

# InDret

## *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*

**Pablo Salvador Coderch**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**José Piñeiro Salguero**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

**Antoni Rubí Puig**  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n<sup>o</sup>: 164  
Barcelona, octubre de 2003

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## Sumario\*

1. Diversidad de regulaciones en materia de responsabilidad de producto
2. Génesis y desarrollo de la responsabilidad de producto
  - 2.1. El principio de la eficacia relativa de los contratos. *Winterbottom v. Wright* (152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842))
  - 2.2. La responsabilidad del fabricante como responsabilidad por culpa. *MacPherson v. Buick* (111 N.E. 1050 (N.Y. 1916))
  - 2.3. La responsabilidad de producto como responsabilidad objetiva. De *Escola v. Coca Cola* (150 P.2d 436 (Cal. 1944)) a *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (377 P.2d 897 (Cal. 1963)), pasando por *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (161 A.2d 69 (N.J. 1960))
  - 2.4. Codificación del canon de la responsabilidad objetiva del fabricante y vendedor: artículo 402 A del Restatement of Torts Second de 1965
  - 2.5. La recepción en Europa del canon de la responsabilidad objetiva: la Directiva 85/374/CEE
3. Culpa y responsabilidad objetiva: doctrina dominante
  - 3.1. La culpa civil como culpa objetiva
  - 3.2. Culpa, dolo y responsabilidad objetiva
4. El concepto de producto defectuoso. Clases de defecto
  - 4.1. Defecto de fabricación
  - 4.2. Defecto de diseño
  - 4.3. Defecto en las instrucciones o en las advertencias
5. Teoría general de la aplicación del derecho: sobre el lugar de la pretensión indemnizatoria en el instrumental de remedios legales y extralegales
6. Tabla de sentencias citadas
7. Bibliografía

\* Este trabajo fue presentado en el "Seminario Internacional Complutense de Responsabilidad por el Producto" (noviembre 2002). Una versión definitiva del mismo, actualmente en prensa, será publicada en *Anuario de Derecho Penal* y en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Lluís Puig i Ferriol.

## 1. Diversidad de regulaciones en materia de responsabilidad de producto

En el derecho español vigente, la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por productos defectuosos está fundamental, pero no exclusivamente regulada por la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE nº 161, 7.7.1994) que transpone la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio, 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 (DOCE nº 210, 7.8.1985). La Directiva de 1985 estableció un sistema general de responsabilidad civil objetiva de los fabricantes e importadores en la Unión Europea por los daños causados por los productos defectuosos.

Otros regímenes jurídicos sobre la materia son:

- a) El derecho general de defensa de los consumidores y usuarios (arts. 25 y ss. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, 24.7.1984)).
- b) Las reglas generales de la responsabilidad contractual o específicas de la compraventa o de cada tipo contractual relevante del Código Civil de 1889.
- c) La regulación de la responsabilidad civil extracontractual por culpa de los arts. 1902 y ss. del CC de 1889.
- d) Las reglas de responsabilidad civil derivada de delito de los arts. 109 y ss. del Código Penal de 1995.
- e) Los distintos regímenes sectoriales de responsabilidad civil, por ejemplo, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (Decreto de 21 de marzo de 1968, BOE 8.5.1968, modificado por Ley 30/1995, de 9 de noviembre, BOE nº 268, 9.11.1995); Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (BOE nº 82, 6.4.1970); Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear (BOE nº 107, 4.5.1964); Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE nº 306, 22.12.1990), etc.

Las relaciones entre los diferentes subsistemas normativos están reguladas por una pluralidad de disposiciones de distinto orden. Así, en primer lugar, hay que tener presentes el art. 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157, 2.7.1985) y el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882 (GG. núms. 260 a 283, de 17.9.1882 a 10.10.1882)), que establecen la preeminencia de la jurisdicción penal. En el marco de la jurisdicción civil hay que tener en cuenta el art. 10 y la DF 1ª de la Ley 22/1994:

Artículo 10. Ámbito de protección

“1. El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado. En este último caso se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas.

2. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general.

3. La presente Ley 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”.

Disposición Final Primera. Inaplicación de determinados preceptos

“Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley”.

Sin embargo y con cierta frecuencia se plantean problemas de concurso de normas o incluso de pretensiones:

- a) Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de abril de 2002 (cuestión prejudicial del art. 234 CE, Auto del JPI, nº 5, Oviedo de 13 de abril de 2000 *María Victoria González c. Medicina Asturiana, SA*, en un caso de contagio de VHC) ha aclarado la relación entre el derecho emanado de la Directiva y la legislación española de consumidores estableciendo que aquélla no era una Directiva de mínimos. El Tribunal entendió que la referencia del art. 13 de la Directiva a otros regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual se limitaba a las regulaciones de los vicios ocultos y de la responsabilidad por culpa extracontractual. Añadió que la referencia del mismo art. 13 de la Directiva a otros regímenes especiales, existentes en el momento de notificación de la Directiva, se refería a regímenes específicos entendidos en el sentido de limitados a un sector de la producción.
- b) Se discute en el derecho español cuál es la responsabilidad por el hecho del otro en el derecho civil y en el derecho penal. Muchos defienden que se produce un concurso de normas fundamentadoras de una misma pretensión y que el juez puede aplicar conjuntamente ambas (véanse, Fernando PANTALEÓN (1993) y Pablo SALVADOR y Carlos GÓMEZ (2002)).
- c) La posibilidad de reclamar por responsabilidad civil contra el empresario en caso de accidente de trabajo (art. 127 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE nº 154, 29.6.1994) y concordantes) ha planteado también serios problemas de seguridad jurídica y racionalidad económica (véanse Fernando GÓMEZ (2000) y (2002), Manuel LUQUE y Juan Antonio RUIZ (2002)).

Según el artículo 1 de la Directiva 85/374/CEE:

“El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.”

Conforme al artículo 1 de la Ley 22/1994:

“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.”

Ambos textos configuran la responsabilidad civil del fabricante y del importador como una responsabilidad objetiva o por riesgo (*Strict Liability*, en la terminología norteamericana, y *Gefährdungshaftung*, en la alemana). Es decir, se trata de un régimen de responsabilidad que excluye la necesidad de la concurrencia de la culpa como criterio de imputación subjetiva. Bastan la causalidad y la imputación objetiva.

Sin embargo, para entender el sentido del derecho establecido en las quince jurisdicciones de la Unión Europea a partir de la Directiva 85/374/CEE puede resultar iluminante tener en cuenta que el origen de esta regulación no es mayormente europeo continental (*Civil Law*), sino que se encuentra en el *Common Law*. Las reglas contemporáneas de la responsabilidad civil de producto surgen en torno al derecho de la responsabilidad contractual, se encuentran luego con el sistema de la responsabilidad por negligencia y confluyen finalmente en una única regulación de responsabilidad objetiva que combina elementos de ambos regímenes.

## 2. Génesis y desarrollo de la responsabilidad de producto

### 2.1 El principio de la eficacia relativa de los contratos. *Winterbottom v. Wright* (152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842))

Antes de que la Revolución Industrial madurara y alcanzara un estadio de consumo masivo, la regla general en materia de responsabilidad contractual tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law* era el principio de eficacia relativa de los contratos. Como dice el art. 1257 del CC de 1889, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En términos más abstractos, la autonomía privada vincula a los contratantes para sí y no para con los terceros. Es autorregulación voluntaria de los propios intereses.

