



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

**RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS
DEFECTUOSOS EN BRASIL Y ESPAÑA**

CLÁUDIO ANTÔNIO DE CARVALHO XAVIER

Directora: Profesora DRA. ESTHER TORRELLES TORREA

SALAMANCA, España
2014

CLÁUDIO ANTÔNIO DE CARVALHO XAVIER

**RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS
DEFECTUOSOS EN BRASIL Y ESPAÑA**

TRABAJO FIN DE MÁSTER PRESENTADO AL POSTGRADO OFICIAL
“DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL” MÁSTER OFICIAL –
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA –
ESPAÑA, COMO REQUISITO PARA OBTENCIÓN DEL “DIPLOMA DE
MÁSTER”.

Directora: PROF. DRA. D. ESTHER TORRELLES TORREA

El presente Trabajo de Fin de Máster fue elaborado por Cláudio Antônio de Carvalho Xavier, bajo la dirección y orientación de la Dra. Esther Torrelles Torrea, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, teniendo como objetivo la obtención del título de Máster en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Salamanca, 12 de septiembre de 2014

Firmado por:

La Directora,

El Alumno,

Esther Torrelles Torrea

Cláudio Antônio de Carvalho Xavier

DEDICATORIA

A la memoria de mis abuelos, Manoel Xavier da Costa y José Barbosa Alves de Carvalho que fueron los primeros que intentaran desbravar los caminos y que no pudieron seguir la ruta del estudio porque han vivido en épocas difíciles en que no tuvieron la oportunidad de estudiar.

MENCIÓN HONROSA

A la Profesora Esther Torrelles Torrea, Profesora Doctora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, como muestra de agradecimiento, por su apoyo e inestimable contribución en la elaboración de este trabajo a quien quiero manifestar nuestra admiración y profundo respeto.

AGRADECIMIENTOS

Quiero que mis primeras palabras sean para reconocer y agradecer a los Profesores de la Universidad de Salamanca del Máster en Derecho Privado Patrimonial que han contribuido a ensanchar los caminos del conocimiento, de manera particular, a los Doctores José Ramón García Vicente y María José Vaquero Pinto.

Finalmente a todos los que contribuyeron directa o indirectamente al éxito de este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
--------------	---

CAPÍTULO I - EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1 Antecedentes normativos.....	14
2 La armonización europea: regulación de la Directiva 85/374/CEE.....	16
3 De la responsabilidad por culpa a la responsabilidad por riesgo.....	17

CAPITULO II - LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y BRASILEÑO

1 Planteamiento general del tema.....	23
2 La tutela del comprador de cosa defectuosa en el Código Civil español.....	25
3 Ámbito subjetivo. Sujetos protegidos y responsables.....	27
3.1 La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	28
3.1.1 Sujetos protegidos.....	28
3.1.2 Sujetos responsables.....	29
3.2 La derogada Ley 22/1994.....	29
3.2.1 Sujetos protegidos.....	29
3.2.2 Sujetos responsables.....	30
3.3 El Texto Refundido de la LCU.....	31
3.3.1 Sujetos protegidos.....	31
3.3.2 Sujetos responsables.....	33
3.4 Concepto legal de productor.....	34
4 Ámbito objetivo de aplicación del TRLGDCU.....	40
4.1 Concepto legal de producto.....	41
4.2 Las definiciones de productos en el TRLGDCU.....	43
4.3 Los productos artesanales.....	46
4.4 El gas y la electricidad.....	47
4.5 Materias primas agrarias, ganaderas y de la caza.....	49
4.6 La sangre humana y los hemoderivados.....	50
4.7 Concepto de producto defectuoso.....	51
5 Los criterios legales de la configuración de la defectuosidad.....	63
5.1 La presentación del producto.....	64
5.2 El uso a que razonablemente quepa esperar se destine el producto.....	65
5.3 La puesta en circulación del producto.....	67
6 Concepto de producto defectuoso en el Código del Consumidor brasileño.....	68
7 Tipos de defectos.....	68

7.1 Los defectos de fabricación.....	75
7.2 Los defectos de diseño o concepción.....	80
7.3 Defectos de la información relativa al producto	82
7.4 La consideración del tabaco como producto defectuoso en España.....	84
7.5 La consideración del tabaco como producto defectuoso en Brasil	89

CAPÍTULO III - RÉGIMEN JURÍDICO

1 Daños al consumidor en Brasil	94
1.1 La responsabilidad objetiva en el CDC	96
1.2 La responsabilidad del comerciante/vendedor	99
1.3 Defecto del producto en el Código Civil	103
2 La regla de la responsabilidad solidaria	104
3 Carga de la prueba.....	109
3.1 La prueba del defecto.....	117
3.2 La inutilidad de la prueba del defecto en el marco del CDC	119
4 Concurrencia causal de la conducta de la víctima o de un tercero en la producción del daño..	121
4.1 Culpa del perjudicado	121
4.2 Intervención de un tercero.....	122
5 Exoneración de la Responsabilidad.....	123
6 Exoneración de la Responsabilidad en la Legislación Brasileña	126
7 Riesgos del desarrollo y el estado de la ciencia	132
8 La reparación del daño	139
8.1 Indemnización de los daños y perjuicios en la normativa española	139
8.1.1 Daños reconocidos en la LCU	140
8.1.2 Daños reconocidos en la LRPD	140
8.1.3 Daños reconocidos en el TRLGDCU	140
8.2 Indemnización de los daños y perjuicios en el ámbito del CDC.....	145
9 Límites de la responsabilidad por productos defectuosos	146
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	159

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CDC: Código de Defensa del Consumidor

CPC: Código de Processo Civil

CE: Constitución Española

CEE: Comunidad Económica Europea

DF: Disposición final

DIR: Directiva

DT: Disposición transitoria

LCU: Ley de Consumidores y Usuarios

LGDCU: Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

LGVBC: Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOE: Ley de Ordenación de la Edificación

LRCP: Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos

LRJAPPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LRPD: Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos

RGD: Revista General de Derecho

RJ: Repertorio de Jurisprudencia

RT: Revista dos Tribunais

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TR: Texto Refundido

TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se propone el estudio de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en los ordenamientos jurídicos español y brasileño.

La primera idea que ha de tenerse presente es que la responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos o simplemente responsabilidad de producto (*products liability*), impropriamente conocida como “responsabilidad del fabricante por productos defectuosos”¹, estuvo durante años apoyada en el Derecho de la Responsabilidad Civil o Derecho de Daños (*Schadenrecht o Law of torts*), lo que contribuyó – como se verá más adelante – a que los consumidores no quedasen plenamente protegidos. El tema de la responsabilidad por productos defectuosos no solo suscita cuestiones jurídicas relevantes, sino que con el paso de los años ha ido adquiriendo especial importancia, evolucionando de las normas de compraventa hacia el Derecho de Daños. No puede negarse que la responsabilidad por productos ha experimentado profundos cambios en unas pocas décadas siendo, en palabras de Coleman, “una de las ramas más indeterminadas e inestables del derecho de daños”².

Pese al desarrollo científico-tecnológico y el control de calidad en la elaboración de los productos, los daños ocurridos a raíz de los productos defectuosos aún siguen ocurriendo a gran escala. La generalización del consumo³ a través de la producción masiva y

¹ La responsabilidad por productos defectuosos, en sentido amplio, abarca, además de la responsabilidad del fabricante, la responsabilidad del suministrador final y demás integrantes de la cadena de responsables. Como bien pone de relieve RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, RGD, Valencia, 2000, p. 14, nota 12: “La expresión más utilizada de ‘responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos’ no es técnicamente correcta, dado que son varios los sujetos que pueden ser responsables de tales productos, no sólo el fabricante o productor de los mismos. Sería más correcto utilizar la expresión ‘responsabilidad civil por productos defectuosos’, con carácter general”. En la misma dirección de pensamiento ha señalado CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000, p. 315: “El estudio de la responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos [...] comprende el análisis de dos grandes cuestiones. Por una parte, comporta el estudio de la responsabilidad civil por daños ocasionados por productos que adolecen de defectos que tienen su origen en el proceso de producción. Por otra parte, el estudio de la responsabilidad civil por productos defectuosos comprende también el de los daños ocasionados por productos que adolecen de defectos que tienen su origen en la fase de distribución”.

² COLEMAN, J. L., *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 405.

³ Según el Prof. Corriente Cordoba, “la generalización del consumo se ha producido en doble frente: crecimiento cuantitativo de los consumidores y expansión cualitativa de la apetencia de unos bienes y servicios que se han hecho tan imprescindibles en la cultura moderna (electricidad, servicios telefónicos derivados de hidrocarburos, productos informativos, etc.) y afectan de tal modo al bienestar (o a la, según una percepción subjetiva, “supervivencia”) de los ciudadanos [...]”. (CORRIENTE CORDOBA, J. A., *Estudios sobre el derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991, p. 9).

comercialización de bienes de consumo han dado lugar a accidentes masivos y daños de gran magnitud por el número de personas afectadas. Desde esta perspectiva, es necesario considerar el impacto que se produjo en España con el célebre caso del “aceite de colza”⁴, envenenamiento masivo que tuvo lugar en los años ochenta y que produjo la muerte de centenas de personas, mientras que otras tantas resultaron heridas, con secuelas irreversibles. Algo similar ocurrió en la crisis sanitaria vulgarmente conocida como mal de las “vacas locas”⁵, sucesos que dejaron secuelas de extrema gravedad y que hicieron que las víctimas se enfrentasen a un largo y tortuoso camino del seguimiento de todos los daños.

También merece mención especial el caso de la *Talidomida contergam*, un fármaco sedante desarrollado por la compañía farmacéutica alemana Grünenthal GmbH y comercializado entre los años 1958 y 1962 (que se introdujo en España un poco más tarde y se comercializó hasta 1973), utilizado principalmente por mujeres para problemas del embarazo, y que provocó malformaciones en miles de niños, principalmente en Alemania e Inglaterra, siendo retiradas del mercado. En Francia, en 1972, el caso del hexaclorofeno, conocido como el caso del talco *Morhange*, provocó intoxicaciones en centenas de niños, llevando a la muerte algunos de ellos, a causa de un defecto de concepción⁶. Débese mencionar también el caso de los vinos italianos, en 1981, que causaran intoxicación en miles de personas por exceso de metanol⁷.

Estas son una de las muchas razones por las que se justifica la existencia de normas especiales y distintas para la responsabilidad por daños producidos por productos.

Este planteamiento requiere, desde luego, la resolución de algunas dudas que despiertan la atención a los que se dedican al estudio acerca de la materia: ¿Ante quién puede ser responsable el fabricante? ¿Hasta cuándo se extiende esta responsabilidad? ¿Qué debe entenderse por producto defectuoso? ¿La normativa se aplica a todos los productos potencialmente peligrosos, sean o no destinados al consumo doméstico? ¿Cuál es el criterio normativo de imputación de la responsabilidad? ¿Qué clase de defectos pueden justificar la aplicación de la normativa? ¿Qué tipo de daños están cubiertos? ¿Qué sujetos no están comprendidos en el régimen de responsabilidad de los productos? ¿En qué situaciones el productor no es responsable por los productos defectuosos? ¿En qué situaciones y supuestos

⁴ Sucesos de este tipo se debían a una legislación insuficiente y por la falta de desarrollo legislativo del art. 51.1 de la Constitución Española.

⁵ España fue el tercer país más afectado.

⁶ CAVALIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2006, 6. ed., p. 496.

⁷ CAVALIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 496.

es posible imputar al suministrador final del bien la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos? ¿Cuáles son los daños posibles de indemnización? ¿Cuáles son los límites indemnizatorios?

Para evitar confusiones, no estaría de más aclarar que la protección del consumidor se desarrolla bajo una doble perspectiva: la de la prevención y la del resarcimiento o de la reparación *stricto sensu*. Estas son precisamente las dos facetas fundamentales del tema que tratamos. La función preventiva de la responsabilidad civil por daños causados por productos, con carácter más general, se basa en la obligación de la Administración de evitar la generación de daños con adopción de medidas preventivas⁸. La reparación surge cuando el ejercicio de la función preventiva se ha revelado ineficaz e insuficiente. La seguridad es un binomio indisoluble con la responsabilidad, ambos son los dos grandes pilares sobre los que se construye la protección del consumidor, por lo que nos ocuparemos solo del segundo de los aspectos.

Por tanto, el objetivo de este estudio se centra exclusivamente en la responsabilidad del fabricante y demás intervinientes en la cadena de producción, identificando los elementos claves en la determinación de la responsabilidad civil del empresario, en el ámbito del denominado Derecho de Consumo, teniéndose en cuenta, los criterios de interpretación y aplicación de la normativa vigente y los conceptos legales de producto y defectos, con énfasis en la aplicación de la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado y la inversión de la carga de la prueba, teniendo presente las dificultades que conlleva la prueba del defecto del producto, lo que ha sido considerado por la doctrina como una de las cuestiones más problemáticas y conflictivas en el campo de la responsabilidad por productos.

El cambio más significativo, pero no menos sinuoso, ha sido la sustitución de la responsabilidad con culpa por la responsabilidad objetiva. El concepto de responsabilidad civil ha estado vinculado a la idea de culpa. En un tiempo no muy lejano no solía aplicarse el concepto de la responsabilidad objetiva a los supuestos por daños causados por productos

⁸ En este sentido, señala la doctrina dos principios fundamentales de la defensa del consumidor en el Código de Consumo brasileño, que integran la “Política Nacional de Relaciones de Consumo”: 1) La “cohibición de los abusos” – debiese garantizar no solo la represión de los actos abusivos, como la punición de sus autores y el respectivo resarcimiento, sino también la actuación preventiva tendente a evitar la ocurrencia de nuevas prácticas abusivas, alejándose aquellas que pueden causar perjuicios a los consumidores; 2) “Incentivo al autocontrol” – el Estado no solo debe interponerse como mediador en las relaciones de consumo, sino que debe incentivar la utilización de mecanismos alternativos. El autocontrol puede darse de tres maneras distintas: a) control de la calidad y seguridad de productos defectuosos en el mercado; b) práctica del *recall*; c) creación de centros o servicios de atendimento al consumidor. (ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2009, 7. ed., p. 19).

defectuosos, pero, en la praxis judicial, se demostró la ineficiencia de ciertos institutos para solución de los conflictos originados por los daños, en materia de consumo, de manera que los fabricantes se hallaban exonerados de la obligación de reparar los daños si no habían participado directamente del contrato de compraventa del producto defectuoso y aún más cuando la víctima era un tercero ajeno (*bystander*) al margen de toda relación contractual. Así es que, si, por un lado, se vislumbraba la necesidad de trascender los criterios generales de imputación de la responsabilidad aquiliana, por otro lado, se mostraban insuficientes para la resolución de los problemas que surgen en este ámbito ante la imposibilidad de trasladar al Derecho Civil la filosofía del Derecho de Consumo.

El problema principal que se plantea es si el fabricante es siempre responsable por los daños causados por los productos fabricados defectuosamente, sobre todo en los casos en que la víctima del daño no es un consumidor en sentido estricto.

El presente trabajo se ha estructurado en tres partes, cada una de ellas centrada en un aspecto importante del tema. La primera parte se ocupa de los antecedentes normativos de la “responsabilidad civil por productos defectuosos” de una manera general, haciéndose una breve recapitulación de la evolución de los sistemas de responsabilidad civil de la *civil law*, oportunidad en que se identifican todas las etapas que prefiguran a la imputación de la responsabilidad por riesgo, desde la responsabilidad culposa hasta su objetivación, donde ya se prescinde de la comprobación de la culpa para imputación de la responsabilidad, y que dará lugar también a la inversión de la carga de la prueba.

La segunda parte está subdividida en la responsabilidad del fabricante y de los proveedores en el derecho español y brasileño. Lo que se hace en este capítulo es un planteamiento de las principales cuestiones que envuelven la materia a la hora de aplicar las reglas jurídicas que tienen por objeto la protección del consumidor, sobre todo en el ámbito del derecho interno, aunque sin perder de vista la coyuntura del derecho comunitario europeo cuya principal preocupación es la armonización de las legislaciones de los Estados miembros.

En los apartados que siguen, y por este orden, se analiza más específicamente quienes son los sujetos protegidos, los conceptos de productor, producto y producto defectuoso, fijando su específico ámbito de aplicación, a la luz del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, 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 adelante, TRLGDCU) y demás normativas que le precedieron.

También se procura identificar el concepto legal de producto defectuoso, partiendo de la premisa de que la normativa solo contempla el concepto de “producto defectuoso”, pero no de “defecto”⁹, analizando los diferentes defectos y los riesgos que entrañan, examinando cada uno de ellos con especial detenimiento.

Básicamente tres leyes serán analizadas y estudiadas: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 22/1994, y más especialmente el Real Decreto Legislativo 1/2007, sin olvidar el derecho comunitario. Por lo que se refiere al Brasil, se examinará el Código de Defensa del Consumidor¹⁰, aprobado por la Ley federal 8.078/1990.

Respecto a las reglas que regulan la reparación de daños, hay que plantearse si solamente responden las personas directamente responsables por la fabricación del aparato defectuoso o si la responsabilidad también se puede imputar a los que intervienen como mediadores en la cadena productiva, como es el caso del suministrador o del vendedor, cuando si se ha incumplido algún estándar de diligencia, concurren en la producción del daño. Por ejemplo, cuando el vendedor ha actuado dolosamente, ocultando la existencia del defecto. Además, aún se podrá plantear, a modo de reflexión, si la circunstancia de que el fabricante responda de lo hecho por terceros (cuando hay implicación del comerciante/vendedor/proveedor) excluye la acción de repetición correspondiente.

El tercer capítulo se centra en el régimen jurídico de la responsabilidad por productos, en el cual se analiza, entre otros temas de relieve, los daños al consumidor en el Derecho brasileño, la responsabilidad del comerciante/vendedor y la regla de la responsabilidad solidaria de los diversos responsables. A continuación se describen los requisitos obligatorios que se deben cumplir para la configuración de la responsabilidad por productos, esclareciéndose a quién corresponde la carga de la prueba frente a las posibles reclamaciones

⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, 2004, p. 81.

