Madrid, 2001.

-Z-

1. ZABALA ESCUDERO, M. E., *"La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho internacional privado español"*, en REDI, 1991.
2. ZANNONI, E. A., *"El daño en la responsabilidad civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- 'Responsabilidad por productos elaborados', en *"Seguros y Responsabilidad Civil"*, Astrea, Buenos Aires, 1984.
3. ZAVALA DE GONZALEZ, M. M., *"La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el Derecho Internacional Privado Español"*, en REDI, 1991.
- *"La norma de actividades riesgosas en el proyecto de CC"*, en JA, Argentina, 1988.
- *"Resarcimiento de Daños"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- *"Responsabilidad por el daño necesario"*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *"Responsabilidad por riesgo"*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
4. ZELAYA ETCHEGARAY, P., *"La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente"*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
5. ZURITA MARTIN, I., *"Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos"*, en RdP, núm. 12, 2004.