Un caso inglés de 1842 ejemplifica bien el alcance y límites del principio de eficacia relativa de los contratos, lo que los juristas del *Common Law* llaman *Privity of Contract*. En *Winterbottom v. Wright* (152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)), el coche de caballos fabricado por el demandado se accidentó a consecuencia de un defecto latente y su conductor y demandante resultó lesionado. El juez británico (Abinger, C.B.) rechazó la acción, pues entendió que el demandante no había sido parte en la relación contractual que mediaba entre el fabricante y el servicio británico de correos:

“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 tendrían lugar”.

Con los años, la regla de *Winterbottom* devino un principio general que regiría, con algunas excepciones, en el *Common Law* hasta bien entrado el siglo XX. La idea subyacente era que cada parte que configurara un eslabón en la cadena de contratos podría demandar por vicios ocultos a quien se hubiera relacionado contractualmente con él, pero no a un eslabón anterior. Esta regla se

nos antoja hoy muy dura, sino como un absurdo práctico. Y posiblemente así es, aunque hay que tener en cuenta dos cosas: primero, la regla conocía algunas excepciones cuando se consideraba que el fabricante tenía un deber para con el público en general (*Public Duty*); ulteriormente, en una cultura artesanal, la tecnología al uso para construir coches de caballos era relativamente sencilla y la regla general según la cual cada comprador debía examinar el objeto que había adquirido (*Caveat Emptor*) respondía al buen sentido. Además, y aunque aquí no podemos entrar en ello, la regla tenía excepciones de nota.

## 2.2 La responsabilidad del fabricante como responsabilidad por culpa. *MacPherson v. Buick* (111 N.E. 1050 (N.Y. 1916))

Más de medio siglo después, en 1916, Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) decidió *MacPherson v. Buick* (111 N.E. 1050 (N.Y. 1916)) y cambió el derecho: de pronto la responsabilidad del fabricante fue desgajada del derecho contractual e incardinada en el derecho de la responsabilidad por negligencia (*Negligence*), es decir, a lo que en Europa continental llamamos responsabilidad civil por culpa. El caso, narrado por Cardozo, sucedió –más bien menos que más– como sigue:

“El demandado es un fabricante de automóviles. Vendió un automóvil a un detallista. El detallista lo revendió al demandante. Cuando el demandante estaba en el coche, éste se vino abajo. El demandante salió despedido y resultó herido. Una de las ruedas había sido fabricada con madera defectuosa y sus radios se hicieron pedazos. La rueda no había sido fabricada por el demandado, sino que éste la había adquirido de otro fabricante. Se ha probado, sin embargo, que su defecto habría podido ser descubierto mediante una inspección razonable, que se omitió”.

La última frase ofrece la clave de la resolución del caso, pues pone en relación su supuesto de hecho con la doctrina general de la negligencia. En adelante, los fabricantes de productos defectuosos responderían ante cualquier tercero si el defecto podía ser imputado a su negligencia. Luego, Cardozo, luciendo su habilidad legendaria, se hizo venir bien los precedentes que iba escogiendo entre las excepciones a *Winterbottom*, y, al hacerlo así, sabía de sobras que estaba poniendo de cabeza abajo el *Common Law*:

“Hemos puesto la fuente de la obligación donde debe estar”.

Más allá del formalismo, la *ratio decidendi* del caso es, traducida peor que mejor de su inglés de telegrafista legal, como sigue:

“Sin lugar a dudas, las características de un automóvil advierten del peligro probable si su construcción es defectuosa. Este automóvil fue diseñado para circular a cincuenta millas por hora. A menos que sus ruedas fueran fuertes y robustas, la lesión es punto menos que cierta. Son tan peligrosas como lo es una caldera defectuosa en un ferrocarril. El demandado conocía el peligro. Sabía también que el coche podía ser utilizado por

personas distintas al comprador. Ello resultaba de su tamaño; tenía asientos para tres personas. También se daba la circunstancia de que el comprador era un vendedor de coches, que los adquiriría con ánimo de revenderlos [...]. Es más, el vendedor de coches era, de hecho, la única persona de quien se podría decir, con casi absoluta seguridad, que no iba a usar el coche. Sin embargo, el demandado afirma que sólo tiene deberes de cuidado para con aquél. No es ésta la solución que se desprende del derecho. Precedentes tomados de la época de viaje en diligencia no sirven en los modos de viaje actuales. El principio conforme al cual el riesgo debe ser inminente no varía, pero los hechos sujetos al principio han cambiado. Están dondequiera que las necesidades de la vida en una sociedad desarrollada lo exijan”.

Como ya había ocurrido con *Winterbottom, MacPherson* se convirtió en seguida en la regla de responsabilidad civil del fabricante. Desde un punto de vista histórico, las preguntas sobre por qué se produjo un cambio tan drástico de regulación y por qué ello sucedió en los Estados Unidos se dejan responder con facilidad: Inglaterra había sido pionera en la Revolución Industrial, pero el consumo en masa surgió a inicios del siglo XX en los Estados Unidos de América, primera sociedad en la cual bienes de consumo duraderos y de tecnología compleja se comercializaron de forma masiva y fueron adquiridos por multitud de consumidores, ignorantes racionales de los riesgos de las máquinas que compraban, a diferencia de las generaciones anteriores, conocedoras de los riesgos inherentes, por ejemplo, a un carro de caballos. En un mundo así, la regla contractualista del *Caveat Emptor* pierde toda razón de ser y su sustitución por un principio genérico de responsabilidad civil por culpa del fabricante de productos defectuosos parece, como adelantara Cardozo, una obviedad.

### **2.3 La responsabilidad de producto como responsabilidad objetiva. De *Escola v. Coca Cola* (150 P.2d 436 (Cal. 1944)) a *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (377 P.2d 897 (Cal. 1963)), pasando por *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (161 A.2d 69 (N.J. 1960))**

En 1944, el Tribunal Supremo de California casi dio un paso más cuando decidió *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (150 P.2d 436 (Cal. 1944)). La demandante, camarera de profesión, reclamaba una indemnización por los daños corporales que había sufrido cuando le explotó en las manos una botella de Coca Cola que trataba de meter en un refrigerador. Alegaba que la compañía demandada había sido negligente por haber llenado la botella a presión excesiva o porque el recipiente era defectuoso. El jurado dictó un veredicto favorable a la demandante que fue confirmado en apelación, pero no hubo unanimidad en las razones de la sentencia: la mayoría aplicó al caso la doctrina de la *Res Ipsa Loquitur*, conforme a la cual la negligencia puede presumirse cuando, dadas las circunstancias, el accidente no se habría producido de no haber mediado culpa por parte del demandado –la idea de fondo es que las botellas no deben explotar por el simple hecho de ser manipuladas-. En su voto particular, el Juez Roger J. Traynor (1900-1983), quien llegaría a presidente del Tribunal, propuso de forma razonada el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva por defectos de producto:

“Concuero 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 v. 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”.

En España, el *pendant* de *Escola* es *Fernanda S.L. c. La Cruz del Campo, S.A.* (STS, 1ª, 26.6.1993 (Ar. 5380)). La actora, que había perdido la visión de un ojo cuando le explotó una botella de un litro de cerveza al cogerla de su caja, reclamaba 10.000.000 ptas. (60.101,21 €). El JPI desestimó la demanda por falta de prueba tanto de la culpa de la demandada como del defecto del producto. En apelación, la AP estimó el recurso y condenó a la fabricante demandada. El TS rechazó el recurso de ésta última salvo un punto relativo a las costas y aplicó el art. 28 LGDCU. Otros casos de botellas que explotan pueden verse en la [Guía InDret de jurisprudencia española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos](#) (3ª ed., InDret 1/2003), elaborada por Joan Carles Seuba *et alii*, de la cual citamos únicamente los resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo: *Isabel M.C. c. Schwepps S.A. y Adolfo Marineto S.A.* (STS, 1ª, 8.2.1995 (Ar. 1630)); *Ignacio L.C. c. Hipercor S.A. y La Cruz del Campo, S.A.* (STS, 1ª, 4.10.1996 (Ar. 7034)). Más recientemente, *Manuel Francisco L. F. c. “La Casera, S.A.” (fabricante), “Carbónica Murciana, S.L.” (distribuidora) y “Torres Lucas, S.L.” (supermercado)* (STS, 1ª, 21.2.03 (Ar. 2133)).