¹⁰ Instituído por la Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, conocida como el "Código de Defensa del Consumidor". El Código brasileño de defensa del consumidor es una ley federal aprobada el 11 de septiembre de 1990, por el que se regula la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en el específico ámbito de las relaciones de consumo, conforme al marco legalmente establecido en la propia Constitución: “el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor” (art. 5º, XXXI). Se trata de una legislación avanzada y está en consonancia con otros ordenamientos jurídicos. El referido Código además de coetáneo a la creación de STJ, órgano jurisdiccional de última instancia que se encarga de la revisión de las leyes infraconstitucionales, sin perjuicio de la competencia reservada al Supremo Tribunal Federal, creado por la Constitución de 1988 e instalado en el año siguiente. Hay que reconocer la importancia del papel que tuvo el STJ en la aplicación e interpretación del CDC. A través de ello se pudo lograr un cambio de paradigmas. Estos cambios se ven reflejados en numerosas decisiones dictadas en los últimos años por la Corte que han dado respuesta a buen número de litigios y han aclarado los puntos más contrastados.

y, finalmente, se detallan las causas de exoneración de la responsabilidad del fabricante/productor.

Hay otro concepto al que ya hemos hecho alusión, que no puede ser pasado por alto a la hora de abordar este tema. Es la inversión de la carga de la prueba que tiene aplicación en el proceso de valoración de la prueba, mientras que desde el ámbito procesal se alude a las dificultades que entraña la acreditación de la prueba del defecto del producto.

El tema tratado es tan actual como complejo dadas las distintas líneas que permite desarrollar y, por supuesto, hay otras variables fundamentales que no hemos mencionado o profundizado. Se analizarán algunas sentencias de los tribunales españoles en las que se aplica la doctrina del riesgo creado, tomándose como referencia la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo así como las resoluciones de las Audiencias Provinciales en materia de responsabilidad por productos defectuosos, y, respecto a Brasil, nos centraremos básicamente en la jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de Justicia (en adelante, STJ).

Finalmente, el estudio del tema sería incompleto si no hubiéramos hecho mención a los supuestos en que es posible imputar al suministrador final la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

El asunto es bastante más complejo de lo que puede parecer a simple vista. Además, hay una conexión del tema elegido con el de las garantías de los productos y de la responsabilidad por servicios defectuosos, así como con el de las competencias de las Administraciones Públicas a través de regulaciones legales específicas y que gozan de un régimen particular; sin embargo, dada su amplitud, su estudio se desarrollará únicamente en el análisis de la responsabilidad por productos defectuosos en el ordenamiento jurídico español y brasileño, lo que no significa que a lo largo del trabajo no se pueda hacer referencia a otros regímenes legales o otras normas que circunstancialmente se refieran al asunto.

Por último, ha de tenerse presente, ya a guisa de breve conclusión, que el tema de la responsabilidad no solo ha evolucionado sobremanera en los últimos tiempos, sino que trasciende el ámbito jurídico doctrinal, teniendo igual relevancia, a parte del ámbito jurídico, en la vida cotidiana, dado que desgraciadamente los accidentes de productos defectuosos se han convertido en frecuentes, teniéndose en cuenta la amplia variedad de productos que se nos ofrecen en el mercado.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

El criterio de imputación objetiva de la responsabilidad civil por productos defectuosos ha sido acogido por la legislación española desde la promulgación de la LGDCU¹¹. Los artículos 25 a 28 LCU contenían tanto un régimen de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual por los daños causados por productos. Además, contemplaban dos cánones de responsabilidad: uno general (artículo 26) que establecía un sistema de responsabilidad subjetiva por culpa, con inversión de la carga de la prueba, y otro especial (artículos 28 y 30) de responsabilidad objetiva (para determinados productos), en el que el fabricante solo podría exonerarse de responsabilidad probando la culpa exclusiva de la víctima o de las personas de las que el perjudicado debía responder civilmente.

Tras la aprobación de la LGDCU, se aprueba en Europa la Directiva 85/374/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, objetivando la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos, por la cual se establece la responsabilidad objetiva y solidaria de los productores en esta materia.

La incorporación al ordenamiento español de la mencionada Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos, se hace en la Ley 22/1994, de 6 de julio (en adelante, LRPD). España, entonces, optó por regular la materia por medio de una ley especial, debiéndose resaltar que la incorporación se hace tardíamente, porque en el momento de la notificación, que se produjo el 30 de julio de 1995, España no formaba parte de la Comunidad Europea.

La LRPD, por la que se incorpora la DIR 85/374 al Derecho Interno, deroga los arts. 25 a 28 de la LGDCU, en los términos de la disposición final primera: “Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,

¹¹ La aprobación de la LGDCU es posterior al célebre caso del aceite de colza en 1981, tragedia que provocó la intoxicación de quince mil personas en España, que finalizó con la STS 895/1997 de 26 junio.

no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley”.

Con la LRPD se produjeron importantes cambios. Se establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran, incluyendo en su ámbito de protección los daños procedentes de bienes muebles defectuosos, aunque estén unidos o incorporados a otros muebles o inmuebles. Sin embargo, la LRPD excluye de su ámbito de protección los productos agrícolas y de la caza, entendiendo que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente, excepto en el caso en que hayan pasado por una transformación de tipo industrial que pudiera causar un defecto en tales productos.

Téngase presente, además, que la versión española, al realizar la transposición de la Directiva al ordenamiento español, aún va más allá, extendiendo el régimen de la responsabilidad civil por productos a aquellos sujetos que son responsables, diferente a los contemplados por la directiva, como es el caso del suministrador, cuya responsabilidad se equipara a la del fabricante o a la del importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. Conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Única de la LRPD el suministrador del producto defectuoso también está sometido al régimen de responsabilidad previsto en la normativa y, por ende, responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, facultándosele en este caso el ejercicio de la acción de repetición contra el fabricante o importador.

En la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica el art. 2 de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, en lo relativo a la inclusión en su ámbito objetivo de aplicación a los productos agrícolas de la caza y de la pesca no sometidos a transformación inicial, el legislador comunitario amplió el principio de responsabilidad objetiva del productor extendiéndolo a las materias primas agrícolas y los productos de caza.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU¹², continuando con el desarrollo legal de la protección de los consumidores

¹² En la opinión de PASQUAU LIAÑO, M., “Daños causados por productos”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dirs. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, Iustel, Madrid, 2011, p. 1833: “Es muy discutible la

contemplada en la Constitución, hace una sistematización de la copiosa normativa del Derecho de protección de los consumidores¹³. En esta normativa se refunde en un único texto la Ley 26/1984 (LGDCU) y gran parte del contenido del Texto Refundido tiene origen en la transposición de Directivas comunitarias.

El Real Decreto Legislativo 1/2007 es una importante normativa en materia de reparación de los daños causados por productos defectuosos en cuanto a la protección que se dispensa a tales víctimas. Una de las novedades más significativas introducidas por la vigente ley, además de la aclaración del concepto de consumidor¹⁴, es precisamente la incorporación del suministrador entre los posibles responsables por daños derivados de productos a granel.

Es por ello que se armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, previsto en la Ley 22/1994, de 6 de julio, y las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el capítulo VIII de la LGDCU.

2 LA ARMONIZACIÓN EUROPEA: REGULACIÓN DE LA DIRECTIVA 85/374/CEE

La Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, se encuadra dentro del ámbito del establecimiento del “mercado interior”, entendido como un espacio sin fronteras en el cual se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, y pese a no buscar precisamente la protección del consumidor, supuso un paso importante para la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños

inclusión de las normas sobre responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No son propiamente normas de protección de consumidores, sino más bien de Derecho civil común”.

¹³ Sin embargo, es importante resaltar que el Texto Refundido no contiene todo el Derecho de protección de los consumidores, aunque sí mantiene la parte más sustancial del mismo. Al margen del TRLGDCU hay diversas normas reguladoras.

¹⁴ La redacción del art. 3 TRLGDCU ha suprimido la expresión “destinatarios finales” del art. 1.2 LGDCU, definiendo a los consumidores o usuarios como “personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”. Sin embargo, el texto de la norma (propia del Derecho comunitario) permitía ser interpretada en el sentido de extender su disposición a las personas jurídicas que actúen, directa o indirectamente, con ánimo de lucro, aunque se ha venido circunscribiendo a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro. Más recientemente, la Ley 3/2014, de 28 de marzo, más acorde con el espíritu de la Ley, modificó el art. 3 del TRLGDCU dándole nueva redacción, añadiendo en el concepto de consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su oficio o profesión, circunscribiendo a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

causados por productos defectuosos en el sector del Derecho de daños o responsabilidad civil contractual.

“Entre sus méritos, la DIR 85/374 reforzó la responsabilidad de los productores, fijó una afección casi objetiva y solidaria, objetivó el concepto de defecto conectándolo con la seguridad, ilegalizó las cláusulas limitativas o excluyentes de afección en perjuicio de la víctima, concedió acciones concretas a los perjudicados e impuso un seguro de responsabilidad civil a los productores y demás sujetos responsables. Junto a esto, hay que reconocer que esta DIR persiguió laudables fines de política legislativa – como el equilibrio entre la protección de los consumidores y de la actividad científica y mercantil – que, en mayor o en menor medida, ha logrado”.¹⁵

También es importante destacar, y este es uno de los puntos más relevantes de la directiva, que la responsabilidad del productor frente al perjudicado no podrá quedar limitada o excluida por cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad (art. 12)¹⁶.

Sin embargo, la DIR 85/374 fue objeto de críticas porque, más que proteger a los consumidores, tenía un foco puramente mercantilista puesto que buscaba fomentar el mercado comunitario mediante la armonización de las distintas regulaciones de los Estados miembros, o sea, el verdadero propósito de la Directiva era facilitar la libre circulación de las mercancías, mientras que la *ratio* de la LRPD es la protección del consumidor.

3 DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA A LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

Durante mucho tiempo el modelo dominante de la responsabilidad civil extracontractual ha sido el de la responsabilidad fundada en la culpa¹⁷, cuya obligación de responder nace de la actuación antijurídica (culposa o negligente) del causante del daño. Según esta concepción tradicional, que tiene sus orígenes en la doctrina de los autores clásicos del Derecho romano, desde los pandectistas y los exegetas, la imputación de la responsabilidad exige necesariamente la existencia de culpa o negligencia, de manera que el

¹⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios de aplicación...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ “La directiva consagra un principio de responsabilidad objetiva y su interpretación y desarrollo judicial resultan particularmente complejos, por la trascendencia de los conceptos generales que incorpora, tales como ‘producto’, ‘daño’, ‘defecto’, y la dificultad de puesta en práctica de algunas de sus prescripciones, en particular las referidas a la exoneración de responsabilidad”. (SÁNCHEZ LORENZO, S. A., *Derecho privado europeo*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 51).

¹⁷ Dentro de la culpa civil se distingue entre culpa contractual y extracontractual. “La responsabilidad contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, y eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor. [...] Por su parte, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la causación de un daño sin que entre dañante y dañado medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio”. (REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 129).

dañante o respondía por culpa, o no respondía, es decir, no habiendo culpa no existía imputación ni, en consecuencia, la obligación de restablecer el bien dañado.

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana tratada en el artículo 1.902 del Código Civil¹⁸, está fundada en la culpa, cuya consecuencia jurídica es el nacimiento de la obligación de reparar el daño a cargo del causante del daño, transmisible a los herederos. Así pues, la víctima de un daño, al interponer una reclamación de indemnización de daños y perjuicios, tiene que probar los hechos acaecidos, es decir, necesita acreditar los requisitos fundamentales de la responsabilidad aquiliana: el daño, la acción u omisión, el nexo de causalidad entre el daño y la acción; en definitiva, la culpabilidad del agente.

De forma distinta, el causante del daño puede ser una tercera persona ajena o el daño puede resultar de un hecho cuyo resultado es imprevisto, puesto que ocurre independiente de la voluntad del causante. En este segundo estamos ante un supuesto de caso fortuito, no se puede hablar de culpa. En efecto, si configuramos el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, estamos ante una causa de exclusión de la responsabilidad que hace que no se verifique la relación de causalidad y se rompa el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado y, por lo tanto, ocasiona la absoluta exclusión de la culpa. Se aplica en este caso la doctrina de la causalidad adecuada, que es cuando se verifica la interrupción del nexo causal por la intervención de un tercero ajeno o por la interferencia de un elemento extraño que no se puede evitar.

La revolución industrial puso en marcha el desarrollo económico, produciendo un profundo cambio en el sector de la actividad económica permitiendo la reducción del tiempo y de los costes de producción. Pero, las profundas transformaciones económicas provocadas por el aumento incesante de la producción industrial, el uso generalizado de las máquinas y el progresivo incremento de talleres y fábricas también produjo riesgos de accidentes en el ámbito laboral, de manera que el criterio de la responsabilidad basada en la culpa se mostraba insuficiente para solucionar el problema de los daños causados en el sector industrial. Es precisamente a partir de este momento, a finales del siglo XIX, cuando se enmarcan las primeras leyes de accidentes de trabajo estableciendo que el empresario únicamente quedaba exento de responsabilidad si se probaba la culpa intencional de la víctima accidentada. A su vez, “la irrupción de los sistemas objetivos de responsabilidad a partir de la segunda mitad del

¹⁸ “El supuesto ‘régimen general’ del art. 1902 CC se ha convertido, si se guarda fidelidad a la interpretación que debe dársele, en un ‘régimen excepcional’, por mucho que resulte paradójico que, todavía hoy, y a pesar de la proliferación de leyes especiales sobre responsabilidad, sea con diferencia, en sede civil, el precepto más alegado por los litigantes y aplicado por los Tribunales”. (REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 212).

siglo XIX, y su generalización durante el siglo XX, dio lugar a una profunda revisión de los presupuestos de la doctrina clásica”¹⁹. Con la introducción de este nuevo concepto, donde queda fuera la idea arraigada del vínculo casi indisociable de la imputación de la responsabilidad con una actividad culpable, se prescinde de la idea de culpa como criterio de imputación de responsabilidad que es sustituida por un nuevo concepto, el del riesgo profesional, adoptándose el régimen de responsabilidad civil por riesgos del desarrollo a través de la denominada “socialización del riesgo”.

La teoría de la responsabilidad objetiva se funda en la idea de que, al obtener beneficios por la actividad desarrollada que implique riesgo, debe el empresario asumir las consecuencias y responder por los daños producidos, lo que significa que es él quien asume el riesgo empresarial. Se trata de una teoría que tiene como presupuesto básico la existencia de una actividad desarrollada por una entidad empresarial, que aunque sea legítima, genera riesgos o peligro para terceros; en este concepto se incluyen aquellos riesgos que el estado de la ciencia y de la técnica (*state of the art*) no permitían prever en el momento de llevarse a cabo la actividad causante del daño. Por ende, aquello que ocasiona un riesgo debe responder de sus consecuencias, principalmente cuando ese riesgo resulta de una actividad empresarial generadora de un beneficio para quien crea el riesgo o peligro para terceros.

“La doctrina de los riesgos de desarrollo sería así un coste añadido a la labor del innovador que desarrolla por primera vez tal o cual producto, pero un coste adicional que se imputa al fabricante que innova por razones de riesgo en abstracto, al margen por definición de aquello que el innovador pudo realmente conocer en el momento en que decidió comercializar el nuevo producto”.²⁰

A este respecto, es importante destacar el papel pionero de la jurisprudencia norteamericana en cuestión de responsabilidad por productos defectuosos, teniéndose en cuenta que la primera expresión de la doctrina de la responsabilidad objetiva, en esta materia, surge en 1944, con ocasión del caso resuelto por el Tribunal Supremo de California²¹ en el cual la empresa *Coca Cola* fue demandada por una camarera que sufrió daños corporales cuando una botella de este refresco explotó en sus manos. Por primera vez en la historia el

¹⁹ REGLERO CAMPOS, L. F., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 394-395.

²⁰ SALVADOR CODERCH, P., SOLEFELIU, J., *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 13.

²¹ La célebre *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* data de 5 de julio de 1944 (cf. [1944] 150, *PacificReporter*, 2d. Series, p. 436 y s.s.).

Tribunal alberga la tesis de que el fabricante tenía la responsabilidad por cualquier daño que se pueda originar, pues, pese a no haber sido negligente en la fabricación del producto, responde por haberlo introducido en el mercado. En los años cuarenta del siglo XX empiezan por tanto a surgir algunas de las decisiones vanguardistas de esa construcción jurisprudencial. Sin embargo, como ha señalado Marco Molina, “hay que considerarlas precedentes aislados, puesto que la aludida concepción no se consolida hasta los años sesenta, coincidiendo con el despegue tecnológico y de la producción y del consumo en masa”²².

Un año antes de este caso de la empresa *Coca Cola*, en la STS de 10 de julio de 1943 (RA-856) “se empieza a abandonar la aplicación rigurosa de la interpretación subjetiva de la responsabilidad civil, observándose una clara evolución jurisprudencial en el sentido no de eliminar la exigencia de la culpa, sino de facilitar a la víctima la posibilidad de obtener una reparación mediante la inversión de la carga de la prueba”²³. La decisión del TS representa una nueva perspectiva, puesto que se basa en una presunción de culpa, imponiéndose al causante del daño la carga de la prueba de la inexistencia del daño probando la culpa de la víctima o de terceros. Sin embargo, a pesar de establecer la responsabilidad en el riesgo y atribuyéndole naturaleza objetiva, el TS ha resaltado que la culpa del art. 1.902 CC no ha quedado totalmente excluida del régimen examinado. En realidad, el TS adoptó un régimen de responsabilidad con inversión de la carga de la prueba de la culpa²⁴.

En efecto, se trata de una responsabilidad subjetiva con ciertos matices. Es decir, el TS adoptó un régimen de responsabilidad con inversión de la carga de la prueba de la culpa. Como subraya la STS de 12 de febrero de 1993 (Ar. 762), “tal tendencia no supone en modo alguno objetivar la responsabilidad extracontractual ni excluye el principio básico de responsabilidad por culpa, que está presente en nuestro ordenamiento positivo”, sino que se

²² MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 21.

²³ CAMPUZANO TOMÉ, H., *La responsabilidad por los daños originados por la actividad empresarial*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997, p. 11.

²⁴ Como ha señalado VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 31-33, “cabe distinguir dos etapas diferentes en la interpretación evolutiva del artículo 1902. En los primeros momentos domina en su aplicación, el llamado principio de la culpa, que condiciona la reparación del daño a la conducta negligente de un individuo. [...] Se supera esta interpretación exclusivamente subjetivista hacia los años cuarenta, como consecuencia del aumento de los accidentes, en especial – y significativamente –, los que dañan a la persona. [...] Dicha realidad social es la que fuerza, en gran medida, la lenta pero progresiva objetivación de la responsabilidad civil por parte de la jurisprudencia, para lo cual se sirve del instrumento de la inversión de la carga de la prueba. De manera que, ante la producción de un daño, se presume que el actor es culpable, si no demuestra lo contrario, como paso previo a la construcción de una verdadera teoría del riesgo, para aquellas actividades que trasladen el mismo a la colectividad, mientras que los beneficios se quedan en quien lo produce”.

trata de facilitar la defensa del dañado mediante la inversión de la carga de la prueba, liberándole de acreditar la prueba del daño sufrido.