Con el tiempo, la opinión de Traynor pasó de ser un voto particular histórico a la *ratio decidendi* de la mayor parte de las jurisdicciones estatales norteamericanas. Los casos más significativos



fueron *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* (161 A.2d 69 (N.J. 1960)) y *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* (377 P.2d 897 (Cal. 1963)).

En *Henningsen*, el marido de la demandante había comprado un Plymouth (fabricado por Chrysler Corporation) al vendedor demandado, a quien había informado de su intención de regalárselo a su mujer. El contrato de compraventa excluía cualquier garantía por parte del vendedor o del fabricante por vicios ocultos salvo la de reemplazar las piezas defectuosas originales durante los primeros noventa días o las primeras 4.000 millas (6.436 kilómetros) del vehículo únicamente frente al adquirente. Poco después de la adquisición, la demandante sufrió un accidente cuando falló la dirección del coche. El Tribunal, en ponencia del Juez Francis, estimó la demanda al entender que existía una garantía implícita que protegía a personas ajenas al contrato de compraventa. William Lloyd Prosser (1898-1972), el más influyente tratadista de *Torts* de la postguerra, escribió de *Henningsen*: “En el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, la fecha de la caída de la ciudadela de la eficacia relativa de los contratos puede fijarse con certeza. Fue el 9 de mayo de 1960, cuando el Tribunal Supremo de New Jersey resolvió *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*” (PROSSER (1966)).

El caso se mueve entre el derecho de las garantías contractuales y el derecho de daños. El artículo 8.1 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, y la Disposición Adicional Única de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11.7.2003), que traspone al derecho español la mencionada Directiva, prevén –en caso de defecto de producto– la compatibilidad entre una reclamación contractual *ex* garantía y una acción extracontractual contra el fabricante, explicitando que se trata de una Directiva de mínimos.

En el derecho europeo y español vigente, el criterio de distinción depende del objeto del daño (arts. 9 de la Directiva 85/374/CEE y 10 de la Ley 22/1994). La responsabilidad civil del fabricante comprende los daños personales, salvo los morales, y los daños materiales, salvo los referidos al propio producto. Las garantías contractuales cubren estos últimos.

En *Greenman*, la mujer del actor le había regalado una herramienta multiuso de carpintería fabricada por la demandada, mas los tornillos de la máquina no eran suficientemente fuertes para sujetar un trozo de madera para fresarlo, una astilla salió disparada y se clavó en la frente del demandante causándole heridas de consideración. El jurado condenó a la demandada a indemnizar al actor con base en criterios de culpa y de incumplimiento de la garantía implícita en el contrato. El juez Traynor, entonces presidente del Tribunal Supremo de California, dejó caer las garantías implícitas del contrato y aplicó al caso un estándar de responsabilidad objetiva del fabricante.

#### **2.4 Codificación del canon de la responsabilidad objetiva del fabricante y vendedor: artículo 402 A del *Restatement of Torts Second* de 1965**

En 1965, el artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, del que había sido comisionado como redactor el mismo Prosser, dibujó 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:

402 A. Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if*

(a) *the seller is engaged in the business of selling such a product, and*

(b) *it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although*

(a) *the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and*

(b) *the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

En los Estados Unidos, la responsabilidad objetiva alcanza no solamente al fabricante, sino también al vendedor; aunque muchas de las jurisdicciones estatales han excluido a este último, como lo hizo posteriormente con carácter general el derecho europeo (art. 3 de la Directiva 85/374/CE y 4 de la Ley 22/1994).

La Directiva europea privilegió a dos sectores tradicionalmente subsidiados por la cultura europea: granjeros y ganaderos, y comerciantes. Los primeros perdieron el subsidio tras la reforma de la Directiva 85/374/CE por la Directiva 99/34/CE, de 10 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE nº L 141, de 4.6.1999) -transpuesta en España por la DA 12ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE nº 313, 30.12.2000)-.

## 2.5 La recepción en Europa del canon de la responsabilidad objetiva: la Directiva 85/374/CEE

Aunque en Europa, supuestos concretos de responsabilidad objetiva tienen una antigua tradición -en Alemania, desde la *Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen* de 1838; en Inglaterra, desde *Rylands v. Fletcher* (L.R. 3 H.L. 330 (1868)); o, en Francia, desde la jurisprudencia finisecular de la *Cour de Cassation* sobre *le gardien de la chose*; y, en España, claramente desde la jurisprudencia de mediados del siglo XX, aunque ya había permeado los trabajos de buena parte de la doctrina de principios del siglo pasado (véase Díez-PICAZO (1999), p. 110 y ss.)-, la regulación europea vigente sobre la responsabilidad objetiva del fabricante por defecto del producto se inspira claramente en los desarrollos jurisprudenciales norteamericanos y, en particular, en el *Restatement* de 1965, 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.

### 3. Culpa y responsabilidad objetiva: doctrina dominante

#### 3.1 La culpa civil como culpa objetiva

Para la doctrina civil europea dominante y, en particular, para la española, la responsabilidad civil del fabricante, regulada por la Ley 22/1994, es claramente objetiva, es decir, sin culpa (aunque una minoría de autores distinguen entre responsabilidad sin culpa y responsabilidad objetiva). Si se acepta la premisa de la mayoría, no hay posible confusión entre responsabilidad civil del fabricante y responsabilidad penal o civil por culpa ni, con mayor razón, con la responsabilidad dolosa.

En derecho civil, los dos estándares más comunes de responsabilidad son la culpa del art. 1902 CC y la responsabilidad objetiva (que, entre otros, establece el art. 1 Ley 22/1994). Conviene detenerse un momento en lo que se quiere decir con “culpa” y con “responsabilidad objetiva” en dogmática civil.

En derecho civil también y, desde luego, a ambos lados del Atlántico, culpa es infracción de un deber de cuidado impuesto por la ley o por normas sociales que los tribunales consideran jurídicamente relevantes. Así, se dice que actúa culposamente quien crea o incrementa un riesgo que una persona razonable habría evitado generar o aumentar. La culpa o negligencia es una conducta indebidamente arriesgada y no un simple estado mental. Por ello, los civilistas solemos decir que el concepto civil de culpa no es subjetivo, sino objetivo; es antes cuidado externo que interno: se espera del médico que trate a sus pacientes conforme a la *lex artis*, del chofer de un autobús que se comporte al volante como lo haría un conductor razonable, del socorrista que vele por los bañistas como lo haría un precavido vigilante, etc. Al menos, con referencia a los roles sociales que requieren conocimientos especiales, el estándar es objetivo, pues se entiende que quien no esté en condiciones subjetivas de realizar la actividad de que se trate deberá abstenerse de llevarla a cabo. Las doctrinas del caso fortuito o de la fuerza mayor permiten limitar o excluir la responsabilidad en casos extremos y abren un resquicio subjetivo en la doctrina casi cerrada y completa de la responsabilidad objetiva. La idea viene a ser que, para valorar el comportamiento del demandado como diligente o negligente, habrá que atender a aquello que habría hecho una persona razonable de haberse encontrado en las mismas circunstancias del demandado en el momento del accidente.

Conviene recalcar la naturaleza objetiva del estándar, pues a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos, el español no dispone de forma expresa que los menores de edad o de cierta edad sean civilmente inimputables cuando actúan de forma culposa (Cfr., por ejemplo, en el derecho alemán, § 828 BGB, que exonera de responsabilidad a los menores de 7 años por cualesquiera daños que causen y a los menores de 10 años por los daños derivados de accidentes de circulación automovilística o ferroviaria). Mas, la tesis de la culpa objetiva no se reduce al absurdo y, en los casos de daños físicamente causados por la acción o interposición físicas de un niño de corta edad, se entiende que responden directamente sus padres, tutores o guardadores (art. 1903 CC).

En análisis económico del derecho, la culpa se define en función de la cantidad y calidad de las precauciones adoptadas para evitar o minimizar el riesgo de accidente y su gravedad: en un proceso por negligencia para ser considerado diligente y, por lo tanto, absuelto, el demandado deberá probar haber invertido en precauciones adecuadas, como mínimo, una cantidad tal que el último euro asignado a precaución ahorre precisamente otro euro en daños probables. Si, como asume el análisis económico, estamos en condiciones de estimar todos los beneficios y costes sociales de las actividades arriesgadas, tiene pleno sentido llevar la inversión en precaución hasta el límite dicho, pero carece de él dar un paso más. El oyente o lector poco familiarizados con el análisis podrán captar de inmediato su sentido por el simple procedimiento de cambiar la unidad de medida utilizada –el euro– por cualquiera otra que les resulte más humana, como, por ejemplo, el número de años de vida ganados -o perdidos- con la adopción de las medidas de precaución de que se trate.

### 3.2 Culpa, dolo y responsabilidad objetiva

La culpa civil limita, por un lado, con el dolo y, por el otro, con la responsabilidad objetiva. Aunque el límite con el dolo no nos interesa demasiado en esta sede, quizás convenga apuntar que, además de las doctrinas del conocimiento y de la voluntad, los civilistas emplean, para caracterizar el dolo, el criterio de la desproporción entre precauciones –muy escasas– y riesgo –muy elevado–: si la entidad del riesgo previsible es muy superior a la de la precaución efectiva adoptada por el demandado, el juez civil tenderá a caracterizar su comportamiento como doloso. Así, el conductor que triplica la velocidad máxima permitida junto a una escuela urbana, en período lectivo, en un día laborable, y a la hora de entrada o salida de clase, y atropella a un niño, será, sin más, considerado causante doloso de daños.

La tendencia de los civilistas a buscar pautas, regularidades, usos sociales o sus infracciones más recurrentes, nos lleva de manera casi irremediable a objetivar también la estimación del dolo, aunque quizás cuanto más próximo esté el rol social asumido por el demandado a una actividad ineludible para la vida en sociedad, menos frecuente resultará la ilación del dolo. Por así decirlo, la valoración social y judicial de conductas propias de un rol electivo es mucho más estricta que la estimación que se lleva a cabo de un comportamiento propio de la vida cotidiana de todos o de casi todos y que resulte socialmente ineludible. En nuestro derecho, destacan las diferencias de apreciación entre accidentes domésticos y escolares, o entre los mismos accidentes de circulación cuando el conductor es un profesional o cuando es un familiar próximo de la víctima o un allegado suyo. La diferencia es razonable, pues los costes de oportunidad de un rol electivo son mucho menores que los de un rol socialmente ineludible o muy importante.

En el otro extremo, la culpa limita con la responsabilidad objetiva y, al efecto, la civilística europea todavía dominante –pero ya no la norteamericana–, sostiene con rutina digna de mejor práctica que la responsabilidad objetiva es aquella que deriva de la simple causación de daños, es decir, de aquello que un penalista calificaría quizás como causación naturalística de un daño.

Así, y volviendo al terreno de la responsabilidad del fabricante, ésta se asocia al hecho de que el producto sea defectuoso y de que el defecto haya causado efectivamente un daño corporal o un daño material a una cosa distinta al propio producto, sin necesidad de que además concurra ningún elemento de culpa o negligencia. A las razones que suelen aducirse para justificar este estándar de responsabilidad y que son las que ya detallara Traynor en su famoso voto particular a *Escola v. Coca Cola*, se añade en ocasiones otra: muchos civilistas sostienen que la responsabilidad objetiva no es sólo responsabilidad sin culpa sino que se asocia además a un comportamiento –fabricar o importar productos– que es lícito, es decir, que no es en manera alguna antijurídico. No podemos detallar aquí la amplia discusión que la añeja cuestión de la antijuridicidad en el derecho de la responsabilidad civil viene suscitando desde hace muchos años (Fernando REGLERO (2002), p. 52-55). Así, para bastantes, los riesgos derivados de los defectos de los productos que se fabrican o importan no permiten calificar el comportamiento del agente como antijurídico: quien fabrica millones de tornillos de precisión y lo hace a la luz del estado de los conocimientos científicos y tecnológicos no ignora, con toda probabilidad, que alguno o algunos de los productos fabricados serán defectuosos, y que ello conllevará un riesgo ineliminable de accidente, pero no por ello se considera que desarrolle una actividad contraria a derecho cuando comercialice los productos en cuestión. El ordenamiento, que ha valorado con anterioridad esa actividad como más beneficiosa que perjudicial, sujeta al fabricante o al importador a asegurarse por los daños que su actividad pudiera llegar a causar. El sentido último de la regla de la responsabilidad objetiva es, entonces, el que resulta consubstancial a cualquier seguro. Mas, por supuesto, lo anterior no excluye la eventualidad de que uno o más fabricantes decidan fabricar o comercializar productos concretos cuyos defectos conocen o pudieran conocer si actuaran de forma razonable, casos en los cuales su responsabilidad será civil, por culpa o dolo. Ni tampoco se descarta el supuesto en que el conocimiento tenga lugar una vez el producto haya sido comercializado y que pese a ello no se haya retirado lo antes posible. De nuevo, en este caso habría responsabilidad por dolo o culpa.

#### ***4. El producto defectuoso. Clases de defecto***

La síntesis de la doctrina mayoritaria sobre responsabilidad del fabricante no estaría completa si no nos refiriéramos con detenimiento al concepto de defecto y sus clases, es decir, al elemento básico del supuesto de hecho de la responsabilidad del fabricante (véase, por todos, Josep SOLÉ (1997)).

En materia de defectos de productos, la distinción clásica tiene naturaleza funcional y es la que media entre defectos de fabricación, de diseño y en las instrucciones sobre su utilización o en las advertencias sobre sus riesgos. Esta clasificación, como el resto de la cultura legal de la responsabilidad de producto, es de origen norteamericano, pero ha sido acogida por la doctrina europea aunque, como veremos, el derecho de la Directiva 85/374/CEE parte de un concepto genérico de defecto, que no tiene en cuenta de forma explícita aquélla, pues parte de la defraudación de las expectativas legítimas de los consumidores.

#### 4.1 Defecto de fabricación

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. En Estados Unidos, el *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998) considera que un producto ha sido fabricado defectuosamente “when it departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product” (art. 2 (a)).