En la STS de 8 de junio de 1992 (Ar. 5169), que desestima la demanda de juicio de menor cuantía en la cual se pedía indemnización por la muerte por inmersión en una bañera de hidromasaje de 25 centímetros de profundidad, de una joven mayor de edad y socia de las instalaciones, el TS manifiesta lo siguiente:

“Por muy progresiva que sea la interpretación del artículo 1.902 que iniciada en la teoría subjetiva de la culpa ha llegado a aproximarse a la responsabilidad objetiva a través del cauce procesal de la inversión de la carga de la prueba y de la doctrina substantiva de la creación del riesgo, no cabe ignorar que para admitir la existencia del riesgo es preciso acreditar la fuente del peligro, esto es, que hay una empresa, explotación o actividad, que aun permitida por la ley, produzca un interés propio para el agente y genere riesgos de una efectividad, debe responder el empresario en virtud del viejo aforismo *qui es commodum debet esse etiam in incommodo*, traducido actualmente en el deber del control del peligro”.²⁵

Este fragmento demuestra cuan importante es la aplicación de la teoría del riesgo en materia de productos defectuosos, puesto que, en el momento de la compra, normalmente el consumidor no comprueba que en el producto existía algún defecto latente; solo se puede detectar con el uso continuo y, además, el consumidor muy a menudo no tiene la capacidad para comprender o entender un problema técnico del bien o producto que adquiere en una relación de consumo, como por ejemplo, un aparato de televisión o un ordenador; muchas veces el consumidor tendrá que hacer un gran esfuerzo para probar que el producto adquirido no funciona, que no se puede usar por el defecto, o que durante la utilización se ha dañado. Estos son algunos de los factores que hacen sumamente difícil, cuando no imposible, la prueba de los daños. De esa manera, en virtud de la falta de conocimiento técnico para acreditar la existencia de un defecto en un producto adquirido en una entidad empresarial o la inadecuación de la prestación de los servicios que esta ofrece es por lo que se adopta, en estos supuestos, la teoría del riesgo.

Las continuas referencias al sistema de responsabilidad civil del fabricante de Estados Unidos en el Libro Verde de 1999 demuestran claramente que los fundamentos teóricos de esa teoría han sido acogidos por el legislador europeo, cuya influencia se hace notar en la propia Directiva europea²⁶.

²⁵ CAMPUZANO TOMÉ, H., *La responsabilidad por los daños...*, op. cit., p. 48.

²⁶ Conforme MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, op. cit., p. 16: “[...] la Comisión Europea constata a través de su Libro Verde de 1999 que, pese a haber incorporado la Directiva 85/374/CEE, España es uno de los Estados más aferrados todavía al tradicional sistema de la responsabilidad por culpa”.

La dificultad de acreditar los hechos ha sido una de las causas por las cuales el legislador comunitario optó por establecer en la legislación una regla especial de imputación objetiva de responsabilidad para determinados supuestos, dejando al margen la aplicación de los criterios tradicionales de imputación de responsabilidad. Tiene razón Josserand cuando afirma que la culpa es una especie de “pecado jurídico”, dada la dificultad que muchas veces tiene la víctima de probarla, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Desde la perspectiva del consumidor, no siempre es fácil determinar quién es el responsable por la causación del daño.

Además de todo lo anterior, la dificultad inicial de probar el daño por falta de conocimiento técnico hace que el consumidor desista de interponer una acción (no son raras tales situaciones) que impide el éxito de la pretensión resarcitoria. Además aumentan las oportunidades de tener una acción juzgada improcedente por no haber podido acreditar la prueba del daño, lo que hace que muchas veces la tutela jurídica de los consumidores no sea satisfactoria y efectiva (art. 24 CE). Desde este punto de vista, queda claro que la exclusión del régimen de responsabilidad objetiva a los daños causados por productos defectuosos no parece cohonestar bien con el principio *pro consumatore*.

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y BRASILEÑO

1 PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

Como es bien sabido, la responsabilidad ante los demás puede ser de varios tipos (civil, penal, administrativa, fiscal, asociativa, social, laboral) y el derecho consagra a su vez varios tipos de responsabilidad.

La responsabilidad civil consiste en la obligación de reparar el daño, desde el punto de vista patrimonial, por parte de su causante frente a la persona efectivamente perjudicada. Producido y constatado el daño, nace la obligación del causante de responder por los daños y perjuicios ocasionados.

No hace falta decir que cuando la acción de responsabilidad está razonada en la culpa contractual se aplica un régimen jurídico distinto de la fundada en la extracontractual, recogida en los arts. 1.902 y 1.908 del Código civil español. Debemos señalar que en el tema de la responsabilidad civil, existen dos tipos de comportamientos o conductas que generan obligaciones distintas para todas aquellas personas que las practican. Dicha responsabilidad civil está contemplada en el art. 1.101 cuando las partes o personas estén ligadas por un vínculo contractual, sea este expreso o sea tácito.

Por lo tanto, la responsabilidad contractual es la que nace de un contrato. En tal sentido, el art. 1.101 del Código civil español dispone que “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 aquellas”. La responsabilidad extracontractual, por el contrario, es la que surge ante el incumplimiento del deber genérico de no dañar los derechos e intereses de otro²⁷. Así, para que una conducta genere responsabilidad civil extracontractual que origina una obligación de indemnizar, como indica el art. 1.104 del Código civil, es preciso que concurren los siguientes presupuestos: a) acción u omisión; b) comportamiento antijurídico o ilícito; c) producción de un daño y d) relación de causalidad entre el comportamiento y el daño.

²⁷ La responsabilidad civil extracontractual se basa en el principio general *alterum non laedere* (también conocido como *neminem laedere*) del cual se deriva la obligación de reparar todos los daños que se causen a terceros con la propia actuación.

No hay que olvidar que, a diferencia de la responsabilidad contractual, solo habrá dicha responsabilidad si no existe una relación jurídica previa con el perjudicado. Si existe previamente un vínculo o relación jurídica de índole contractual y no se cumple lo pactado, nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual.

Para contextualizar mejor el tema conviene señalar que el apartado de la responsabilidad civil derivada de los daños causados por bienes o productos defectuosos está ubicado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y, además, está sometida a un régimen de responsabilidad extracontractual objetiva (exclusivamente extracontractual). Sin embargo, no queda sujeta a las reglas del sistema clásico de responsabilidad extracontractual o aquiliana. El resarcimiento de los daños producidos por productos defectuosos está sometido a un régimen específico de responsabilidad, puesto que el sistema especial de responsabilidad civil plasmado en los Códigos civil y de comercio solamente se aplica a los daños originados por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un contrato en los casos en que la cosa se entrega con vicios o defectos, como sucede en el ámbito de la compraventa.

En cambio, la proyección de la responsabilidad civil por los daños causados por los defectos de los productos presenta un espectro más amplio, en la medida en que está dirigida a la totalidad de los individuos, adquirentes o usuarios de los productos comprendidos en su ámbito objetivo, es decir, no solo protege a los consumidores, sino a todas las personas afectadas por los daños producidos.

Deberíamos añadir que cuando un bien adquirido no funciona, sin que sea susceptible de actuar como fuente de daño para la persona o sus pertenencias, el problema permanece en el ámbito de la responsabilidad contractual, pero cuando la falta de funcionamiento del producto tiene el potencial de causar un daño, la producción del daño no se sitúa únicamente en el ámbito del incumplimiento contractual, sino dentro del de la responsabilidad extracontractual²⁸.

²⁸ Como indica TORRELLES TORREA, E., Comentario al art. 117 TRLGDCU, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1085: “Así pues, si el producto no conforme es a la vez defectuoso según el art. 137 TR-LGDCU, podrá reclamarse una indemnización al amparo del régimen de responsabilidad por productos defectuosos (y también al amparo de las reglas generales de responsabilidad: 1101,1902 CC). Respecto a los daños causados en el propio producto por ser defectuoso, el art. 142 TR-LGDCU advierte que no será indemnizable según las normas de responsabilidad por productos defectuosos, sino conforme a las leyes civiles y mercantiles”.

2 LA TUTELA DEL COMPRADOR DE COSA DEFECTUOSA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Cuando no existían las disposiciones específicas aplicables a los daños causados por la comercialización de un producto defectuoso, los perjudicados tenían que recurrir a las normas generales del Código Civil (relativas a las obligaciones del comprador) y a las disposiciones vigentes en materia de responsabilidad extracontractual.

Durante este período de tiempo, el saneamiento de los vicios o defectos ocultos de la compraventa se daba básicamente a través de dos medios: a) resolución del contrato mediante la acción redhibitoria; b) reducción del precio o *quanti minoris* (*acción quanti minoris* o *acción estimatoria*). Pero, la praxis ha demostrado la insuficiencia e inadecuación de los criterios tradicionales para tutelar los daños producidos al consumidor, por lo que se refiere a la reparación integral, y por ende no amparaban a los destinatarios de estos productos y a los terceros afectados, lo que justificaba un tratamiento normativo específico del problema.

Diversas teorías fueron propuestas con el fin de justificar la responsabilidad del fabricante y su obligación a responder de los daños y perjuicios causados por sus productos a través de las normas sobre responsabilidad contractual, ateniéndose básicamente a la teoría de los vicios ocultos y de la acción redhibitoria.

Pese al avance paulatino de la jurisprudencia y la línea interpretativa adoptada por el TS, quedaba todavía sin solución el problema fundamental de la inexistencia de una acción directa a través de la cual el demandante pudiera accionar al fabricante.

Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la normativa codificada en materia de venta (art. 1.491 y ss.) y de responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y ss.), resultaba ineficaz para hacer frente a los altos niveles de potencialidad riesgosa de los productos comercializados.

Las acciones derivadas del contrato de compraventa aseguraban el resarcimiento por los vicios y defectos ocultos de la cosa vendida, pero tenían un campo de actuación muy limitado, pues el sistema de responsabilidad solo se concretaba cuando los vicios fuesen ocultos o ignorados por el comprador.

En efecto, la normativa en materia de venta, aumentaba la indefensión del consumidor perjudicado frente a su propio causahabiente, sujeto normalmente distinto del productor. Además de esto, el sujeto dañado quedaba sometido a severos plazos de prescripción y caducidad que no le favorecían en nada.

El resarcimiento de daños al que la norma se refiere afectaría solo al simple interés contractual negativo y no a los daños de otro orden causados por la cosa defectuosa, estarían excluidos de la indemnización otros daños y perjuicios que hubiera podido sufrir el comprador como consecuencia del producto defectuoso²⁹.

A la vista de lo dispuesto en el art. 1.107 del CC, las normas generales de responsabilidad contractual (arts. 1.101 y ss. del CC) parecían ampliar las perspectivas de lograr una reparación integral del daño. Pero, aun así, no se solventaron todos los problemas subyacentes a los aspectos sustantivos de la responsabilidad y, además, el problema de los daños causados por un producto defectuoso no solía ampararse sin dificultad en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Uno de los principales problemas que se va a afrontar es el de la relatividad de los efectos del contrato, con lo cual se vuelve difícil imponer la responsabilidad al fabricante que no ha tenido relación contractual alguna con el comprador, como destaca la Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1984 (STS 1743/1984) en la que se establece la ausencia de responsabilidad del fabricante salvo que estuviera ligado con el usuario o consumidor por un contrato de compraventa. Además, al margen de esto, el contratante tenía que probar la existencia de la culpa (fundamento culpabilístico), razón por la cual se adopta una noción amplia de vicios ocultos, cuyos primeros antecedentes tiene su origen en la jurisprudencia francesa e italiana³⁰, y se pasa a aplicar el régimen de vicios ocultos del Código Civil a cualquier defecto de fabricación, cambiándose el parámetro hasta entonces adoptado, puesto que se sustituye el conocimiento de los defectos por parte del vendedor (art. 1.486) por el deber de conocerlos que llega hasta el fabricante como vendedor de la cosa.

Pero el cambio radical lo produjo la LGDCU, al introducir en el ordenamiento español la figura jurídica de la responsabilidad objetiva y solidaria de los intervinientes en la cadena de producción.

Se trata, pues, de una obligación de resultados y dicha responsabilidad consiste en introducir en el mercado productos seguros, asumiendo el fabricante/productor la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al consumidor.

Actualmente, el TRLGDCU especifica por lo tanto las normas referidas a los daños que pueden sufrir en su integridad psicofísica o en sus bienes quienes usan o consumen

²⁹ GUILARTE GUTIERREZ, V., “La responsabilidad por daños causados al consumidor”, en *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1992, p. 28.

³⁰ GUILARTE GUTIERREZ, V., “La responsabilidad por daños causados al consumidor”, en *Jornadas...*, *op. cit.*, p. 30.

productos³¹. En este sentido, el ámbito de aplicación del art. 148 del TRLGDCU y el grupo de este tipo de productos suele ser muy amplio. Los ejemplos son innumerables³². Para mejor comprensión, se hace necesario aclarar el tema con algunos ejemplos prácticos: fallos en los sistemas de seguridad en los coches, un defecto en el sistema hidráulico de los frenos, la rotura de los frenos del vehículo o cuyo *airbag* no funciona, incendio producido en un vehículo debido a un fallo en su circuito eléctrico, explosión en una bombona de butano en el domicilio, explosión de una botella de refresco o cerveza, el frigorífico o aparato de cocina que se estropea, el móvil cuya batería explota tras ponerla en carga, sobrecalentamiento del electrodoméstico que explota o se incendia, latas de conserva estropeadas o que estén en malas condiciones, cosmético o producto de limpieza que produce manchas en la piel o el pelo, artefactos pirotécnicos que pueden tener defectos, condón roto o perforado que permite la contaminación de la pareja por el virus del SIDA, etc.

No podemos olvidar, además, que los criterios adoptados por los Tribunales no siempre han sido los mismos y que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual.

3 ÁMBITO SUBJETIVO. SUJETOS PROTEGIDOS Y RESPONSABLES

En España, el tema de la responsabilidad por productos defectuosos ha sido objeto de tratamiento legal en tres normativas diferentes: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 22/1994 y más recientemente el Real Decreto Legislativo 1/2007. En este epígrafe, vamos a examinar brevemente cada una de ellas, haciendo especial énfasis en la legislación vigente.

³¹ El Libro III del TRLGDCU regula la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, reservando once artículos a los “Daños causados por productos” (artículos 135 a 146), tema del presente estudio, algunos de los cuales proceden de la Ley 22/1994.

³² TÉLLEZ ROCA, J., “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Protección de los consumidores...*, *op. cit.*, p. 24, pone como ejemplo “el caso de un producto ultracongelado que sale bien de fábrica pero se convierte en defectuoso al romperse la cadena de frío en el transporte al supermercado, donde es adquirido por un consumidor que sufre daños tras ingerirlo”.

3.1 La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

3.1.1 Sujetos protegidos

Ya hemos dicho anteriormente que la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios, con anterioridad a la Directiva 85/374 estableció un régimen especial de responsabilidad aplicable a los daños causados por productos defectuosos introducidos en el mercado de consumo. Sin embargo, la protección establecida en la LGDCU de 1984 ante los daños causados por productos estaba dirigida exclusivamente a los consumidores o usuarios en el sentido legal³³, es decir, como destinatarios finales de bienes y servicios para uso personal o familiar, por lo que su espectro era más bien reducido. “Cuando la víctima del daño no fuera un consumidor o usuario, los daños no eran indemnizables al amparo de la LGDCU”³⁴ y en tal sentido debían reclamarse con arreglo a las normas generales de responsabilidad.

Víctimas, a los efectos de la LGDCU, eran solamente las que adquirirían el producto en la relación de consumo. De tal manera, la Ley 26/1984 solo resultaba aplicable cuando la víctima del daño fuera un consumidor o usuario, dejando fuera de la órbita de protección de la norma a todos los terceros perjudicados. Como consecuencia de ello, “debían reclamarse con arreglo a las normas generales de responsabilidad, los daños personales o materiales provocados por el uso o consumo de productos o la prestación de servicios que fueran sufridos por ejemplo, por un profesional, por un empresario, por un trabajador, pero también (aunque esto es más discutible y puede argumentarse en contra) por un tercero ajeno al consumo del producto o al uso del servicio y que sin embargo resultaba perjudicado (por ejemplo, el vecino de la persona a la que le explota la caldera de gas y que, a su vez, sufre daños como consecuencia de la explosión)”³⁵.

³³ Como ha señalado PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, p. 68, “cuando la víctima no fuera un consumidor en el sentido del artículo 1 de la LGDCU la reclamación debía entablarse conforme a las reglas generales de responsabilidad contractual o extracontractual (pérdida de cosechas por insecticida defectuoso; pienso que intoxica al ganado; vacuna que provoca la muerte de los animales; maquinaria industrial que estropea la producción; materia prima defectuosa...)”.

³⁴ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 37.

³⁵ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 37.

3.1.2 Sujetos responsables

En el marco de la LGDCU, son sujetos responsables el fabricante, importador, vendedor o suministrador de productos defectuosos a los consumidores, en los términos del artículo 26 y 27.1.a) de la referida ley, así como el poseedor de los productos a granel anónimos (art. 27.1.b) LCU). En tales casos, todos los sujetos mencionados son responsables solidarios³⁶, pudiendo únicamente exonerarse ante cualquier daño o perjuicio causado por el uso del producto identificando y probando la responsabilidad del anterior tenedor, del productor, fabricante, importador o vendedor y la razón social que figura en la etiqueta, presentación o publicidad en los productos envasados y etiquetados cerrados íntegramente (art. 27.1.c) LCU, de la que podrá exonerarse también demostrando la falsificación del producto o la incorrecta manipulación por terceros³⁷.

Sin embargo, el sujeto responsable va a ser necesariamente un empresario en el ejercicio de su función profesional.

3.2 La derogada Ley 22/1994

3.2.1 Sujetos protegidos

La LGDCU quedó parcialmente derogada tras la promulgación de la Ley 22/1994³⁸, de manera que el ámbito de protección diseñado en los artículos 25 y ss. de la mencionada norma solo resultaba aplicable a los daños ocasionados por servicios³⁹.

Con el nuevo marco legal, la responsabilidad de los productos defectuosos traspasa la esfera de protección a los consumidores y alcanza a los “terceros perjudicados”, sin distinguir si son consumidores o no, profesionales o no, lo que abarcaría no solamente a los

³⁶ “Si se trata de bienes o productos, tan responsable es el fabricante, productor o importador que abastece al almacenista, como el almacenista que suministra al comerciante como el comerciante que revende al consumidor o usuario” (GOMEZ CALERO, J., *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 116). Sin embargo, como ha señalado GARCÍA GARCÍA, L. M., *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 810, “para que sea válida la posibilidad de demandar a todos los posibles participantes en la causación del daño, es necesario que aporte un principio de prueba de la intervención de cada uno en el evento dañoso”.