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. De hecho, todos los casos que constituyen los hitos de la evolución jurisprudencial, doctrinal y legal, y que hemos resumido en las páginas anteriores, son de defecto de fabricación. Y es que la doctrina de la responsabilidad objetiva del fabricante encuentra en aquél su más plena razón de ser: uno o más productos de una serie tienen un fallo, circunstancia que causa el daño. La responsabilidad se hace derivar del defecto dañino, sin consideración de la carga de precaución más o menos elevada que adoptó o dejó de adoptar el fabricante: se persigue que los costes derivados de los daños corporales y materiales ocasionados por el defecto dejen de recaer de manera exclusiva sobre la víctima y se distribuyan entre el fabricante vendedor y sus compradores atendiendo a las elasticidades relativas de las funciones de oferta y demanda respectivas.

En un mercado competitivo, el precio del producto refleja sus características, cualidades y defectos físicos o legales y, *caeteris paribus*, mayor seguridad implica mayor precio. El precio del producto incorpora entonces la estimación de los riesgos asociados a los defectos de fabricación que presente. Entonces, si los daños afectan exclusivamente a quienes han contratado con el fabricante, su responsabilidad podría regresar a su lugar de origen, pues no hay ninguna buena razón para forzar a quienes compran un producto a la adquisición adicional de un seguro de daños o de accidentes. Por la misma razón que no la hay para obligarle a adquirir, además del equipamiento básico del producto, todos los extras disponibles de seguridad. La objeción anterior reclama una matización si el riesgo afecta a bienes jurídicos indisponibles o si prescindimos de la irreal hipótesis de competencia perfecta y presuponemos que el consumidor no dispone de información adecuada sobre los riesgos del producto. Más sería resultaría la objeción que, con frecuencia, apunta al hecho de que, en muchos casos, como hemos visto en *Winterbottom*, *Escola*, *Henningsen* o *Greenman*, el riesgo de daño amenaza a terceros no contratantes. En ellos, la regla de responsabilidad extracontractual del fabricante fuerza a éste y a quienes contraten con él a internalizar las externalidades negativas causadas por los defectos de los productos.

En España, uno de los casos recientes y más significativos de defecto de fabricación es *Alberto G.C. c. Laforest Bic S.A.* (STS, 1ª, 11.10.2001 (Ar. 8735)). El actor sufrió lesiones en las manos al explotarle un encendedor fabricado por la demandada “[...] sin que se observen elementos extraños en la tenencia y en el manejo del mechero, por lo que no puede menos que concluirse, tal como hace la sentencia recurrida, que sólo a la contextura de ese concreto encendedor puede ser atribuida su explosión y su consecuencia” (FD 2º).

## 4.2 Defecto de diseño

El concepto de defecto de diseño es bastante más difícil de delimitar que el de fabricación, pues cuando afirmamos que un producto ha sido diseñado defectuosamente, postulamos por hipótesis que toda la serie es defectuosa. A diferencia de lo que ocurre con el defecto de fabricación, donde siempre podemos comparar el producto defectuoso con el resto de los de su serie o modelo, en el defecto de diseño, todos los productos, sin excepción alguna, han sido mal ideados o proyectados, nos parecen irrazonablemente peligrosos y, por ello, juzgamos que son defectuosos.

Así, la caja de cambios de un modelo de automóvil puede ser defectuosa porque algunas unidades del modelo presentan un defecto de fabricación que provoque un salto indebido de una a otra velocidad con el riesgo consiguiente de pérdida de control y de accidente. Sin embargo, considérese el caso de un diseño de caja de cambios, frecuente hace algunos años, tal que la primera marcha es contigua a la marcha atrás. Si entonces uno o más consumidores yerran al cambiar de marcha introduciendo una por otra, y su error causa un accidente que les daña, ¿tendrán una pretensión indemnizatoria por defecto de diseño? De forma similar, los vehículos todoterreno tienen el centro de gravedad más alto que los turismos, circunstancia que incrementa el riesgo de vuelcos y que podría llevar a algunos consumidores o a sus abogados a fundamentar en ella una demanda por defecto de diseño. En la misma línea argumentativa, las motocicletas tienen sólo dos ruedas, los cuchillos cortan y las cerillas prenden con facilidad; en la práctica, no hay medicamentos sin efectos secundarios, ni bebidas alcohólicas apetecibles que no embriaguen, ni cigarrillos que no resulten perjudiciales para la salud. Estos ejemplos y muchos otros que podríamos añadir muestran cómo entre el producto defectuosamente diseñado y el producto categóricamente peligroso hay un continuum. Dado que, hoy por hoy, creemos que la responsabilidad de producto debe asociarse al daño causado por un defecto y no sólo al hecho de que el producto puesto en cuestión sea categóricamente peligroso, necesitamos un criterio que permita delimitar el defecto de diseño y distinguirlo del diseño adecuado de un producto, cuyo uso también correcto, o al menos previsible, presenta riesgos inevitables. La distinción entre producto defectuosamente diseñado y producto categóricamente peligroso supone, con todo, que este último es socialmente más beneficioso que perjudicial, pues si no fuera así debería ser retirado del comercio de los hombres. Entonces, más allá del producto categóricamente peligroso, como las bicicletas y los cuchillos, se encuentran aquéllos que, con razones mejores o peores y, en un momento dado, se consideran francamente perjudiciales. Hay buenos ejemplos recientes y contemporáneos: en las culturas islámicas, el alcohol se considera nocivo sin más; en la occidental, la Vigésimo primera Enmienda (1933) a la Constitución Federal de los Estados Unidos derogó la Decimoctava (1919), que había prohibido la fabricación, importación o tenencia de alcohol en aquel país. Hoy se discute y litiga sobre si el tabaco ha de quedar a uno u otro lado de la frontera (Juan Antonio RUIZ y Pablo SALVADOR (2002a) y (2002b)).

Al efecto, los derechos de las jurisdicciones europeas difieren sensiblemente de los norteamericanos. En Europa, el art. 6 de la Directiva y el 3.1 de la Ley española acogen el criterio de delimitación del concepto de defecto de diseño denominado de las expectativas legítimas del consumidor (*Consumer Expectations Test*). En cambio, en las jurisdicciones estadounidenses, se acoge, con algunas excepciones, el criterio del riesgo-utilidad (*Risk-Utility Test*). Conforme al primer criterio, un producto está defectuosamente diseñado cuando su concepción defrauda en alguna de sus características las expectativas razonables o legítimas del consumidor y le lleva a error causándole un daño en su persona o en sus bienes. De acuerdo con el segundo test, el diseño es defectuoso si los riesgos previsibles de daño que presenta podrían haber sido reducidos con la adopción de un diseño alternativo, razonablemente viable y más seguro (art. 2(b) del

*Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998): un producto “is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe”). El canon de las expectativas del consumidor tiene un sesgo normativo claro, pues no sólo apela a las expectativas reales de los consumidores, sino que exige que sean legítimas o razonables y, al hacerlo así, remite esta apreciación al arbitrio judicial. El juez deberá apreciar la razonabilidad de las expectativas, habida cuenta todas las circunstancias (art. 3 Ley 22/1994). Este sesgo normativo y judicial se refuerza aún más en Europa, pues en la mayor parte de las jurisdicciones europeas los procesos por defecto de producto son resueltos por jueces de carrera y no, como ocurre en los Estados Unidos, por jurados. El sesgo se acentúa así, pues la intervención de un jurado tendería a aproximar la apreciación del defecto a la opinión de la comunidad en vez de la que defienda o sostenga una corporación de funcionarios. Por su parte, el canon del riesgo-utilidad reconduce, como ha visto buena parte de la doctrina, el concepto de defecto de diseño al territorio natural de la negligencia, 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.

Es incluso discutible que el *Consumer Expectations Test* sea inmune al análisis riesgo-utilidad, pues el juicio normativo de razonabilidad que deberá realizar el juez incluirá con frecuencia la ponderación de esta circunstancia. Por otro lado, el canon europeo plantea algunas dificultades adicionales, ya que puede resultar insuficiente y excesivo a un mismo tiempo: insuficiente, cuando un producto tiene un defecto de diseño patente y fácilmente cognoscible por los consumidores, pero muy sencillo de soslayar a muy bajo coste; y excesivo, cuando un producto muy peligroso también resulta muy beneficioso, y no es comercializado o es expulsado del mercado porque el fabricante teme que un juez considere que defrauda expectativas legítimas o porque, efectivamente, un juez o tribunal así lo decida.

La excepción norteamericana más significativa al criterio del riesgo-utilidad se relaciona con los alimentos, que se rigen por el estándar de las expectativas del consumidor. En todo caso, hay que tener en cuenta que ni en Europa ni en los EE.UU., los dos cánones mencionados cubren todo el campo del análisis del defecto del producto. En este sentido, debe entenderse la referencia de la Ley española a todas las circunstancias. Así, para empezar, si un producto es claramente más perjudicial que beneficioso desde un punto de vista social, no hay lugar a comparación alguna con diseños alternativos, ni mucho menos, a la exigencia de su prueba.

Parecidamente, las circunstancias del caso pueden permitir colegir con facilidad la existencia del defecto sin necesidad de introducir prueba de la existencia o viabilidad de un diseño alternativo más seguro.

En tercer lugar, la infracción de las características o especificaciones legales o reglamentarias de diseño de un producto permite presumir que el defecto consiste en esa diferencia sin necesidad de nuevo de referirse a alternativa alguna.

El caso español de referencia de defecto de diseño es *Luis A.M. y Josefina V.M. c. Interdulces S.A. y Ana María G.J.* (STS, 1ª, 10.6.2002 (Ar. 6198)): el actor compró una golosina, conocida como



«Fresón», fabricada en Italia y distribuida en España por Interdulces S.A, y se la dio a su hijo de tres años. El menor falleció por asfixia mientras era trasladado al hospital. El caramelo tenía un diámetro de 3,5 cm. y una textura que dificultaban la masticación por un niño. *Ex post facto*, la Dirección General de Consumo de la Junta de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Sanidad y Consumo consideraron el alimento peligroso para la vida de los niños, principales destinatarios de estos productos, y lo retiraron del mercado.

También resulta patente el defecto de diseño en *Arsenio R.V. c. “Hiper Bebé, Roma 40-Bebés” y “Cunitor,S.A”*. (STS, 1ª, 25.5.1996, (Ar. 4853)): la hija del actor, de seis meses de edad, falleció por asfixia al quedar atrapada entre los barrotes de una cuna, diseñada de forma defectuosa, al “*no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos la cabeza*” (FJ 4º).

#### 4.3 Defecto en las instrucciones o en las advertencias

Finalmente, 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. Así, en defecto de advertencias, el art. 2(c) del *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998) establece que un producto es defectuoso “*when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe*”.

En España, dos casos en los que se ha utilizado la doctrina del defecto en las instrucciones o en las advertencias son *Casilda D.B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, SA y Ridruejo Hermanos S.L.* (STS, 1ª, 29.5.1993 (Ar. 4052)) y *Emilia N.C. c. Pérez Navarro S.L., Euroquem S.A. y NCH Española S.A.* (STS, 1ª, 22.5.2001 (Ar. 6467)). En el primero, la actora y recurrente había comprado una botella de benceno, la etiqueta de cuyo envase advertía de que el producto era altamente inflamable, pero no incluía la indicación -legalmente exigible- “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 abrasó. El TS aplicó un estándar de culpa comparativa atribuyendo a la recurrente un 80 % y a la envasadora un 20 % de la responsabilidad. En el segundo, la actora había sufrido daños al utilizar un producto destinado a usos industriales en el hogar sin ninguna medida de protección, por ejemplo, una careta de goma. En este caso, el Tribunal Supremo consideró que no existía defecto en las advertencias puesto que el envase del producto incluía un dibujo con una calavera y unas tibias cruzadas que informaba de la peligrosidad de su contenido: ácido sulfúrico concentrado. Fue condenado el minorista por haber desviado un producto industrial al comercio al por menor.

La tercera categoría de defecto muestra así cómo en nuestro sistema la responsabilidad del fabricante se asocia a un defecto en la fabricación, en el diseño o en las advertencias, instrucciones

o información, pero no sin más al hecho de que el producto sea peligroso. Lo son los automóviles, las bicicletas, los medicamentos, las armas de fuego, las sustancias de tráfico legal a un tiempo adictivas y tóxicas etc., pero, al menos en línea de principio, la valoración de base sobre la categoría corresponde al legislador y a las agencias reguladoras del gobierno, y no a los jueces y tribunales.

El tercer concepto funcional de defecto se aproxima también al estándar de responsabilidad por negligencia pues refiere a un juicio de razonabilidad. El juzgador deberá apreciar los límites objetivos y subjetivos de las advertencias e instrucciones: así, 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, y éste permite deslizarse con facilidad desde el campo del derecho civil a los del administrativo y penal.

### ***5. Teoría general de la aplicación del derecho: sobre el lugar de la pretensión indemnizatoria en el instrumental de remedios legales y extralegales***

Situados ya en este punto, la cuestión sobre qué instrumento regula de mejor manera la responsabilidad del fabricante es una pregunta de política jurídica que el civilista suele abordar, de forma muy parcial y desde su especialidad, con la ayuda de la teoría general de la aplicación de derecho (*Basic Theory of Enforcement*; véanse A. M. POLINSKY/Steven SHAVELL (1993) y (1999), y Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), Chap. 6, p. 66-78 y Steven SHAVELL (2003)), para comparar luego los distintos remedios legales (*Legal Remedies*) de naturaleza civil y no civil.

Partimos, como es común, del principio conforme al cual la intensidad de una sanción –por ej., una multa– es óptima si coincide con el daño causado a la sociedad dividido por la probabilidad de detección del responsable, de imposición y ejecución de la sanción. Sanciones más graves que la óptima provocan sobreprevención de daños y desincentivan el desarrollo de actividades socialmente útiles (por ej., impiden o retrasan la comercialización de medicamentos beneficiosos para la salud); sanciones más leves conllevan en cambio infraprevención (por ej., incentivan la comercialización de productos defectuosos y dañinos).

Una teoría completa de la aplicación del derecho debería tener en cuenta las sanciones extralegales además de las legales (véanse, Richard A. POSNER (1997), Richard A. POSNER/ Eric B. RASMUSSEN (1999) y Eric A. POSNER (2000)). En particular, los remedios extralegales no son casi nunca irrelevantes en materia de daños causados por defectos de producto, pues la pérdida de reputación de la firma afectada y los efectos negativos en cascada entre los potenciales demandantes de sus productos pueden resultar devastadores.