³⁷ LEÓN ARCE, A. de, MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., AZA CONEJO, M. J., *Derecho de consumo*, Editorial Forum, Oviedo, 1995, p. 248.

³⁸ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 38, explica que “el sujeto protegido por la Ley 22/1994 no era el consumidor, porque la ley lo que hizo fue reproducir lo dispuesto en la Directiva 85/274/CEE, cuya finalidad prioritaria no era establecer un sistema de protección al consumidor”.

³⁹ Véase MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 90.

consumidores en sentido estricto, cuando adquieren productos defectuosos, sino también al tercero ajeno (*bystender*)⁴⁰. Eso porque muchas veces, los daños van más allá de las fronteras del ámbito personal del consumidor, extendiéndose a otras personas fuera de este ámbito, sin que, sin embargo, exista contrato entre ambos⁴¹.

No obstante, como acertadamente señala Rodríguez Carrión, nos encontramos ante una “*responsabilidad por productos* y no ante una *responsabilidad del productor*”⁴², ya que la responsabilidad de la norma, se extiende a otros sujetos activos de los daños, distintos del propio fabricante, es decir, el daño no es causado por la persona del proveedor o sus agentes, sino que el hecho causante del daño suele ser el propio producto⁴³, por eso debe hablarse de manera genérica de responsabilidad por el hecho de las cosas y, en el ámbito de la normativa de protección al consumidor, de “responsabilidad por el hecho del producto”⁴⁴.

3.2.2 Sujetos responsables

A diferencia de la actual legislación, que se refiere con mayor amplitud y de forma explícita a la figura del productor (art. 5 TRLGDCU), la derogada Ley 22/1994, normativa de transposición de la Directiva 85, en su artículo 4.1.d), solo se refería de forma expresa al fabricante (“se entiende por fabricante... cualquier persona que se presente al público como fabricante...”).

Se considera fabricante no solo a quien fabrica un producto terminado, sino también los que fabrican cualquier elemento integrado en un producto terminado, incluidos aquellos que pongan su nombre, denominación social, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, su envase, envoltorio, etc. Todos ellos, así como el importador y, eventualmente, en los supuestos definidos en la Ley, el suministrador (cuando el verdadero fabricante no pueda

⁴⁰ Como señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2013, 5. ed., p. 238, “las disposiciones aplicables parten de un principio universalista, en virtud del cual debe protegerse a todo sujeto perjudicado (‘Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado...’, reza el encabezamiento del art. 128 TRLCU)...”.

⁴¹ Es lo contrario de lo que ocurre con la garantía por vicios redhibitorios que establece el Código Civil por los defectos de cualquier tipo que pueda presentar la cosa, pero solo tiene repercusión en el ámbito de las partes contratantes.

⁴² RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 16. Véase, en igual sentido, JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, Atelier, Madrid, 1998, p. 115.

⁴³ Véase en el mismo sentido los autores brasileños ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2009, 7. ed., p. 82-83 y KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, São Paulo, Atlas, 2013, 6. ed., p. 186.

⁴⁴ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, *op. cit.*, p. 186.

ser identificado en el plazo de tres meses o cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto), responden solidariamente del daño⁴⁵.

Son importadores a los efectos de la LRPD: a) 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” (art. 4.2)⁴⁶; b) quien hubiere suministrado o facilitado el producto defectuoso importado cuando no viene identificado en él el nombre del importador pero sí el del fabricante (art. 4.3).

3.3 El Texto Refundido de la LCU

3.3.1 Sujetos protegidos

Sin embargo, el TRLGDCU, en el art. 128, extendió dicho ámbito a los terceros, con independencia de que el sujeto fuera o no consumidor, o sea, a quienes, sin ser parte de una relación de consumo, pueden sufrir un daño. Esta ampliación del ámbito subjetivo es uno de los rasgos más importantes del TRLGDCU y que supone un cambio significativo con respecto a la responsabilidad por productos defectuosos. No se trata de una excepción a la definición establecida en el art. 3, sino de una ampliación del concepto legal.

El artículo 128 del TRLGDCU unificó en un solo texto la regulación del ámbito de protección para la responsabilidad por productos y por servicios, estableciendo, en términos claros y precisos, que “*todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*”.

El artículo 129.1 del mismo texto legal señala que el régimen de responsabilidad previsto en la norma “comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que estos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”. Para ello habrá que recurrir al régimen jurídico propio que regula la responsabilidad derivada de daños por productos defectuosos si el producto viene a causar un perjuicio para sí mismo o para un tercero.

⁴⁵ RUBIDO DE LA TORRE, C., *Derecho del Consumo*, RGD, Valencia, 2000, p. 19.

⁴⁶ “Lo anterior no significa que el importador intracomunitario no pueda en ningún caso ser responsable, lo que ocurre es que lo será como suministrador, y en consecuencia su responsabilidad será sólo subsidiaria en virtud de lo señalado en el art. 4.3 de la ley”. (TORRALBA MENDIOLA, E. C., *La responsabilidad del fabricante. Aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 215).

Aunque, claro está, el precepto puede sin embargo suscitar dudas, a la vista de lo dispuesto en el artículo 2, que delimita el ámbito de aplicación de la Ley. Si bien es cierto que su ámbito de aplicación es el de las relaciones entre consumidores y usuarios o empresarios, no queda duda de que “el concepto de consumidor y usuario del artículo 3 no es aplicable cuando se trata del régimen de responsabilidad civil”⁴⁷, y en tal sentido no se restringe a la existencia de una relación jurídica entre el dañado y el fabricante del producto.

Este nuevo sistema de responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos:

- a) la responsabilidad objetiva del fabricante a favor de la víctima, no solamente el consumidor o usuario, sino cualquier persona que se ponga en contacto con el mismo.
- b) la carga de la prueba que impone a la víctima;
- c) la responsabilidad solidaria de todos los operadores de la cadena de producción y comercialización.

La identificación del régimen legal aplicable a un supuesto de hecho concreto tiene gran trascendencia, habida cuenta de las consecuencias de aplicar una u otra ley a efectos de valorar la carga de la prueba por el distinto régimen de responsabilidad que establece cada una de las leyes y por la determinación de los sujetos responsables.

En resumen, son los perjudicados por el producto defectuoso los sujetos protegidos, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores o usuarios (*bystanders*) en sentido estricto, extendiéndose dicha protección también a las personas jurídicas⁴⁸.

En este mismo sentido, como veremos a continuación, el art. 17 de la Ley de Protección al Consumidor del Brasil establece que para los efectos de este tipo de responsabilidad “se equiparan a los consumidores todas las víctimas del evento”.

⁴⁷ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ En el marco de la Ley 22/1994, señala REYES LOPES, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del 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, p. 45: “Nada dice la Ley respecto a si acoge bajo su ámbito de protección a las personas jurídicas. En principio, no hay inconveniente para que una persona jurídica, como pueda ser una asociación o una fundación dedicada a fines privados sin finalidad lucrativa pueda entablar una acción por los perjuicios sufridos a consecuencia de la ingestión, utilización [...] de cualquier producto. Este problema sólo tiene incidencia en el ámbito patrimonial puesto que respecto a los daños corporales cada una de las personas perjudicadas es la legitimada para la interposición de la acción”.

Por último, se dirige a la protección de la persona y por lo tanto no se extiende a los productos fabricados para animales (medicamentos veterinarios, accesorios, comida y otros productos), por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley⁴⁹, “sin perjuicio de que, en todo caso, no deban constituir un peligro para las personas”⁵⁰, al aplicarlos a sus animales, que pueden ser tóxicos.

3.3.2 Sujetos responsables

En el TRLGDCU se establece un régimen específico de responsabilidad civil por daños producidos por productos defectuosos, responsabilizando objetivamente a quienes han participado en la cadena de distribución/comercialización (productor, fabricante, importador, distribuidor, vendedor), con independencia de que el daño se haya producido en el ámbito de un contrato de compraventa civil de bienes de consumo, ya que la protección otorgada a la víctima deriva del hecho de que un producto defectuoso haya sido introducido en el mercado de consumo, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en sede de garantía de los productos⁵¹, cuando el producto adquirido en la compraventa no es conforme con el contrato⁵², donde se hace imprescindible la existencia de un contrato celebrado entre un vendedor y un comprador⁵³.

⁴⁹ En el ámbito del CDC brasileño, DENARI, Z., “Comentario al art. 12 CDC”, en *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Grinover, A. P. et altri, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 145, entiende que el fornecimiento de los productos veterinarios puede acarrear responsabilidad por daños a la salud de los animales, con lo cual sería de aplicación la normativa de daños por productos y menciona el caso ocurrido en Alemania, en la década de 1960, tras la aplicación de una vacuna contra peste avícola, por un veterinario, murieron 4.000 aves y, como era imposible la demostración por la propietaria perjudicada de que la vacuna estaba contaminada, el tribunal estableció la inversión de la prueba, estableciendo una presunción *juris tantum* de la culpa in vigilando del fabricante.

⁵⁰ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 45.

⁵¹ La garantía legal de los productos protege a la persona consumidora. El régimen legal establecido en la Directiva 1999/44/CE y, por ende, en el Texto refundido, es de aplicación a los contratos de compraventa de productos celebrados entre consumidores y profesionales.

⁵² Conforme CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad...*, op. cit., p. 62, “...la garantía [del artículo 11 de la LGDCU] no ampara al adquirente que no sea su titular, a otros consumidores del producto distintos del titular, ni a los ‘bystanders’. Además, como en el caso de las normas sobre el saneamiento, es dudoso que la indemnización cubra daños distintos de la propia condición defectuosa del producto”. Así pues, “los sujetos legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de este conjunto de acciones son, ordinariamente, el vendedor (quedan excluidos de su marco de protección todos los sucesivos subadquirentes del bien de consumo) y el comprador, es decir, exclusivamente las partes que celebraron el contrato”. (BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo: Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 612-613). Sin embargo, “cabe plantearse el supuesto del consumidor no contratante. Es posible que el bien no conforme lo haya adquirido una persona (adquirente inicial) que a su vez lo haya entregado a otra que es quien realmente lo va a usar (subadquirente por donación) y se percatará de los posibles vicios. En estos casos, según la SAP Barcelona 9 octubre 2008, el subadquirente es consumidor.”

La introducción en el mercado de un producto inseguro, por lo tanto, produce consecuencias jurídicas y que pueden haber contribuido de alguna manera a la producción del hecho dañoso. De tal manera, cabe preguntarse quiénes son los que están involucrados en este proceso y en qué medida cada uno de ellos ha contribuido a que se produzca el resultado dañoso.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 135 TRLGDCU, los productores (fabricantes e importadores) serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos introducidos en el mercado. Por lo tanto, la posible responsabilidad afecta a varios sujetos, no solo al productor, sino también a los distintos actores que intervienen en el proceso de producción.

Igualmente, a tenor de lo dispuesto en el art. 138.2 del mismo Estatuto Legal, el suministrador es responsable subsidiario de los daños. Pero dicha responsabilidad solo tendrá lugar si el productor no puede ser identificado o, en el caso de un producto importado, si el productor no indica el nombre del importador, aunque se indique el nombre del fabricante.

Cabe aquí recordar que la LGDCU permitía la condena solidaria de todos los sujetos intervinientes en la cadena de distribución/comercialización de los productos, sujetos que intervienen en el proceso de producción y comercialización del producto defectuoso por los daños que hubiesen tenido los consumidores, por una causa no imputable a ellos⁵⁴. La derogada LRDP a su vez solo contempla la responsabilidad del fabricante o importador y, con carácter excepcional, regula los supuestos de responsabilidad del proveedor por los riesgos que pudieran presentar sus productos, “cuando no identifica al fabricante/importador o suministra el producto a sabiendas del defecto”.

3.4 Concepto legal de productor

Conviene precisar, como cuestión previa a la de la responsabilidad civil del fabricante, y ante las diversas definiciones recogidas en la normativa interna y comunitaria de consumo,

(TORRELLES TORREA, E., “Las garantías de los productos en el TR-LGDCU”, en *Estudios sobre consumo*, dir. Sánchez Barrios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 254).

⁵³ “Frente a los inconvenientes que planteaba la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual, y no obstante los intentos para superarlos, la tendencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia fue la de situar el problema de los daños por productos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”. (CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 69).

⁵⁴ Para el consumidor, esta era la solución más cómoda y quizás ideal. Sin embargo, esto podría plantear problemas relacionados con la determinación o distribución de la responsabilidad a la hora de determinar las cuotas de responsabilidad entre los distintos agentes causantes del daño.

el concepto de productor y proveedor recogidas en el Texto Refundido, “dada la pluralidad de sujetos que abarca este término”⁵⁵.

En el art. 5 del Texto Refundido, se reconoce como productor al fabricante o importador en la Unión Europea de un producto o servicio, cualquier elemento integrante de un producto terminado o una materia prima, por lo que estaría comprendido en el concepto el productor o fabricante aparente, que es el que se presenta al público como tal, mediante la indicación en el producto de su nombre, marca u otro signo distintivo, así como el prestador de servicios.

En tal sentido, recuerda Bercovitz Rodríguez-Cano⁵⁶ que el concepto de productor de la mencionada disposición procede del art. 10.III de la Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo, reproducción a su vez del art. 1.2.d) de la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, al que el legislador añadió algunos cambios. El objetivo de tal modificación fue aclarar, en lo referente al fabricante aparente, que, para efectos legales, da lo mismo que la indicación en el producto de su nombre, marca u otro signo distintivo se produzca en el propio bien, o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación del mismo. El segundo cambio, al haber incluido en la definición del término “productor” que se utiliza en el Texto Refundido, además del fabricante del bien, el prestador de servicios⁵⁷, extendiéndose, por lo tanto, al intermediario y al importador, que puede ser tanto de bienes como de servicios.

La tercera modificación consistió en “haber incluido al intermediario en el elenco de sujetos comprendidos en el concepto de productor, es decir a cualquier sujeto, empresario o profesional, que intermedie en la comercialización del bien o servicio hasta su destino final”⁵⁸.

⁵⁵ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 49.

⁵⁶BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Comentario al art. 5 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁵⁷ Para el autor citado “resulta un tanto extraño que esa inclusión en el concepto de productor del prestador de servicios no se extienda al concepto de producto en el art. 6, dando así lugar a que el concepto de producto se equipare con el de bien mueble, mientras que el productor, quien en principio es el causante del producto (el que, con su actividad, fabrica el producto), comprenda la fabricación de bienes muebles y, además, la prestación de servicios.” (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Comentario al art. 5 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 107).

⁵⁸BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Comentario al art. 5 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 105.

En relación a la actual legislación se ha optado por el término único⁵⁹. Con el fin de acomodar la terminología del Derecho interno a la de la normativa comunitaria⁶⁰, el legislador trató de agrupar en un concepto más amplio “productores” como equivalente de “fabricantes e importadores”, al igual que la Directiva 85/374, y, además del rigor técnico que demuestra por razones de economía legislativa, ya que “ambas categorías son jurídicamente equivalentes a efectos de responsabilidad”⁶¹.

Se considera productor al fabricante o importador en la Unión Europea de un producto terminado, de cualquier elemento integrado en un producto terminado o de una materia prima (art. 138.1). A este concepto se suma el concepto general de productor enunciado en el art. 5. En la definición de productor se incluye el fabricante aparente, aquella persona que se presenta como fabricante al colocar sobre el producto su nombre, su marca o cualquier signo distintivo (art. 5).

Al respecto, cabe hacer notar una “deficiencia de técnica legislativa”⁶² en la redacción del art. 138.1 TR, sobre todo por la remisión al art. 5, unida a la referencia expresa como “productor” del “intermediario” del fabricante o del prestador de un servicio, dado que dicho régimen no se aplica a los servicios defectuosos⁶³, pese a la posibilidad teórica de aplicarse la Directiva 85/374 a la responsabilidad originada por la utilización de un producto defectuoso en el marco de la prestación de un servicio⁶⁴.

Hay que distinguir el concepto de productor del de proveedor. Los proveedores a los que se refiere el artículo 7 del TR son los empresarios que suministran o distribuyen productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución. El proveedor es simplemente el intermediario en la distribución de bienes (muebles) de consumo. El proveedor solo es responsable de los daños si el productor no puede ser identificado, y siempre que dentro del plazo de tres meses el proveedor no “indique

⁵⁹ “Así, se ha afirmado que la definición de productor que se contempla en el Texto refundido, no tiene sino un carácter meramente ilustrativo. Es decir, tanto el productor como el proveedor deben considerarse integrados en la categoría general de empresario tal y como se define en el Texto refundido a los efectos de acotar su ámbito e aplicación”. (cf. PICATOSTE BOBILLO, V., *La Protección de los Consumidores en la Compraventa de Vehículos Automóviles*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp. 108-109).

⁶⁰ GUTIÉRREZ 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)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 172.

⁶¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 173.

⁶² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 178.

⁶³ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 175, nota 358.

⁶⁴ Como ha señalado GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., pp. 177-178, nota 362, este tema fue una de las cuestiones de fondo que subyacía en el asunto resuelto por la STJCE de 10 de mayo 2001 (TJCE 2001, 133).

al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto” (art. 138.2). También se considera proveedor al suministrador del producto defectuoso “cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto” (art. 146). Se trata de una disposición normativa similar a la anterior regulación de la Ley 22/1994 y que está fundada en una responsabilidad distinta de la que establece la Directiva para el productor.

Dentro del capítulo que regula la responsabilidad por los daños causados por productos, más concretamente en el art. 138 del TRLGDCU, tenemos un concepto amplio de fabricante: a) el “final”, del producto acabado; b) el “parcial”, de elementos integrados; c) el de “materias primas” empleadas en su fabricación. Del mismo modo, también se considera fabricante al que se presente como tal al indicar en el bien o producto su nombre, marca u otro signo distintivo, debiéndose señalar que la figura del “fabricante aparente” queda incluida en esta última definición.

En el campo de los productos defectuosos, la responsabilidad civil se centra fundamentalmente en el “productor o fabricante real”, pero, como se verá más adelante, conforme a lo dispuesto en el art. 138, “la regla general es la exclusión de la responsabilidad del distribuidor y del vendedor del producto, porque se entiende que no tienen los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los bienes con los que comercian”⁶⁵.