En cuanto a los remedios estrictamente legales, es obvio que la ventaja comparativa del civilista se limita al análisis de los remedios civiles. Éstos se caracterizan por el hecho de ser aplicados a

instancia de parte y, en este sentido, son casos de aplicación privada del derecho. A ellos se oponen los remedios públicos –administrativos o penales– que se aplican de oficio por las autoridades administrativas o judiciales. Una primera decisión importante, cuando hay que escoger entre un remedio privado u otro público, depende de factores tales como la información acerca de la identidad de los infractores: si las víctimas de un daño poseen naturalmente suficiente información sobre su causante, así como sobre las circunstancias en las que el daño se produjo, entonces, puede estar indicado un remedio de naturaleza privada. Éste es claramente el caso de la aplicación del derecho contractual y de gran parte del derecho de la responsabilidad extracontractual. Cuando, en cambio, las víctimas desconocen quién las dañó o cuando resulta difícil identificar o aprehender a los infractores, puede ser deseable recurrir a un remedio público. De forma similar, otro factor que permite decidirse por uno o por otro tipo de remedio es la relación entre los costes y los beneficios de su puesta en práctica. Si, por ejemplo, la víctima o sus allegados no pueden capturar gran parte de los beneficios sociales de la aplicación del derecho, si ésta resulta muy costosa o si suceden ambas cosas a la vez porque, por ejemplo, el daño es socialmente muy difuso, entonces el remedio público es más ventajoso que el privado.

De nuevo, en este caso, convendría tener en cuenta la alineación entre las reglas de derecho y las normas sociales y su graduación o su falta: si las normas sociales refuerzan la aplicación pública o privada del derecho y enaltecen a los adalides de la ley, los costes que éstos afrontan se reducen de manera considerable. Si, en cambio, las normas sociales marginan o castigan al delator, la denuncia privada o, en general, la aplicación privada del derecho pueden resultar insoportables para sus protagonistas. A largo plazo, para que un sistema legal pueda funcionar de manera razonable, las reglas legales y las normas sociales deberán converger.

Entre los remedios de aplicación privada del derecho, uno de los más tradicionales, la indemnización de daños y perjuicios, ha sido escogido por la cultura legislativa contemporánea de la responsabilidad civil del fabricante, pero este remedio coexiste y, por lo tanto, compete con otros también privados, pero de naturaleza muy distinta. A estos efectos, conviene introducir una nueva distinción: la que media entre remedios *ex post facto*, es decir, de aplicación posterior a la producción del daño social, y remedios *ex ante* o de aplicación asociada a la realización de la conducta peligrosa que incrementa la probabilidad de que suceda el daño, pero antes de que éste ocurra. En derecho civil, el remedio *ex ante* no es frecuente y la mayor parte de los remedios civiles son *ex post*. La indemnización de daños y perjuicios es uno de ellos, pero también lo son la restitución, la reparación específica, la expropiación de los beneficios, la prohibición del desarrollo ulterior de la actividad históricamente perjudicial o, incluso, el cierre temporal o permanente del establecimiento y, por supuesto, las sanciones penales.

La respuesta en derecho civil a la pregunta sobre qué remedio resulta preferible, por ej., la indemnización de daños o la expropiación de beneficios depende de circunstancias tales como los siguientes: analizada la cuestión desde el punto de vista de la disuasión de comportamientos asociales, el coste de los errores cometidos al valorar los beneficios suele ser superior al que se incurre en la valoración de los daños, pues a poco que el juez o tribunal infravaloren los beneficios obtenidos, el causante del daño continuará llevando a cabo su actividad dañina, aunque el error sea muy escaso, pues aún así, le continuará resultando a cuenta proseguir su actividad. Desde el punto de vista de la compensación, habrá que tener en cuenta si hay beneficio y, sobre todo, si son iguales o superiores en importe al del daño causado, pues, con frecuencia, el causante de un daño obtiene con su producción un

beneficio inferior a la estimación privada o social del daño producido y, en tal caso, el remedio indemnizatorio es superior a la expropiación de beneficios. Otras circunstancias, como el valor o desvalor social de la actividad del demandado, suelen ser tenidas en cuenta también en esta sede. Igualmente lo es el hecho de que la actividad dañina impida o disminuya la probabilidad de que la víctima lleve a cabo la actividad beneficiosa de que se trate.

El tratamiento de las acciones de cesación y abstención pasa por el análisis de su alcance, pues si éste es muy amplio, como por ejemplo, si su objeto es el cese de la actividad o el cierre –cautelar o definitivo– del establecimiento, entonces el riesgo de comportamiento estratégico del demandante es obvio, ya que podría utilizar el remedio con la finalidad de tratar de obtener gran parte de las ventajas que el demandado consigue con el ejercicio (lícito) de la actividad prohibida u obstaculizada.

El remedio penal incluye en España, además de la pena, la indemnización civil, mas, en teoría de remedios, se analiza aquél teniendo en cuenta predominantemente la naturaleza de la sanción, económica o no económica, o, si se prefiere así, su carácter incapacitante o no incapacitante del infractor. Las sanciones puramente económicas, es decir, las multas, son preferibles a las no económicas y pueden llegar a ser muy eficaces desde el punto de vista de la prevención de daños si se gradúan de manera óptima; además, resultan baratas de gestionar y generan un mínimo de costes sociales, pues, por lo general, no son incapacitantes y se limitan a ordenar transferencias de riqueza que luego se pueden destinar a fines socialmente positivos y no sólo a custodiar al infractor. Típicamente, un día de prisión cuesta más al contribuyente que un día de pensión completa en un hotel de cuatro estrellas de Madrid o Barcelona. Sin embargo, su eficacia presupone que los condenados potenciales sean solventes, pues de lo contrario, la amenaza de imposición de una sanción pecuniaria carece de todo efecto (*Judgement-Proof Defendant*). Es fama que la alternativa tradicional a la sanción económica, la pena privativa de libertad, resulta socialmente muy costosa, pues es intrínsecamente destructiva, y muy cara de gestionar, pero puede tener una eficacia disuasoria notable, aunque los civilistas lo ignoramos casi todo al respecto. Sanciones intermedias como las prohibiciones de llevar a cabo tales o cuales actividades (por ej., la privación de licencias o permisos, la inhabilitación o el cierre de empresas) resultan socialmente más o menos costosas en función de factores tales como las alternativas que permanecen abiertas para los sancionados.

En teoría, los remedios *ex post* son tan buenos como los remedios *ex ante*: el recurso a un remedio *ex post*, como la indemnización de daños y perjuicios, no generará ningún problema de infraprevisión ni de sobreprevención si la indemnización se ajusta al daño probable dividido por la probabilidad de detección del infractor potencial, pues éste anticipará la condena y se abstendrá de llevar a cabo la actividad peligrosa. De forma alternativa, la imposición de una multa o sanción a toda aquél que lleve a cabo la conducta peligrosa y antes de que tenga lugar el daño, generará los mismos efectos si el importe de la multa está graduado de forma óptima. Así, si suponemos que la realización de una conducta peligrosa conlleva un 10 % de probabilidades de causar un daño de 100, una multa de 10, impuesta a todos quienes lleven a cabo esa actividad, es equivalente a una condena a pagar 100 a todos aquéllos que causen un daño.

Sin embargo, y como señalan A. M. POLINSKI/Steven SHAVELL (1993, p. 20) hay factores relevantes a la hora de elegir entre remedios *ex ante* y *ex post*. Así, en el ejemplo con el que finalizábamos el párrafo anterior, puede observarse cómo la multa, que es una sanción *ex ante*, es más reducida que el importe de la indemnización, y como, con toda probabilidad, no todos los infractores serán máximamente solventes, el remedio *ex ante* de la multa puede ser preferible. En segundo lugar, la discusión anterior suponía neutralidad al riesgo, pero como la mayor parte

de los seres humanos somos aversos al riesgo, las sanciones *ex ante* serán preferibles. En tercer lugar, la mayor o menor dificultad de gestión de los remedios *ex ante* comparados con los *ex post* en cada sector de actividad, puede ser el elemento decisivo para la elección entre unos u otros. Por último, puede ser difícil calcular el daño probable resultante de una actividad peligrosa, pero no, en cambio, estimar el daño si el riesgo se concreta, en cuyo caso es preferible el remedio *ex post*.