Un aspecto interesante a resaltar es que en el proceso de la puesta en circulación entran en juego todos los agentes involucrados en el proceso productivo. Entre fabricantes y consumidores, se hallan diversas personas que actúan en el proceso de distribución y comercialización del bien, formándose una larga cadena de distribución, integrada por exportadores, importadores, transportistas, depositarios, comisionistas, mayoristas, minoristas. En este contexto, surge la figura del suministrador final. Es, precisamente, el suministrador final quien cierra el ciclo económico, procediendo a la retirada del producto de mercado.

Debemos analizar cada uno de estos conceptos por separado.

a) El fabricante: En sentido amplio, fabricante es el profesional (persona física o jurídica) que elabora en serie, aunque no necesariamente, un determinado producto a partir de

⁶⁵ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al artículo 138 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1684. En el mismo sentido, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, op. cit., p. 236.

una mayor o menor transformación de la materia prima y con la finalidad de comercializarlo⁶⁶.

Conforme ha señalado la doctrina, el art. 4.1 de la derogada Ley 22/94 contenía un concepto amplio de fabricante que engloba no solo al fabricante “final” del producto acabado, sino que también al llamado fabricante “parcial” de elementos integrados en productos terminados y el de “materias primas” empleadas en su fabricación.

b) El importador: Como ya señalamos al principio, tendrá también la consideración de productor, además del fabricante real (al que también se equipara el fabricante o productor aparente), el importador comunitario⁶⁷, la persona que en el ejercicio de su actividad empresarial introduce un producto en la Unión Europea para su venta o comercialización.

Solo excepcionalmente, la equiparación puede alcanzar al “proveedor” o “distribuidor” en sentido estricto. Mientras en la LGDCU se le consideraba responsable con carácter general, el distribuidor no es, en principio, sujeto responsable en el contexto de la responsabilidad por productos, puesto que es el último eslabón que existe entre el productor y el consumidor, y además no interviene en la manipulación del producto.

Por lo demás, el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto, caso en el que el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 146 del TRLGDU.

Mientras el art. 4.2 de la Ley 22/94 consideraba importador a “quien... introduce un producto en la Unión Europea”, “el TR sigue negando la condición legal de tal, en cuanto productor, al importador nacional de productos fabricados dentro de la UE”⁶⁸.

Para finalizar, debe mencionarse que no existe consenso en la doctrina en torno a esta cuestión, si bien algunos autores consideran que “importador es igualmente quien introduce en un país de la Unión un producto que procede de otro país de la Unión o que, al menos, le

⁶⁶YZQUIERDO TOLSADA, M., NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., ACOSTA MÉRIDA, M. P., *Derecho del Consumo*, Cálamo, Madrid, 2005, p. 185.

⁶⁷ Como señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 237, “la responsabilidad se impone aquí a un distribuidor, para facilitar la reparación del daño y evitar que el perjudicado quede sometido a regímenes jurídicos menos protectores. La responsabilidad requiere dos presupuestos: el ejercicio profesional y la introducción de un producto extracomunitario. Esto es, la responsabilidad se impone sólo al importador comunitario (nacional o europeo: “importador en la Unión Europea”, dice el precepto) y no al importador nacional de productos de la UE. La norma es generalmente criticada al reducir el nivel de protección de los perjudicados”.

⁶⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 183.

sería aplicable por analogía el mismo régimen de responsabilidad por productos que se establece para el importador extracomunitario”⁶⁹.

c) El suministrador: El suministrador también es considerado responsable en el régimen legal de la responsabilidad por productos como si fuera el productor. Conviene señalar que, en el contexto del TRLGDCU, se produce otro cambio terminológico, puesto que el término “suministrador” ha sido sustituido por el de “proveedor”⁷⁰, aunque en este caso no se puede afirmar que exista una armonización de términos, ya que la Directiva comunitaria emplea el primer término con el sentido de una persona que suministra al consumidor un producto comercializado⁷¹. No obstante, ambos términos se emplean indistintamente a nivel comunitario para designar a la persona que opera en la cadena de distribución, ya sea de forma implícita o explícita.

Puesto que el productor es el principal responsable de los daños que se puedan causar a terceros, el suministrador solo es responsable si aquel no pudiera ser identificado o cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto.

En el régimen de responsabilidad por daños del TRLGDCU, los suministradores responderán por los daños en dos supuestos distintos: a) si los perjudicados no han podido identificar al fabricante y al importador, salvo 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 (art. 138.2); b) cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146).

Según la doctrina, “en el caso del art. 138 del TR el suministrador es considerado como productor y por tanto entra en el concepto legal de productor (‘será considerado como tal’), mientras que en el art. 146 no es que sea considerado productor sino que responde como si fuera el productor, al suministrar el producto conociendo el defecto”⁷².

Como se verá más adelante, la responsabilidad del suministrador es supletoria, solo cesa a partir del momento en que se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 138.2, si informa al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto en un plazo de tiempo razonable.

⁶⁹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁰ Como se señala en su exposición de motivos, “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”.

⁷¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 187, nota 388.

⁷² AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1246.

Además de eso, como han puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia, el dolo no ha de presumirse.

4 ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL TRLGDCU

Tras el análisis del ámbito subjetivo de protección, conviene ahora enfocar el estudio del ámbito de aplicación del TRLGDCU, respecto a los daños en concreto, y en consecuencia establecer el perímetro de aplicación del art. 128, que consagra un sistema objetivo de responsabilidad.

El TRLGDCU resulta de aplicación a los daños ocasionados por productos defectuosos, producidos en el ámbito de una relación de consumo.

El art. 128 del TRLGDCU (“Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”) define el ámbito de aplicación de la norma. Las dudas que se plantean son, en primer lugar qué productos quedarían incluidos en el ámbito de la ley, si deben aplicarse a determinados bienes o a todos los bienes en general. En segundo lugar, cabe ponderar si dicha responsabilidad también alcanza, además de al fabricante, al suministrador final cuando suministre el producto a sabiendas del defecto y si es posible encuadrarlo en la correspondiente norma.

El ámbito objetivo de la norma se encuentra bien delimitado por los artículos 136 y 137 del TRLGDCU en cuyas disposiciones se definen los conceptos legales de producto y de defecto. El art. 136, al señalar la noción de producto, delimita los productos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

A su vez, en el art. 137 se define técnicamente el defecto. En dicho artículo se especifican cuáles son los requisitos exigidos para que un producto sea considerado defectuoso. A tales efectos serán relevantes los criterios establecidos en la norma para señalar lo que debe entenderse por producto y por defecto, para finalmente llegar al planteamiento principal de lo que se debe entender por producto defectuoso.

Ese tema es demasiado amplio y merece un estudio detallado, por lo tanto, vamos a ocuparnos de ello en un epígrafe distinto.

4.1 Concepto legal de producto

La consideración de un bien como producto es de fundamental importancia a la hora de delimitar la resarcibilidad de un daño. Para comenzar con dicho análisis se debe partir estableciendo lo que se debe entender por “producto” en el ámbito de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

Aunque parezca innecesario mencionarlo, es fundamental tener claro ante todo que el bien defectuoso subsumible en el concepto legal de producto, “además de ser susceptible del tráfico contractual – lo cual excluye por ejemplo los contratos que se puedan celebrar con géneros prohibidos como drogas tóxicas o estupefacientes –, y apto para el consumo humano, debe ser además inocuo”⁷³, esto es, no están comprendidos en la definición legal los productos que por su propia naturaleza generan un daño probable a la salud o a la seguridad.

El Texto Refundido ofrece un concepto muy amplio de producto en su art. 6 y otro más estricto que haría referencia exclusivamente a los productos defectuosos.

El concepto de producto viene establecido en el art. 136 TRLGDCU: “A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”, de forma que se encuentran excluidos los bienes inmuebles defectuosos y los servicios, dado que el régimen del art. 128 TRLGDCU está concebido para los bienes muebles. Por lo tanto, conforme a la definición legal a la que hemos hecho alusión, contenida en el art. 136, se entiende por producto todos los bienes muebles, aun los incorporados en otros bienes.

El primer aspecto que debe enfatizarse es que la norma entiende por bienes muebles, cualquier bien mueble consumible o usable, incluyéndose los denominados “inmuebles por incorporación”, que, a efectos legales, siguen siendo muebles⁷⁴. Están incluidos aquellos bienes que aún están incorporados, así es que tal concepto se emplea para los materiales de construcción que se unen o incorporan a un inmueble⁷⁵. Desde luego queda claro que este precepto tiene un ámbito de aplicación muy amplio y extenso⁷⁶.

⁷³PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 215.

⁷⁴“Por lo tanto, ya título de ejemplo, quedarían sometidos al régimen de la Ley que estudiamos la rotura de los cables de un ascensor, o las averías de sus motores, las obras de fontanería, de calefacción, etc.”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 76). Véase también PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, op. cit., p. 90.

⁷⁵“Sin embargo, no se aplicaría al trabajo de construcción efectuado por el constructor, ya que ello implica la prestación de un servicio, que está excluido del ámbito de aplicación de esta Ley. No obstante, el constructor sí quedaría afectado de haber sido él quien hubiese proporcionado los materiales de construcción - ladrillos, cemento, tuberías, puertas, etc.- dada su cualidad de suministrador, quedando excluido de la consideración de

No obstante, conviene especificar el alcance de dicho artículo, teniéndose en cuenta, además, las personas involucradas en la cadena de producción y las sucesivas transformaciones del producto.

Entre los productos incluidos en el ámbito de la responsabilidad por productos, podemos enumerar los siguientes: el gas y la electricidad, las materias primas agrarias y ganaderas, y los productos de la caza y de la pesca, que hayan sufrido transformación inicial, electrodomésticos y ascensores, juguetes y productos dirigidos a los niños, productos farmacéuticos, medios de transporte, vehículos a motor, sangre y productos hemoderivados o material médico, productos alimenticios.

No obstante lo dispuesto en el art 136, las materias primas agrarias, ganaderas y de la caza quedan excluidas del ámbito de aplicación objetivo siempre y cuando no sean sometidas a un proceso de transformación inicial⁷⁷.

Ya hemos visto que la responsabilidad del fabricante se circunscribe a los daños provocados por bienes muebles, pero se han planteado dudas acerca del encuadramiento de ciertos bienes dentro del concepto de producto, como es el caso de los productos artesanales, productos informáticos⁷⁸, las sustancias de origen humano como la sangre o el plasma y productos radiactivos/nucleares.

producto el inmueble o el edificio en cuestión”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 77-78)

⁷⁶ LOUIS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad del fabricante por lo defectos de sus productos*, tecnos, Madrid, 2006, p. 136, acuerda que la distinción entre bienes muebles e inmuebles “adquiere en el ordenamiento jurídico español el papel de una verdadera *summa rerum divisio*”, dada la diversificación de criterios.

⁷⁷ El art. 28.2 de la LGDCU disponía que las materias primas agrarias y ganaderas no transformadas industrialmente, así como los productos de la pesca y caza quedaban fuera del régimen de responsabilidad contemplado en la ley, tras la modificación de la Directiva 85/374/CEE, producida por la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo de 1999. “En todo caso, las reglas del TRLGDCU sobre responsabilidad por productos constituyen - más aún desde la reforma operada en 1999, que ha ensanchado su ámbito objetivo de aplicación, al incluir los daños causados por productos agrícolas y ganaderos - el régimen general en punto a la responsabilidad civil del fabricante, derogando explícitamente, para su ámbito de aplicación, tanto a los restantes regímenes de responsabilidad contenidos en el TRLGDCU, como a cualquier otra norma sobre responsabilidad civil del Derecho español”. (BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, op. cit., p. 661).

⁷⁸ Así lo constataba RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 75: “Estimamos, en línea con JIMÉNEZ LIÉBANA, que debemos considerar producto, a efectos del artículo 2 de la Ley objeto de nuestro estudio, tanto los libros, como las publicaciones y el software; por lo que cualquier daño causado como consecuencia de sus errores, generaría la responsabilidad del fabricante de dichos productos”. Véase JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 155.

4.2 Las definiciones de productos en el TRLGDCU

Una de las críticas que hace la doctrina al concepto legal de *producto* recae en el hecho de que hasta ahora no se ha conseguido una unificación en torno a los términos empleados por las diversas normativas. En cuanto a las referencias a “productos” en el TRLGDCU, la citada normativa también utiliza el término “bienes” en varios artículos, y además el cambio de “bienes” por “productos” se ha realizado en ciertos preceptos del texto refundido sin atender a criterios “distintivos”. Bastan como ejemplos los arts. 49.d), 126,127, DT 2ª, DF 2ª.⁷⁹

También se ha alegado que el TRLGDCU alude de forma innecesaria a dos definiciones de producto, una en el art. 6 y otra en el art. 136, cuando podría haber elegido una sola definición para “producto” en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos. Por su parte, la Directiva 85/374 empleaba el término “producto” (*product*), mientras que la Directiva 99/44 optó por el vocablo “bien” (*good*). Según el art. 2 LRPD “se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble. También se considerarán productos el gas y la electricidad”.

El artículo 2 de la Directiva establece 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, aun 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. A la hora de establecer un concepto legal de producto, el art. 6 TRLGDCU considera bienes muebles a los productos, conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil. El citado artículo traslada el concepto de producto del art. 335 CC⁸⁰, aclarando que la noción de producto se identifica con la de bien mueble del Código Civil⁸¹.

⁷⁹CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Comentario al art. 6 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 186.

⁸⁰“De acuerdo con el artículo 335 CC se reputan bienes muebles todos los demás, incluidos los créditos, las creaciones intelectuales, los contratos sobre servicios públicos, las cédulas y títulos valores, y “en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos” (CARRASCO PERERA, A. (dir.), *Derecho civil*, tecnos, Madrid, 2011, p. 241). Sin embargo, según GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., Comentario al artículo 335 CC, en *Comentarios al Código Civil*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 480, “debe repararse en que el Código Civil, a la hora de ofrecer una noción de lo que son bienes muebles, utiliza también (y primordialmente) un criterio *residual*, extendiendo tal calificación a todas aquellas cosas que no puedan subsumirse en la categoría de inmuebles”.

⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, S., Comentario al art. 6 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 187, advierte que “la remisión del art. 6 TR-LGDCU al art. 335 CC cuenta con *ventajas* e inconvenientes. Entre las primeras está

Así, pues, de acuerdo con la definición contemplada en el art. 6 TRLGDCU quedan excluidos de su ámbito objetivo de aplicación los bienes inmuebles y algunos tipos de servicios, para los que sigue siendo de aplicación las reglas generales. La responsabilidad por los daños producidos en los bienes inmuebles, con la excepción de los daños causados por la vivienda (art. 149 TR) queda sometida a la regulación del art. 1.591 CC, o la LOE, que establece el régimen de responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación y las garantías de los usuarios, respecto de los daños materiales ocasionados en el edificio⁸².

Lo cierto es que el Texto Refundido establece un régimen de responsabilidad extracontractual objetiva por daños personales causados por productos defectuosos, entendiendo por producto “todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”. Sin embargo, a diferencia del Código Civil, el texto refundido hace la distinción entre bienes de consumo y de producción. Un bien será de consumo cuando se adquiera para el uso individual o familiar, sin ninguna intención de reintroducirlo en el mercado, siendo irrelevante el hecho de que sea adquirido por un consumidor o empresario, siempre que éste lo adquiera al margen de su actividad profesional. Esta distinción es fundamental a la hora de aplicar el régimen legal del TRLGDCU (arts. 135 a 149), pues a fin de la indemnización por los daños causados por productos defectuosos es importante saber si el daño afecta a un bien destinado o no, al consumo privado o familiar.

Considerando que el art. 6 del texto refundido suprimió el término “corporales”, al que hacía referencia con anterioridad la ley de garantías, de acuerdo con la Directiva 99/44, la mejor interpretación en torno a esta cuestión es la de que también están comprendidos en el concepto del art. 6 TRLGDCU los bienes muebles incorpórea⁸³. Así pues, “por coherencia

que con ello se cuenta con pautas para delimitar qué bienes pueden considerarse insertos en la noción de productos, a falta de una definición comunitaria de lo que se considera como ‘bien mueble’; en este sentido, la legislación especial de consumo es acorde con el Derecho civil español general. Además, diversos bienes muebles cuya inclusión en la noción de producto/bien mueble era problemática a efectos de la LRPD y la LGVBC (animales, energías – gas, electricidad, productos nucleares/radiactivos –, bienes inmateriales – derechos, *software*, obras o prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, etc. –, materias primas, productos artesanales, sustancias de origen humano como la sangre o el plasma, etc.) resultan ahora incluidos en los términos genéricos de los arts. 6 y 335, quedando a salvo las excepciones sectoriales que se presenten en los correspondientes libros o capítulos del TR-LGDCU (en particular, arts. 115 y 136)”.

⁸² Sobre el tema, puede consultarse GONZÁLEZ LEÓN, C., “La protección del adquirente de vivienda”, en *Estudios...*, *op. cit.*, 2012, pp. 231-268. Hay que advertir la polémica en torno a la posible derogación tácita del art. 1.591 CC.

⁸³ Resultan ilustrativos los ejemplos propuestos por CÁMARA LAPUENTE, S., Comentario al art. 6 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 189: “como ejercicio de ejemplificación, puede comprobarse la amplitud del concepto de ‘producto’ del art. 6, que incluirá: productos de naturaleza duradera (arts. 49.d, 126, 127), productos perecederos (que pueden deteriorarse o caducar: art. 102.b), productos – consumibles – del

con la interpretación al uso de la doctrina y la jurisprudencia respecto al art. 335 CC, debe entenderse que el art. 6 TR-LGDCU comprende todos los bienes muebles, corporales e incorporales”⁸⁴.

En el capítulo I, Título II, del Libro III, el legislador presenta un nuevo concepto de “producto”, por supuesto más amplio⁸⁵, por lo que se aparta del concepto tradicional. El art. 136 TRLGDCU define este término, a los efectos del capítulo reservado a los “daños causados por productos”, como “cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad”. La definición contenida en el art. 136 es suficientemente amplia para albergar cualquier producto, tanto de carácter mueble como energético (el gas y la electricidad). Aquí también sostiene parte de la doctrina⁸⁶ que su mención expresa no era necesaria, puesto que la doctrina civilista ha considerado las llamadas energías (electricidad, gas y agua) como bienes muebles, así como los combustibles. El gas y la electricidad son bienes incorpóreos que, por su propia naturaleza, plantean problemas de mayor complejidad, como, por ejemplo, el corte o interrupción de energía eléctrica o del gas natural, supuestos en los que a pesar de ser considerados como productos, entiéndese que en estos casos no hay entrega de producto defectuoso⁸⁷ y, por lo tanto, la

hogar de uso corriente (arts. 93.2.a y 108.g), productos manufacturados (13.h), de productos personalizados o confeccionados a especificación del consumidor (art. 102.b a contrario), productos no fungibles (art. 120.g a contado), productos a granel (DT 3ª, l.b), productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro (DT 3ª, l.c), productos de segunda mano (arts. 115.2, 120.g a contrario, 123), un producto terminado (art. 137.1.a), cualquier elemento integrado en un producto terminado (art. 137.1.b y 140.1.e), una materia prima (art. 137.1.c), medicamentos (art. 140.3) y especialidades o productos farmacéuticos (DT 3ª, apartado 2), productos químicos (art. 12.2), productos alimenticios (art. 93.2.a a contrario, art. 108.g a contrario, DT 3ª apartado 2) y alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano (art. 140.3), productos de higiene, limpieza, cosméticos (DT 3ª, apartado 2), gas, electricidad (art. 136 y DT 3ª apartado 2), agua y gas (art. 115.2 a contrario), vehículos de motor (DT 3ª apartado 2), juguetes y productos dirigidos a los niños (DT 3ª apartado 2)”.

⁸⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., Comentario al art. 6 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁵ Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a los arts. 1 a 7 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 109, “a diferencia de lo que hace el artículo 5 con respecto al artículo 138 del Texto Refundido (añadir lo dicho en este último a la definición de aquél, de manera que la misma es aplicable también a la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Texto Refundido), los redactores de éste han preferido mantener en el artículo 136 una definición completa del concepto de producto. De lo que resulta que cuando en esa regulación de la responsabilidad por productos defectuosos se utiliza el término producto no hay que acudir al artículo 6, sino al artículo 136 únicamente, aunque en ambos casos el concepto de producto se equipare básicamente con el de bien mueble. Lo mismo se podría haber hecho en la redacción de los artículos 114 y 115 para la regulación de las garantías de los productos del consumo, obviando así una definición general del concepto a efectos del Texto Refundido, cuya utilidad es ciertamente discutible, puesto que se limita a esa regulación de las garantías legales”.

⁸⁶ Véase JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 150. Sin embargo, como señaló VEGA GARCÍA, F. L. de la, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1998, p. 85, “la referencia a la electricidad no es del todo innecesaria, pues aunque podría considerarse como bien mueble, su expresa mención permite incluir en el ámbito de la LRCP a la electricidad como elemento desencadenante, dejando al margen los defectos de los aparatos que la miden, y que en todo caso se incluirían en la expresión *todo bien mueble* (art. 2 LRCP).

⁸⁷ JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 151.

responsabilidad habrá de derivarse de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad por servicios.

4.3 Los productos artesanales

Uno de los temas que se plantea en la doctrina es si los productos de fabricación artesanal también están incluidos bajo el ámbito objetivo de aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos aunque las cualidades intrínsecas de estos productos puedan suscitar dudas al respecto. En efecto, los productos artesanales tienen sus características peculiares que los hacen distintos de los productos procedentes de procesos industriales.

La polémica sobre si estaban o no incluidos en el amparo del régimen legal de la responsabilidad por productos defectuosos se inició en el marco de la discusión de la LGDCU⁸⁸, ya que tales productos no figuraban explícitamente en el art. 28.2.

La controvertida cuestión tiene su razón de ser porque, como es bien sabido, el producto artesanal es normalmente elaborado de forma personal e individualizada sin la ayuda de maquinaria o automatizaciones, en el que cada pieza es diferente a las demás, por tanto más propenso a generar riesgos para bienes y personas.

El Convenio de La Haya, sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos, de 2 de octubre de 1973, delimitó el término producto señalando que “comprenderá los productos naturales y los productos industriales, bien sean en bruto o manufacturados, muebles o inmuebles”, por lo que se trata de un concepto muy amplio, “por cuanto se aplica a todos los productos en estado natural así como a los manufacturados o transformados, y a las partes componentes y productos acabados”⁸⁹.

A tenor del artículo 2 de la Ley 22/1994, producto era “todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble”, por lo que en principio estarían incluidos tanto los productos industriales como los artesanales, “aunque al referirse a bienes muebles *producidos industrialmente* parece que la idea es la de recoger solamente aquellos bienes elaborados o producidos en serie. Es por ello por lo que se puede suscitar la

⁸⁸ Conforme señala LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 234, esa cuestión fue objeto de largos e intensos debates con ocasión de la elaboración de la Directiva comunitaria.

⁸⁹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 67.

duda de si los daños producidos por un producto artesanal defectuoso, quedarían comprendidos en el ámbito objetivo de esta Ley⁹⁰.

Sin embargo, no se hizo exclusión expresa respecto de esta clase de productos ni tampoco se dio a los Estados miembros la opción de tratar sobre el particular⁹¹. Lo que queda claro es que los productos artesanales no se encuadran dentro de la categoría de productos fabricados, pero se habrá de convenir que también son susceptibles de ocasionar daños. Y, desde esta perspectiva, también se insertan en el ámbito de aplicación de la responsabilidad por productos⁹², lo que implica decir que, tras la aprobación del texto legal, la responsabilidad civil del productor artesano sobre los productos que él vende personalmente no desaparece.

Esta cuestión suscitó y sigue suscitando un amplio debate en la doctrina⁹³.

4.4 El gas y la electricidad

Hemos visto que los productos incluidos en el ámbito de aplicación del Texto Refundido, a la vista del concepto recogido en el art. 136, se circunscriben a los bienes muebles. El mismo precepto considera expresamente como tales no solo a los bienes muebles, sino también a aquellos que estén incorporados a un inmueble, haciendo alusión además al gas y a la electricidad.

La calificación de la electricidad como producto⁹⁴ se consideró por primera vez en la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo de 1999. A diferencia del gas, que siempre ha sido

⁹⁰RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 67-68. Así, por ejemplo, el Tercer Considerando de la Directiva 85/374/CEE establece: “Considerando que el criterio de la responsabilidad objetiva resulta aplicable únicamente a los bienes muebles producidos industrialmente [...]”.

⁹¹LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 286. En la opinión de PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 491-492, los bienes elaborados artesanalmente y los productos artísticos deben ser considerados como productos a los efectos de la Directiva, puesto que la redacción original del art. 2 de la Directiva comunitaria únicamente excluye a las materias primas agrícolas, y nada dice acerca de la producción artesanal y artística. En este sentido, manifiesta JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 146.

⁹²Véase RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L. (*La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 68), para quien la Ley 22/1994 sería de aplicación los daños producidos por un producto artesanal defectuoso.

⁹³Adhiriéndose a la corriente a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad civil por el producto a los productos artesanales, véase JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 146; CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 147; y CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Comentario al art. 6 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 192.

⁹⁴Como recuerda MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Português, I, Parte Geral, Tomo II*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pp. 147-148, la energía es considerada bien mueble en la generalidad de los Derechos, mencionando, a título de ejemplo, además del italiano, el francés, el austríaco y, mayoritariamente, el suizo. Solamente el Derecho alemán, firme en la pureza pandectista de la “materialidad” considera la energía eléctrica y, en general, la energía, como no siendo cosa. Según el autor, teniendo en cuenta que, mismo cuando

considerado un producto, se pasó a considerar por producto la electricidad con el fin de despejar cualquier controversia. Ahora parece fuera de toda duda que tanto el gas como la electricidad están sujetos a la normativa aplicable en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, ya que vienen expresamente incluidos en el concepto legal de producto⁹⁵. Pero, a pesar de la claridad de la normativa, la inclusión del gas y la electricidad dentro del régimen de responsabilidad por productos ha suscitado problemas de orden práctico⁹⁶.

En lo referente al gas, se ha planteado “si en la definición de producto defectuoso encajan los defectos del producto suministrado o los que tienen origen en las conducciones e instalaciones precisas, cuestión ésta resuelta en el ámbito jurisdiccional en distinto sentido”⁹⁷.

Algunos autores consideran que “las variaciones de tensión eléctrica que provoquen un cortocircuito o los cortes de suministro que produzcan daños personales o materiales, tales como las averías o destrucción de aparatos eléctricos o deterioro de productos”⁹⁸, suponen

“natural”, no es aprovechable, de manera directa, por el ciudadano común, la energía más bien se presenta como el producto de una prestación de servicio.

⁹⁵ “Probablemente consideró el legislador español que, de no mencionarlo expresamente, tal exclusión podría dar lugar a una interpretación incorrecta, cual sería su exclusión del ámbito de aplicación de esta Ley”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 82).

⁹⁶ Así lo comentaba, bajo la vigencia de la Ley 22/1994, MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad del prestador de servicios desde el punto de vista del consumidor”, en *Hacia un código del consumidor*, dir. Azparren Lucas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 697: “Muchos problemas prácticos ha dado la inclusión del gas y la electricidad dentro de la definición de producto. Especialmente si se estima que la responsabilidad de la Ley de 1994 comprende cualquier clase de defecto del producto o sólo los que se derivan de los problemas propios del producto suministrado, pero no los causados por elementos esenciales e inherentes al suministro, como los que se originan en las instalaciones o conducciones del sistema eléctrico o de gas”.

⁹⁷ PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 135. Véase, en igual sentido, MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad...”, en *Hacia un código del consumidor*, *op. cit.*, p. 697.

⁹⁸ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 83, mantiene esta opinión. Solo admite su supresión, en el marco de la Ley 22/1994, en caso de los daños causados por la inutilización de la máquina de una fábrica, utilizada en la producción, almacenamiento, suministro o uso de gas o electricidad, dado el tenor del art. 10 de la Ley. “En cambio, Jiménez Liébana, apoyado en Cavao da Silva, Fagnart y Montero -Triaille, considera que en los casos de corte o interrupción de la energía - referida a la electricidad, gas natural o agua - no hay entrega de producto defectuoso, por lo que su responsabilidad habrá de derivarse de acuerdo con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o con las reglas generales.” (*idem*, p. 83, nota 67). AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 1192-1193, plantea, sin embargo, que la distinción en ese punto no es del todo claro, y que por lo tanto habrá que distinguir si el defecto se encuentra en el producto en si mismo o si lo defectuoso es el servicio prestado. Sin embargo, algunas sentencias, en supuestos similares a los cortes de energía eléctrica, se inclinan por la consideración de la electricidad como producto defectuoso, de las cuales es ejemplo la SAP Cádiz 15.12.2008 (SAP CA 2099/2008). Mientras que la SAP Tenerife 7.7.2003 (SAP TF 1759/2003), según el mismo autor, “muestra extrañeza porque se considere a la electricidad como producto defectuoso en los casos de cortes de suministro eléctrico y de sobretensión, tras explicar la inclusión expresa de la electricidad en la normativa de productos defectuosos” (*idem*, p. 1198). Tal como declaró la SAP de Barcelona de 13 de julio de 2004 (SAP B 9293/2004), “la interrupción del suministro eléctrico implica una anormal prestación de este servicio, con incumplimiento de la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997, que obliga a las compañías de

deficiencias o anomalías que dan lugar a responsabilidades en el ámbito de la normativa en materia de productos defectuosos, pudiendo ser responsables tanto el fabricante, titular de la central, como el distribuidor de la energía, teniendo en cuenta el momento que se produjo el fallo que ha causado el daño.

4.5 Materias primas agrarias, ganaderas y de la caza

Con la entrada en vigor de la Ley 22/1994, el ámbito de aplicación de la Ley 26/1984 quedó limitada a los daños ocasionados por la prestación de servicios y cuando se tratase de bienes inmuebles o de materias primas agrarias o ganaderas o de productos de caza o pesca que no hayan sufrido transformación inicial⁹⁹.

En la Directiva 99/34 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica el art. 2 de la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985, en lo relativo a la inclusión en su ámbito objetivo de aplicación a los productos agrícolas de la caza y de la pesca no sometidos a transformación inicial, el legislador comunitario amplió el principio de responsabilidad objetiva del productor extendiéndolo a las materias primas agrícolas y los productos de caza.

electricidad a la prestación de este servicio con las características y continuidad que reglamentariamente se establezca, que sólo puede interrumpirse cuando conste dicha posibilidad en el contrato o por causa de fuerza mayor, siendo de recordar que el artículo 3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, considera defectuoso el producto que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, en este caso, la confianza de su cliente en la continuidad (sin interrupción alguna) del suministro eléctrico” (PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, op. cit., p. 156) . También en esta línea, la SAP de Barcelona de 22 de julio de 2002 (SAP B 7827/2002) rechazó la aplicación de la Ley 22/94 y aplicó subsidiariamente la LGDCU. Entendemos, sin embargo, que los fallos de suministro eléctrico causados por el corte o interrupción en el suministro se sitúan más bien en el ámbito de los servicios. Sin embargo debe tenerse en cuenta, como se señala en la sentencia de la AP de La Coruña, de 13 de septiembre de 2011 (SAP C 2817/2011), que la electricidad está calificada como "producto" sujeto a la disciplina de la normativa aplicable en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos: *"la electricidad se considera un "producto" sujeto a la disciplina de la Ley de 1994 (artículo 2.2) y el eventual fallo del suministro eléctrico acaecido el día 30 de mayo de 2005 está claro que supone la distribución de un "producto defectuoso" a los efectos del artículo 3.1 de la Ley. Ya en el seno de la Ley de 1994 debemos discrepar con la interpretación que se hace en la sentencia recurrida sobre la distribución de la carga de la prueba, a la vista de lo dispuesto en el artículo 5 de la referida Ley. A su tenor, "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", de tal forma que de forma afortunada o no cara a la defensa de los consumidores, a éstos incumbe probar no ya la realidad y entidad del daño sufrido, sino también que el producto adquirido era defectuoso y que ello determinó la producción del daño."* Pese a ello, cabe distinguir la electricidad como "producto" sujeto a la Ley 22/1994 y los servicios de suministro eléctrico.

⁹⁹ "Así, no serían productos el cerdo ni el salmón, pero sí lo serían el jamón o el salmón ahumado, al haber sufrido una transformación que ha hecho cambiar sus características". (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 80).

4.6 La sangre humana y los hemoderivados

Por lo que se refiere a la sangre humana y los hemoderivados utilizados con finalidad terapéutica, también se consideran medicamentos y están calificados como productos¹⁰⁰ y, por ende, pueden ser defectuosos.

La sangre destinada a futuras transfusiones, es considerada como medicamento de conformidad con lo establecido en el art. 40 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre, del Medicamento (derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios).

Así ocurre en particular, como ya tiene declarado el Tribunal Supremo en los supuestos en los que se ha producido un daño, con sangre contaminada o productos hemoderivados.

Sobre este tema, merece la pena destacar lo que señala la doctrina: “La sangre y los hemoderivados contaminados también se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa que analizamos. Sin embargo, en la práctica española, las demandas para reclamar los daños derivados de su utilización no suelen dirigirse a los laboratorios en los que se preparan, sino contra los servicios médicos que las emplean”¹⁰¹.

Se ha aplicado la normativa de productos defectuosos a los casos de contagio producido por la transfusión de sangre o por el suministro de un producto hemoderivado contaminado con un virus¹⁰².

¹⁰⁰ Refiriéndose a la Ley 22/1994, ha señalado JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 171: “Desde el punto de vista jurídico se suscita la duda de si estamos ante una responsabilidad por productos defectuosos o una responsabilidad por prestación de servicios. Sin perjuicio de esta última, nada impide a nuestro juicio la primera, siendo verdaderos productos que, en tanto que defectuosos, originan la responsabilidad del laboratorio fabricante. También el que proporciona el servicio, hospital o servicio de asistencia, puede considerarse como suministrador, respondiendo en el marco de la Ley, sólo si no suministra la identidad del laboratorio (art. 4.3) o lo suministra a sabiendas del defecto (Disposición adicional única)”.

¹⁰¹ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 663.

¹⁰² “Nada impide que la sangre sea considerada *producto* a efectos de esta Ley, por lo que, caso de resultar defectuosa, originan una responsabilidad para el laboratorio que la ha preparado, revistiendo la cualidad de suministrador el hospital que la haya proporcionado, al distribuirla en el marco de una actividad profesional o empresarial. Sin embargo, el donante de sangre, pese al defecto de la misma, no será responsable en el ámbito de esta Ley, ya que éste no fabrica el producto - sangre - para su distribución con finalidad económica: Jiménez Liébana, *op. cit.*, p. 171”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 71-72, nota 26).

En la Sentencia de 5 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7853] el TS acuerda que el art. 28.2 de la Ley 26/1984 recoge que el daño sufrido por el consumidor debido al uso de un producto farmacéutico queda sometido al régimen de responsabilidad puramente objetiva.

Conviene señalar que, en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, como veremos más adelante, no se aplica la causa de exoneración por riesgos de desarrollo del apartado 1, letra e, del art. 140 TRLGDCU (art. 140.3).

También en Brasil se ha aplicado el régimen de responsabilidad objetivo establecido en la normativa del consumidor (Ley federal 8.078/90) a los casos de transfusión de la sangre contaminada por el virus del SIDA. Pero, en estos supuestos, el Código prevé la responsabilidad por los daños causados en función de la prestación del servicio defectuoso¹⁰³. La buena calidad y adecuación del servicio serán valoradas por la necesaria realización de los exámenes de laboratorio en toda la sangre y hemoderivados recogida y destinada a la transfusión¹⁰⁴.

Sin embargo, si la contaminación por el virus ocurre en razón de la rotura del condón, proveniente del defecto de fabricación del producto, la persona lesionada podrá ajuiciar acción judicial contra la empresa fabricante del condón, pidiendo el resarcimiento de los daños, con fundamento en el art. 12 del CDC, el cual regula el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, lo que es suficiente la sola demostración del nexo causal entre el daño sufrido y la utilización del producto. Así en el caso de rompimiento de preservativos o condones en las relaciones sexuales, por defecto de fabricación, la empresa fabricante es objetivamente responsable por la reparación de los daños causados por la transmisión del virus a la pareja contaminada¹⁰⁵.

4.7 Concepto de producto defectuoso

En el epígrafe anterior, hemos visto la noción legal de producto. Estrechamente vinculado a este concepto se encuentra otro, el de defecto. El concepto de defecto es uno de los puntos más importantes a la hora de configurar el concepto legal de producto defectuoso.

¹⁰³ VILLAÇA AZEVEDO, M. de A., *Aids e responsabilidade civil*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 88-89.

¹⁰⁴ VILLAÇA AZEVEDO, M. de A., *Aids...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁰⁵ VILLAÇA AZEVEDO, M. de A., *Aids...*, *op. cit.*, p. 73.