De esta forma, frente a los remedios que actúan *ex post*, están los remedios *ex ante* y, notablemente, los de naturaleza regulatoria: cabe prohibir a priori el inicio de una actividad que se considera más perjudicial que beneficiosa desde el punto de vista social; cabe también regularla con mayor o menor intensidad sometiéndola al cumplimiento de una serie de requisitos sin cuya ocurrencia no cabe actuar -licencias, titulaciones, mínimos de solvencia, etc.-. En la práctica, todos los sectores industriales relevantes en responsabilidad civil del fabricante están intensamente regulados. El caso más claro es el de los medicamentos, pero la característica mencionada se puede predicar de todas las restantes industrias. Sería entonces una ingenuidad pretender reducir la responsabilidad del fabricante a responsabilidad civil. Situados ya en esta última, los civilistas sabemos que la responsabilidad civil funciona bastante bien para regular las actividades de cada día, cuyo desarrollo no sería práctico controlar *ex ante* con una miríada de funcionarios públicos. Para conseguir un efecto preventivo óptimo, una minimización eficiente de los costes de los accidentes derivados en este caso de los defectos de producto, se requiere que todos los casos de defectos que dañan den lugar a una reclamación de reparación, que la demanda sea atendida y que la víctima cobre una compensación perfecta, es decir, una tal que le hubiera resultado indiferente no sufrir el daño o sufrirlo y recibir la compensación de que se trata. Como es fácil de observar, estas condiciones son muy estrictas y hay infinidad de circunstancias en las cuales no se cumple alguna de ellas. En todo caso, los civilistas también sabemos que la gestión judicial de la responsabilidad civil es muy costosa y que el instrumento legal de las acciones judiciales de daños no puede llegar a ser ni el único ni siquiera el más importante remedio para prevenir y compensar los costes de los accidentes derivados de los defectos de producto. Es más, la responsabilidad civil es muy cara de gestionar: típicamente, por cada € gastado en un litigio de responsabilidad civil, sólo 0,50 € llegan al actor en forma de indemnización. Para compensar daños, el seguro resulta un método mucho más eficiente que la acción de daños. Y para prevenirlos, la regulación administrativa *ex ante* o la regulación penal *ex post* son alternativas cuya viabilidad debe estudiarse en cada caso, pero que en muchos de ellos resultan socialmente menos costosas de administrar que la responsabilidad civil.

El análisis ulterior de los temas apuntados en este artículo apela a un trabajo interdisciplinar entre científicos sociales y juristas, así como entre juristas de distintas especialidades que, en el intento sincero de prescindir de sus intereses corporativos, analicen en términos objetivos qué diseños de regulación son más razonables, cuáles son defectuosos y cuáles, por último, admiten alternativas de regulación viables y menos costosas para la sociedad. Mas no quisiéramos concluir dejándoles con la sospecha de que el jurista -como el fabricante- responde objetivamente por los defectos de los productos de su ingenio, pues, al menos en el derecho civil, los juristas somos simples prestadores de servicios y no fabricantes de cosas. Y, en el mundo de los servicios,

el estándar de responsabilidad más generalizado en los países de nuestra cultura es la negligencia, no la responsabilidad objetiva.

## 6. Tabla de sentencias citadas

*Sentencias del Tribunal Supremo español*

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 29.5.1993	4052	Pedro González Poveda	<i>Casilda D.B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, SA y Ridruejo Hermanos S.L.</i>
STS, 1ª, 26.6.1993	5380	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Fernanda S.L. c. La Cruz del Campo, SA</i>
STS, 1ª, 8.2.1995	1630	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Isabel M.C. c. Schwepps S.A. y Adolfo Marineto S.A.</i>
STS, 1ª, 25.5.1996	4853	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	<i>Arsenio R.V. c. "Hiper Bebé, Roma 40-Bebés" y "Cunitor, S.A."</i>
STS, 1ª, 4.10.1996	7034	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Ignacio L.C. c. Hípercov S.A. y La Cruz del Campo, S.A.</i>
STS, 1ª, 22.5.2001	6467	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Emilia N.C. c. Pérez Navarro S.L., Euroquem S.A. y NCH Española, S.A.</i>
STS, 1ª, 11.10.2001	8735	José Ramón Vázquez Sandes	<i>Alberto G.C. c. Laforest Bic S.A.</i>
STS, 1ª, 10.6.2002	6198	Román García Varela	<i>Luis A.M. y Josefina V.M. c. Interdulces S.A. y Ana María G.J.</i>
STS, 1a, 21.02.03	2133	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Manuel Francisco L.F. c. La Casera, SA, Carbónica Murciana, SL i Torres Lucas, SL</i>

*Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STJCE 25.4.2002	C-183/00	<i>María Victoria González Sánchez y Medicina Asturiana, S.A.</i>

*Sentencias de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América*

<i>Asuntos</i>
<i>MacPherson v. Buick Motor Co., 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916)</i>
<i>Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 150 P. 2d 436 (Cal. 1944)</i>
<i>Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 161 A. 2d 69 (N.J. 1960)</i>
<i>Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 377 P. 2d 897 (Cal. 1963).</i>

*Sentencias de las jurisdicciones del Reino Unido*

<i>Asuntos</i>
<i>Winterbottom v. Wright, 152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)</i>
<i>Rylands v. Fletcher, L.R. 3 H.L. 330 (1868)</i>

## 7. Bibliografía

Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

Fernando GÓMEZ POMAR (2000), *Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: "Collateral Source Rule" y afines*, InDret 1/2000 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

-- (2002), *Insurance Benefits, Insurance Subrogation and Imperfect Liability Rules*, International Review of Law and Economics.

Manuel LUQUE PARRA y Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2002), *Accidentes de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción*, InDret 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), *Economic Analysis of Law*, Working Paper n. 6960, National Bureau of Economic Research ([www.nber.org/papers/w6960.pdf](http://www.nber.org/papers/w6960.pdf)).

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), "Comentario al artículo 1902 Cc", en Pablo Salvador, Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares y Rodrigo Bercovitz (Directores), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid.

A. M. POLINSKI/Steven SHAVELL (1993), *Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines*, Working Paper n. 3429 (also NBER Reprints 1819), National Bureau of Economic Research (<http://papers.nber.org>)

-- (1999), *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Working Paper n. 6993, National Bureau of Economic Research (<http://papers.nber.org/papers/w6993.pdf>)

Eric A. POSNER (2000), *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

Richard A. POSNER (1997), *Social Norms and the Law: An Economic Approach (in the Interaction Between Norms and Economic Incentives)*, The American Economic Review, vol. 87, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1997), pp. 365-369.

Richard A. POSNER/ Eric B. RASMUSSEN (1999), *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 International Review of Law and Economics 369-382.

William Lloyd PROSSER (1966), *The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer*, 50 Minnesota Law Review 791.

Fernando REGLERO CAMPOS (2002), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Elcano.



Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH (2002a), *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil I*, InDret 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

-- (2002b), *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales*, InDret 4/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2002), *Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, InDret 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com))

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (2002), *Guía de la jurisprudencia española sobre productos defectuosos*, 2ª ed., InDret 3/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com))

Steven SHAVELL (2003), *Economic Analysis of Public Law Enforcement and Criminal Law*, Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 405 ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com))

Josep SOLÉ i FELIU (1997), *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad por los Daños Causados por Productos Defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.