Por eso hay que tener claro qué es lo que significa¹⁰⁶, teniendo en cuenta, desde luego, que el empleo del término defecto puede referirse “al propio producto, o bien a la información o instrucciones suministradas acerca del mismo”¹⁰⁷.

Para llegar a una conceptualización y comprensión exacta de lo que viene a ser un producto defectuoso, se hace indispensable definir lo que se entiende por defecto.¹⁰⁸ Eso, porque la norma atribuye una significación propia a los términos “producto” y “producto defectuoso”, aunque no define bien lo que es defecto. Si bien la ley no trae una definición de qué ha de entenderse por defecto, sino que se refiere a producto defectuoso, del texto se denota, aunque implícitamente, la existencia de más de un tipo de defecto, por lo que la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de tres modalidades de defectos, como se expondrá más adelante: a) defectos de fabricación (en sentido estricto); b) defectos de proyecto o defectos de diseño (también llamados defectos de concepción o de diseño, defectos de construcción o de proyecto); y c) defectos de información o de instrucción.

A los efectos de lo que se deba entender como defecto, habrá de fijarse en lo que establece el art. 137 del TRLGDCU. Aunque no se haya esbozado en el texto legal la definición conceptual respecto de lo que debe entenderse por defecto, de los datos indicativos contenidos en la Ley se infiere que el defecto es la deficiencia o imperfección que hace que el producto deba ser calificado de defectuoso.

En primer lugar, debe aclararse que la Ley solo contempla el concepto de “producto defectuoso”, pero no de “defecto”¹⁰⁹. Tampoco explica el alcance y sentido de lo que debería entender por la falta de “seguridad que cabría legítimamente esperar”.

Lo primero que debemos aclarar respecto a este punto específico es que la esencia del concepto de “defecto” radica en la falta de seguridad y no en su falta de eficacia o aptitud. Como señala Jiménez Liébana¹¹⁰, el concepto de “seguridad” que traduce la ley no es sinónimo de “no peligrosidad”. Por lo tanto, aunque en el sentido vulgar, la palabra “defecto” aluda a la falta de una cualidad propia de una cosa, un producto no es defectuoso solo cuando

¹⁰⁶ “Sin embargo, cualquier intento de establecer un concepto unitario de defecto, tropieza con la dificultad que supone la diversidad de situaciones y circunstancias a las que se aplicaría tal definición.”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 87).

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 87.

¹⁰⁸ LOIS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad...*, op. cit., p. 141, nota 13, citando a DI MAJO, A., *La responsabilità per prodotti difettosi nella Direttiva comunitaria*, pp. 33-34, señala que “en el modelo de responsabilidad que se ha elegido aparece como central una noción de ‘defecto’ del producto que es una noción extraña al sistema de la responsabilidad civil y más vecina al sistema contractual”.

¹⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios...*, op. cit., p. 81.

¹¹⁰ JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 237.

es imperfecto, sino cuando en él existen fallos o deficiencias en el funcionamiento del bien que resulte peligroso¹¹¹, inseguro o comporte algún riesgo para el usuario. La ley, por tanto, adopta un concepto objetivo de producto defectuoso. El legislador ha optado por un concepto legal, delimitando así el ámbito de protección de la ley. Tras la definición de “producto” en el art. 6 y, más ampliamente, en el art. 136, el Texto Refundido recoge el concepto de “producto defectuoso”.

El art. 137.1 TRLGDCU define lo que se considera producto defectuoso en los siguientes términos:

“Se entenderá por producto defectuoso aquel 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”.

Según entiende la doctrina, “un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad respecto a las personas o las cosas que de él cabría esperarse y a la que una persona tiene legítimo derecho”¹¹². En virtud de este precepto, se puede extraer un concepto más claro de lo que se debe entender como defecto. Así, cuando hablamos que un producto es defectuoso estamos refiriéndonos fundamentalmente a imperfección debida a la falta de seguridad, por lo que hay que tener muy en cuenta que “no nos encontramos ante una falta de idoneidad para el uso del producto, sino ante una falta de seguridad del mismo”¹¹³.

Como puede observarse, el concepto de defecto que recoge la Ley de Consumidores y Usuarios, siguiendo el dictado de la Directiva 374/85 CEE, que incorpora la experiencia norteamericana en materia de daños por productos, “resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se

¹¹¹ Como afirma PASQUAU LIAÑO, M., “Daños causados por productos”, en *La Defensa de los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 1859: “El carácter defectuoso de un producto no puede confundirse con su peligrosidad intrínseca. Así lo afirma la STS de 21 de noviembre de 2008 en un caso de explosión producida en una vivienda como consecuencia de la inflamación de cuarenta y siete envases de un insecticida fumigante cuya composición (sulfuro de carbono y tetracloruro de carbono) se presentaba como inflamable en proximidad de llamas o conmutadores eléctricos”.

¹¹² RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 91. También ha señalado REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 97, que el art. 3 de la Ley 22/1994 “no exige una seguridad absoluta que excluya cualquier peligro imaginable puesto que tal nivel de seguridad resulta inasequible [...]”, destacando, además, que el art. 3.1 LRPD “no pretende establecer un modelo de seguridad obligatorio, uniforme e idéntico para cualquier tipo de producto”. Por ello, “la medida de seguridad básica para un producto cuya infracción determina la responsabilidad del fabricante se establece respecto de las circunstancias y particularidades concretas del caso, según la clase de producto de que se trate”.

trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial”¹¹⁴.

En este sentido se pronuncia la STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895):

“La noción de defecto que contiene el art. 3.1 de la Ley 22/1994 se basa en que el producto ‘no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar’. Se trata de una cláusula general, de un concepto jurídico indeterminado, que obliga al juzgador a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que permite que se tengan en cuenta en su valoración las expectativas de consumidor medio y de la colectividad”.

El TRLGDCU mantiene el concepto unitario de defecto, originalmente establecido en la Directiva comunitaria¹¹⁵, basado exclusivamente en la “seguridad que el gran público puede esperar legítimamente”¹¹⁶. Es decir, el concepto de defecto es único, “siendo irrelevante si la falta de seguridad del producto es debida a causa de la fabricación, del diseño o de la información” (STS de 29 de marzo de 2006 [RJ 2006, 1868]).

Mientras se establezca *a priori* un concepto unitario de defecto, la cuestión, sin embargo, conlleva importantes interrogantes respecto de lo que se debe entender por producto defectuoso: ¿Qué tipo de defecto convierte un producto en defectuoso? ¿Qué debemos entender por defecto de información? ¿Qué es un producto peligroso? ¿Qué riesgos conlleva? ¿Un producto peligroso es siempre un producto defectuoso?

Asimismo, es preciso señalar que la concepción de defecto diseñada en la Ley 22/1994 no propiciaba una interpretación unívoca sobre la intencionalidad de la norma, alejándose de esta manera de la concepción previamente establecida en su modelo tradicional¹¹⁷. La existencia de falta de calidad o de vicios ocultos está dentro de la concepción tradicional y por lo tanto la Ley no la contempla, dado que esta se limita a valorar si el producto es apto para cumplir las condiciones de seguridad esperables (por el gran público) en vez de atenerse a la aptitud natural para el uso al que el producto fue destinado.

¹¹⁴ PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 216. Así lo ha expresado la STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2133).

¹¹⁵ El legislador comunitario estableció en la Directiva una noción unitaria de defecto. Sin embargo, conforme ha señalado GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 82, nota 142, aunque la norma ofrezca un concepto único de defecto, la noción de defecto es solo “aparentemente” unitaria, porque en el trasfondo de la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos, “está presente implícitamente, a través de reglas particulares según el tipo de defecto de que se trate, la distinción entre defectos de fabricación, de diseño y de información”.

¹¹⁶ Véase MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 147.

¹¹⁷ “La inclusión del término defecto responde a la influencia norteamericana que lo empleó como sustitutivo del concepto culpa y como límite a la puesta en circulación del producto en el mercado, seguido posteriormente por la Directiva 374/85 que lo eligió como criterio determinante de su ámbito de aplicación.” (REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 77).

En este sentido, la doctrina enfatiza que el concepto de vicio y de defecto “no son en nada equiparables”¹¹⁸, son cosas muy diferentes una de otra. En cuanto el vicio o defecto oculto contempla 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, en cambio el concepto de defectuosidad de la Ley se basa en la carencia de seguridad.

Es más, “aunque el concepto de defectuosidad esté íntimamente vinculado con el de seguridad, no tiene porqué encontrarse necesariamente en correspondencia con el de peligrosidad sin perjuicio de que, en algunos casos, ambas características se manifiesten simultáneamente”¹¹⁹.

Doctrinalmente, se hace la distinción entre los productos que son peligrosos *per se* y los que lo son debido a un defecto; y se pone de manifiesto que las consecuencias jurídicas que se derivan de uno y otro supuesto son distintas.

Un producto es peligroso¹²⁰ cuando presenta una amenaza para la salud o la seguridad de los consumidores por no adecuarse al nivel de sus legítimas pretensiones. Hay que distinguir por tanto entre la defectuosidad y la peligrosidad del producto. Estos términos suelen generar confusión¹²¹, y no es otra la razón por la cual la Directiva de 1985 optó por el modelo de la responsabilidad extracontractual, prescindiendo de los criterios de atribución de responsabilidad establecidos en materia de responsabilidad contractual, como la falta de aptitud para el uso o consumo al que está destinado, por lo que es irrelevante el hecho de que medie un contrato entre las partes.

En esta línea, ha señalado la doctrina que “los conceptos de defectuosidad y peligrosidad son perfectamente compatibles aunque no equiparables”¹²². Como pone de manifiesto Busto Lago, “la seguridad o la falta de seguridad de un producto no guarda necesariamente relación con su naturaleza intrínsecamente peligrosa. Algo tan poco peligroso como una aceituna con hueso, se convierte en un producto inseguro si se introduce dentro de

¹¹⁸ Véase REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 77.

¹¹⁹ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., pp. 77-78.

¹²⁰ La Directiva tomó prestado el término “producto defectuoso” del Derecho Norteamericano. “Como destaca gran parte de la doctrina extranjera, la expresión de producto peligroso es propia de la jurisprudencia norteamericana, aludiendo con ella a productos que intrínsecamente comportan riesgos para la integridad física y patrimonial de los consumidores.” (REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 79).

¹²¹ Según REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 78, la Ley 22/1994 está redactada en términos muy ambiguos y uno de los principales problemas que presenta es la confusión entre los dos términos.

¹²² Véase REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 79.

una lata de aceitunas deshuesadas (SAP de Barcelona de 29 noviembre 2006 [AC 2006, 182])¹²³.

En la Directiva 92/59/CEE, de seguridad general de productos, “la definición de producto peligroso se establece en forma negativa, en contraposición al concepto de producto seguro: todo aquel que no se corresponda con el de seguro, será considerado peligroso o inseguro”¹²⁴.

Sin embargo, tanto la Directiva 374/85 como la LRDP especifican que “la seguridad se aprecia excluyendo todo uso abusivo del producto, atendiendo a las circunstancias que permiten valorar si un producto es o no defectuoso dependiendo del uso que se ha hecho del mismo”¹²⁵.

De esta forma, señala Busto Lago, “el producto defectuoso se define desde una perspectiva negativa: será defectuoso aquel producto que no cumpla las condiciones de seguridad a las que tienen derecho los consumidores, sea a causa de su defectuosa fabricación, diseño o información o de cualquier otro motivo (SAP de Córdoba de 20 de marzo de 2000 [AC 2000, 910]). La seguridad que legítimamente cabe esperar ha de valorarse desde una óptica objetiva, atendiendo al consumidor o usuario medio o normal, y excluyendo el uso abusivo del producto o poco razonable en atención a las circunstancias”¹²⁶.

Precisamente para asegurar un margen mínimo de seguridad, el TRLGDCU además de establecer un deber general de seguridad (art. 11) y un deber de información sobre los riesgos del producto (art. 12), establece en el art. 13 “otras obligaciones específicas para la protección de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios” que van desde “la prohibición de tener o almacenar productos reglamentariamente no permitidos o prohibidos, en los locales o instalaciones de producción, transformación, almacenamiento o transporte de alimentos o bebidas” a la “prohibición de utilizar ingredientes, materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas”.

¹²³ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 664.

¹²⁴ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁵ Véase REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 98.

¹²⁶ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 63. De ese modo, “la existencia (y valoración) de una profusa normativa reglamentaria acerca de la seguridad de cada producto es uno de los extremos a considerar en aras a determinar si el producto es o no un artículo seguro”. Sin embargo, “el cumplimiento de los reglamentos de seguridad no determina necesariamente la irresponsabilidad del fabricante (STS de 10 de junio de 2002 [RJ 2002, 6198]; SAP de Las Palmas de 22 de mayo de 2001 [QUR 2001, 258565]; SAP de Valencia de 12 de julio de 2001 [QUR 2001, 279709])”.

Por tanto “para definir el producto seguro, es necesario tomar en cuenta múltiples circunstancias que están relacionadas con los aspectos que rodean su puesta en el mercado, como su etiquetado, embalaje, montaje, mantenimiento o eliminación, instrucciones de manejo y uso e, inclusive, el riesgo”¹²⁷.

Así, la noción legal de defecto se obtiene *a contrario sensu* de la noción de “seguridad que cabría legítimamente esperar” del producto. Por ello, el producto se considerará defectuoso cuando “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”. Ello no significa que el defecto derive de vicios, anomalías o imperfecciones de cualquier tipo, sino que adviene de la falta de seguridad que de él se espera.

El defecto no es por lo tanto una imperfección cualquiera, sino una imperfección que determina una falta de seguridad, es decir, no deriva tanto de su falta de aptitud para el uso, no deriva del funcionamiento defectuoso, tampoco se deriva del uso inadecuado del producto, se deriva única y exclusivamente de no cumplir las condiciones de seguridad requeridas para cualquier producto destinado al consumidor o que pueda ser utilizado por los consumidores, incluidos los utilizados por los consumidores dentro del marco de la prestación de un servicio.

La peligrosidad de un producto puede advenir de su propia naturaleza, mientras que la existencia de un defecto hace resaltar la peligrosidad del producto. Sabemos por ejemplo que un medicamento puede provocar una alergia en una persona con sensibilidad a las sustancias químicas existentes en cada uno de ellos, pero tal situación puede ser atribuida a la sensibilidad del paciente a los diferentes fármacos; no significa que el producto sea defectuoso, aunque pueda ocasionalmente hacer daño. Los alimentos también suelen provocar intolerancias y alergias alimentarias, así como los productos de higiene y limpieza en general.

A título de ejemplo se puede mencionar la sentencia¹²⁸ proferida en primera instancia el 07 de marzo de 2012, en Brasil, en el que la parte actora formuló demanda afirmando que adquirió en el supermercado guantes de látex fabricados por una determinada empresa y tras hacer uso del producto por aproximadamente tres días, presentó lesiones dérmicas y descamaciones en la piel, por lo que necesitó hacer uso de medicamentos, además de padecer

¹²⁷ MUNAR CADENA, P. O., “La responsabilidad por productos. Los grandes hitos de su evolución”, en *Derecho del consumo: problemáticas actuales*, dirs. Gual Acosta y Villaba Cuéllar, Bogotá, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 201.

¹²⁸ Sentencia proferida en primera instancia el 07 de marzo de 2012, en la 2ª Unidad Judicial Civil de la Comarca de Campina Grande/PB.

malestar físico y estético. En este supuesto hubo la constatación de que los guantes contenían sustancias que podían provocar reacciones alérgicas y que las informaciones contenidas en el embalaje del producto alertaban al consumidor sobre la utilización correcta y riesgos.

Así es que, la propiedad fundamental del defecto, la constituye, precisamente, su falta de seguridad, de modo que la disminución en la utilidad, funcionalidad o eficacia del producto no son defectos, salvo que de ellos se derive una falta de seguridad.

El fabricante debe fijar criterios objetivos de producción a los procesos de fabricación empleados, no pudiendo basarse en criterios subjetivos y aleatorios, y, por tal motivo, debe poner en el mercado un producto exento de riesgos, en perfecto estado, cumpliendo escrupulosamente con las normas de seguridad general de los productos establecidas en la Directiva sobre seguridad general de los productos, lo que supone eliminar las posibles deficiencias, al fin de garantizar la seguridad del producto, eliminando los productos peligrosos o susceptibles de acarrear riesgos ya puestos en el mercado.

Sin embargo, pese a esa obligación impuesta por las normas comunitarias de seguridad general de los productos, la Ley admite un cierto nivel de inseguridad no imputable a la responsabilidad del fabricante. Eso significa que el buen o mal uso del producto, la falta de precauciones por parte del perjudicado y su conducta culposa son factores que pueden contribuir a la causación del daño y que por lo tanto también deben ser valorados al momento de determinar si el daño se produjo como consecuencia de alguna deficiencia del producto o de la conducta del propio perjudicado que puede, en su caso, derivar en una concurrencia de culpas, con la consiguiente compensación de responsabilidades. Es perfectamente posible que el propio perjudicado produzca daños que no tengan ninguna relación con los defectos¹²⁹.

La norma no se limita a mencionar el uso razonable del bien, sino “razonablemente previsible”¹³⁰. Tal expresión contiene un doble significado. Al referirse la ley al “uso razonablemente previsible”, debe entenderse que “las condiciones de seguridad exigibles al producto han de considerarse, no solo con relación al uso normal sino también en atención a los usos inadecuados o anormales cuando hubieran podido preverse al concebir el producto o ponerlo en circulación”¹³¹.

¹²⁹ Véase REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 82. La autora considera que esta interdependencia entre defectuosidad y uso inadecuado del producto puede dar lugar a confusión.

¹³⁰ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 82.

¹³¹ REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 319-320.

Dicha defectuosidad no debe confundirse con un eventual defecto de calidad del producto fabricado. La responsabilidad por productos supone un hecho más grave, o sea, con consecuencias dañosas en la esfera de la incolumidad física del consumidor o de la víctima del evento. El principio de conformidad obliga a la persona vendedora a entregar a la persona consumidora y usuaria un producto que sea conforme al contrato, pero no significa que no pueda ser un producto defectuoso, incluso cuando el daño se verifica durante el plazo legal de garantía¹³². *A contrario sensu*, un producto puede no ser defectuoso, pero sí impropio para uso y consumo por no estar conforme con el contrato.

Igual que no cabe confundir defectuosidad con peligrosidad, tampoco cabe confundir el defecto de seguridad con el de conformidad. El defecto de seguridad está intrínsecamente relacionado con la falta de seguridad, mientras que el defecto de conformidad se evidencia dentro del ámbito de la responsabilidad contractual y alude a la aptitud intrínseca de la cosa¹³³. Los defectos de seguridad implican peligro o grave riesgo inminente para la salud o seguridad del consumidor, mientras que el defecto de conformidad no debe suponer riesgo alguno para la salud o seguridad del consumidor. La falta de conformidad del bien es distinta de la seguridad, pero “en ocasiones la disconformidad también puede implicar inseguridad. Así sucederá en todos los casos en los que el producto esté dirigido a proporcionar seguridad al consumidor”¹³⁴. Por ejemplo, un producto que está estropeado, no funciona o que no es conforme para su uso, es un producto con defecto, pero no un producto defectuoso.

En esta línea se suelen distinguir dos obligaciones de garantía que atañen a todo vendedor respecto de los consumidores: “por una parte, la conformidad que ha de existir entre lo expresado en el contrato y el objeto efectivamente entregado; y por otra, la seguridad de

¹³² “En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Valladolid de 7 de abril de 1995 (Sección 1ª, RA 646). El demandante adquirió en junio de 1991 un remolque a la empresa demandada para su posterior acondicionamiento como caseta de ferias. Antes de finalizar el año de garantía, mientras circulaba con éste, se rompió la manivela de ajuste de seguridad para arrastre haciendo que volcara causando su íntegra destrucción, así como la de toda la mercancía que transportaba”. (REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 88, nota 184).

¹³³ TORRELLES TORREA, E., “Las garantías de los productos en el TR-LGDCU”, en *Estudios sobre consumo*, dir. Sánchez Barrios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 568.

¹³⁴ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 664. Así, ejemplifica el autor citado, “la SAP de Asturias de 21 de marzo de 2001 (AC 2001, 637) declaró responsable al fabricante de un gato para coche que no fue capaz de sostener el peso del vehículo; la SAP de Murcia de 2 de abril de 2001 (AC 2001, 925) hizo lo mismo con el fabricante de un *airbag* que no funcionó durante un accidente”.

que dicho bien no va a ocasionar daños en el llamado “interés de indemnidad” del consumidor”¹³⁵.

El fabricante que lanza al mercado un producto inseguro, responde de los daños causados por los defectos de sus productos, lo que implica decir que el factor desencadenante de la responsabilidad es la puesta en circulación de un producto defectuoso. Eso porque, para que se concrete la responsabilidad civil, es necesario que se produzca, efectivamente, un daño valorable en términos económicos¹³⁶.

El carácter defectuoso del producto se evaluará, por tanto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

El primer aspecto fundamental que se debe considerar, es que la noción legal de defecto, proviene de la idea que subyace en el propio concepto de producto defectuoso recogido en el art. 137 del Texto refundido que es la seguridad que se espera del producto. La idea de seguridad es un concepto clave para entender el tema. El TRLGDCU (y la Directiva) adopta el “criterio europeo o criterio de las expectativas razonables del consumidor”, en contraposición al “criterio norteamericano o criterio del riesgo-utilidad”, que considera que un producto es defectuoso cuando el riesgo que supone para los usuarios es superior a su utilidad social teniendo en cuenta las alternativas viables a este producto.

Conforme a lo establecido en la Ley, el producto puesto en circulación debe ofrecer la seguridad que se espera de él, lo que supone la ausencia de riesgos. Nadie espera utilizar un producto que pueda venir a causar accidentes domésticos y siniestros viales. Por el contrario, los compradores lo adquieren con cierta medida de expectación; cuando adquiere un determinado producto puesto en el mercado, la expectativa que tiene el consumidor potencial frente al producto es que el bien pueda ser utilizado con seguridad, sin que haya riesgo para su integridad.

¹³⁵ Véase HERNÁNDEZ BATALLER, B., *Aplicación de la ley en la venta de vehículos de ocasión*, en *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, coord. Reyes López, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 71. Para el citado autor, el concepto de defecto de conformidad resulta más amplio que el de seguridad, “pues la falta de conformidad puede obedecer a cualidades o aspectos de la cosa vendida que no afecten a su seguridad. Dicho de otro modo, todo defecto de seguridad, además de conllevar las consecuencias inherentes a la responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos, con arreglo a la Ley 22/1994, de 6 de julio, implicará también un defecto de conformidad. Pero no todo defecto de conformidad necesariamente implicará una merma de seguridad”.

¹³⁶ Ahora bien, tal como ha señalado PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos...*, *op. cit.*, pp. 423-433, “del uso o consumo de un bien o producto pueden derivarse perjuicios de distinta naturaleza: la salud, la integridad física e incluso la vida; la destrucción o deterioro de otros bienes del consumidor o, incluso, del propio bien objeto de uso o consumo; posibles perjuicios a terceros que el consumidor se ha visto obligado a indemnizar...”.

El segundo punto a considerar es que la falta de aptitud para el uso, sin que haya riesgo de producir un daño, no es suficiente para satisfacer el requisito legal de imputación de responsabilidad. En efecto, la existencia de un defecto no determina la peligrosidad del producto¹³⁷. Sin embargo, la mera *peligrosidad* de un producto no significa, a *contrario sensu* que el mismo adolezca de un defecto de seguridad¹³⁸.

Doctrinalmente se ha hecho la distinción entre los conceptos de producto peligroso, producto inseguro y producto defectuoso.

Por último, hay que tener en cuenta el hecho de que no todos los productos están exentos de riesgos, los hay que por su naturaleza, se vuelven más peligrosos y nocivos que otros, con mayor posibilidad de daño¹³⁹. Tales productos presentan una peligrosidad innata y pueden presentar un riesgo más elevado, como es el caso de algunos objetos de uso doméstico (cuchillo de cocina, cuchillas, tijeras, maquinarias, piezas y herramientas, instrumentos de trabajo, armas de fuego con fines deportivos etc.), veneno para ratones, sosa cáustica, pesticidas etc., solo para poner algunos ejemplos. Dichos productos conllevan importantes riesgos, lo que los convierte en más peligrosos que otros, llegando incluso a poder poner en riesgo la vida (aunque peligrosos o nocivos a la salud, no pueden ser considerados impropios para el uso).

Luego hay algunos que tienen más riesgos que otros, como es el caso de los pesticidas, los productos químicos en general, los fármacos, de manera que la peligrosidad puede no ser la misma en estos casos y puede variar en función de las características de cada producto en concreto y el tipo de consumidores a que va dirigido. Así que es posible que algunos consumidores estén más expuestos al riesgo en la utilización del producto, como es el caso de

¹³⁷ Como ponen de manifiesto RUIZ GARCÍA, C. A. y MARÍN GARCÍA, 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”, *Indret*, Octubre, 2006, “un producto peligroso no es necesariamente defectuoso. Ambas categorías no se autoimplican. La peligrosidad de un producto no viene dada necesariamente porque sea defectuoso, sino que se puede deber a su propia naturaleza. No obstante, la existencia de un defecto, sea del tipo que sea, incrementa la peligrosidad del producto”.

¹³⁸ Como señala la doctrina, bajo la vigencia de la Ley 22/1994, “no basta con que el daño haya sido causado por un producto, sino que es necesario que dicho producto sea defectuoso para que esta Ley sea de aplicación”. (RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 87). Véase, en igual sentido, RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 99.

¹³⁹ Como advierten RUIZ GARCÍA, C. A. y MARÍN GARCÍA, I., “Producto inseguro y producto defectuoso...”, *op. cit.*, “en general, y desde una perspectiva *ex ante* a la producción de un daño, puede afirmarse que todo producto es, en mayor o menor medida, *peligroso*, pues todo producto puede causar un daño. Sin embargo, algunos presentan características más idóneas que otros para ello, de modo que hay productos *más peligrosos* que otros. La peligrosidad es, por tanto, una cuestión *de facto* que depende de las características propias e inherentes de cada producto”.

los niños, circunstancia que habrá de ser sopesada a la hora de precisar si el producto comercializado es o no defectuoso.

Tales productos deben atender a las necesidades específicas de los consumidores, aunque no estén totalmente exentos de riesgo, puesto que todos entrañan sus riesgos, por pequeños que sean¹⁴⁰. Pero, incluso en estos casos, el producto comercializado debe atender a los estándares mínimos de seguridad, es decir, habrá de acomodarse a las normas sobre seguridad general de los productos, debe estar libre de peligrosidad o daño, pues de lo contrario, si el producto no ofrece seguridad, sino puede ser utilizado sin que haya riesgo inminente de producir daño, no se puede calificar como un producto seguro y por lo tanto apto para el uso.

En este caso, será posible solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados entablado la acción civil respectiva si el producto viene a causar un perjuicio de cualquier tipo.

Aún se debe añadir que el mero hecho de perfeccionar un producto no significa que el anteriormente fabricado fuera defectuoso, conforme a lo dispuesto en el art. 137.3 del TRLGCU: “Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”. El perfeccionamiento del producto consiste en lograr un mejor patrón de calidad, sin que eso suponga la existencia de un defecto en el producto anterior.

A primera vista puede parecer innecesaria la mención expresa de esta circunstancia, sin embargo la ley hace tal mención, pues resulta evidente que el perfeccionamiento de un producto que ya está en el mercado no solo es un indicativo de que el fabricante está trabajando para aumentar la satisfacción del cliente, mejorando el producto y los sistemas de calidad de la empresa, sino que, además, busca la innovación y la eficiencia a través del desarrollo de innovaciones tecnológicas¹⁴¹.

Lo que sí es cierto es que aquel productor que se dedica a fabricación de un determinado producto siempre va a querer mejorar la calidad del mismo, por lo que es incongruente si no se les permite desarrollar productos más perfeccionados o introducir un

¹⁴⁰LOIS CABALLÉ, A. I. (*La responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 171) también considera que, “sin olvidar que la seguridad absoluta no existe, los consumidores y usuarios sólo podrán esperar que los productos ofrezcan la seguridad que es razonablemente previsible teniendo en cuenta las circunstancias que han rodeado su puesta en circulación”.

¹⁴¹ Como bien matiza ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 18, la protección del consumidor debe ser compatibilizada con la necesidad de desarrollo económico y tecnológico, en función de la dinámica propia de las relaciones de consumo, que no pueden quedar obsoletas en nombre de la defensa del consumidor. Nuevos productos y nuevas tecnologías son bienvenidas, siempre que sean seguros y eficientes.

producto nuevo y considerablemente renovado. Y si así no fuera se estaría desincentivando los perfeccionamientos y el propio desarrollo de la actividad empresarial, lo que podría afectar a la venta de los productos de la empresa, bajar el nivel y desincentivar su consumo.

Así, por ejemplo, un coche con *airbag* y frenos ABS puede ser distinto de un coche fabricado hace veinte años, pero eso no significa que el anterior sea defectuoso. Del mismo modo, si el medicamento comercializado genera efectos secundarios “conocidos ya en el momento en que se pone en circulación, pero se informa de ellos, y no existe en ese momento en el mercado una alternativa mejor de tratamiento, no podrá considerarse defectuoso aunque más adelante se descubriese alguna”¹⁴².

5. LOS CRITERIOS LEGALES DE LA CONFIGURACIÓN DE LA DEFECTUOSIDAD

El defecto de seguridad ha sido definido como aquel en que el producto no ha logrado alcanzar determinados niveles o estándares de calidad o no cumple la función para la que fue concebido.

Se hace necesaria esta matización como punto de partida para la correcta interpretación de lo que la ley considera por defecto de seguridad, puesto que la falta de calidad o utilidad del producto queda comprendida bajo la esfera del cumplimiento o incumplimiento contractual, mientras que un producto defectuoso es aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, atendiendo a las circunstancias concretas y especialmente su presentación, el uso previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

Entonces, un producto defectuoso no es aquel que presenta un defecto no subsanable, sino el que no ofrece la seguridad que de él se espera, es decir, cuando no reúne los requisitos de seguridad normalmente ofrecidos por los demás de su especie.

Para determinar el nivel de seguridad, el art. 137.1 establece los criterios a los que debe atenderse a la hora de calificar el producto como defectuoso.

A pesar de que la norma no recoge un concepto general de defecto, sí establece sus elementos con el fin de fijar parámetros y criterios uniformes de lo que debe ser concebido como defecto, así que se puede perfilar mejor su significado por referencia a algunos criterios establecidos en la ley que lo configuran: a) la presentación del producto; b) el uso a que

¹⁴² PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 217.

razonablemente quepa esperar se destine el producto y c) el momento en el que el producto fue puesto en circulación

Esos criterios enunciados por el legislador, entre otras circunstancias, sirven para determinar cuáles son los elementos a ser valorados por el juez en un caso concreto.

Esos aspectos están relacionados de manera independiente entre ellos, pero no son excluyentes unos de otros, sino que deben ser analizados conjuntamente para sopesar la existencia o no del defecto.

Aspectos muy importantes a tener en cuenta, además del momento en el que el producto fue puesto en circulación, es la presentación del producto y el uso que razonablemente quepa esperar de él.

5.1 La presentación del producto

La presentación del producto es un factor determinante en la fórmula adoptada por la ley cuando se refiere a la defectuosidad del producto, puesto que “hace referencia a la forma de comercialización del producto, a las instrucciones y a la información que se suministran al destinatario del producto, e incluso a la publicidad. En definitiva, a todas aquellas cuestiones que tienen algo que ver con la confianza que suscita el fabricante que lanza al mercado sus productos”¹⁴³. Así suele ser tenido en cuenta en el análisis del nivel de seguridad la apariencia externa del envase, la composición, el posible efecto sobre otros productos, el etiquetado, los avisos e instrucciones, la publicidad del producto, o las categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo¹⁴⁴.

Se ha apuntado que, aunque la LRPD nada diga al respecto, a diferencia de la LGDCU, que sí lo contempla expresamente (y también lo establece el art. 1 del Convenio de La Haya del 21 de octubre de 1972), “una mala información puede alterar las condiciones de seguridad del producto que requiere su uso previsible y ésta es la solución apuntada por la jurisprudencia que interpreta y aplica la Ley de 1994”¹⁴⁵.

Hay que tener en cuenta, en la línea argumentativa de la SAP Baleares 28 diciembre 2004 (JUR 2005, 38399), que las expresiones contempladas en la norma, no solamente

¹⁴³ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 137 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, op. cit., p. 1670.

¹⁴⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., ACOSTA MÉRIDA, M. P., *Derecho del Consumo*, Cálamo, Madrid, 2005, p. 185.

¹⁴⁵ MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad...”, en *Hacia un código del consumidor*, op. cit., p. 702.

obligan a tener en consideración todas las circunstancias¹⁴⁶ concurrentes (la presentación, el uso que razonablemente puede esperarse hacer del producto y el momento de su puesta en circulación), sino que son suficientemente amplias para incluir en ellas tal deber de información¹⁴⁷.

5.2 El uso a que razonablemente quepa esperar se destine el producto

El concepto de producto defectuoso, aunque desde luego no se encuentre expresamente en la ley, no solo está fundado en la falta de seguridad que se espera del producto, sino que también está directamente relacionado con lo que puede significar la expresión recogida en la ley (falta de “seguridad que cabría legítimamente esperar” del producto), por lo que se ha calificado como concepto jurídico indeterminado¹⁴⁸, al no concurrir factores subjetivos, es decir, tiene que ser valorado objetivamente, no como una lista cerrada que incluya todos los posibles, sino más bien a modo de orientación¹⁴⁹. Pipaón Pulido sigue esta opinión, para quien también se trata de un concepto jurídico indeterminado – clausula general –, “que obliga a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que permite que se tengan en cuenta en su valoración las expectativas del consumidor medio y de la colectividad”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ “[...] expresión que significa que, en la indagación sobre la existencia de un defecto, el juez valorará la totalidad de referencias concurrentes en cada caso concreto”. (REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 134).

¹⁴⁷ MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad...”, en *Hacia un código del consumidor*, *op. cit.*, p. 702.

¹⁴⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁹ Tal como observa RUBIDO DE LA TORRE, C., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 19, refiriéndose a la derogada Ley 22/1994, “el concepto legal no puede ser más ‘jurídicamente indeterminado’, algo bastante lógico dado que la concreción de esos conceptos abiertos queda necesariamente pospuesta para su valoración en los tribunales. Prácticamente esta definición se convierte en un listado de pautas para que el juzgador pueda más cómodamente decidir sobre el carácter defectuoso del bien”. Como señala CAVANILLAS MÚGICA, S., “Responsabilidad civil y riesgo”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coords. Cuenca Casas, Anguita Villanueva, Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, p. 423, “[...] la definición legal presenta unas notas suficientemente flexibles como para superar un mero análisis científico del riesgo. Si tomamos dos productos A y B, de los que A es científicamente más seguro (menor resultado de multiplicar daño por probabilidad de daño), es posible que, en función de diversas circunstancias como el precio, la presentación, los destinatarios típicos del producto, etc., se llegue a la conclusión de que el producto A, el más seguro, es defectuoso y de que, por el contrario, el producto B no lo es.”

¹⁵⁰ PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 216.

Partiéndose del principio de que la seguridad absoluta no existe, debemos plantearnos qué grado puede esperarse, y en base a qué criterios debe valorarse la seguridad, si desde la perspectiva del productor, del consumidor o del público en general¹⁵¹.

Frente a la vaguedad del concepto¹⁵², hay que tener presente el hecho de que uno de los criterios primordiales para determinar la seguridad de un producto es la expectativa de seguridad de un consumidor “precavido e informado”¹⁵³.

Eso porqué, como señala la doctrina científica, el criterio contenido en el TRLGDCU se acerca al referido a las expectativas del consumidor (*consumer expectation test*), es decir, “es producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar”. Además del criterio general establecido en el art. 137.1, en el apartado segundo del mencionado artículo se acude a un criterio complementario, dando lugar a lo que se puede llamar “apartamiento de la serie”¹⁵⁴, por lo que se tiene también en cuenta para considerar defectuoso un producto el hecho de que no ofrezca la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie¹⁵⁵. Sin embargo, tal criterio es aplicable únicamente a los defectos de fabricación¹⁵⁶, de manera que, en cuanto a las otras clases de defectos (diseño e información) se precisa que estos se encuentran guiados por el criterio general de las expectativas del consumidor.

¹⁵¹ PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos...*, *op. cit.*, p. 506. Tal como señala la autora en relación con el art. 6 de la Dir. 85/374, “de una parte la adopción de una noción flexible de lo que ha de entenderse por defecto de un producto permite englobar en el régimen de la Directiva supuestos que, *a priori*, serían difícilmente imaginables. Otra cosa es que, desde luego, no resulte sencillo determinar los criterios de valoración de la seguridad de un producto”, ya que la subjetividad de los agentes de la cadena de comercialización la intentan imponer frente a la objetividad.

¹⁵² Conforme ha señalado LOÍS CABALLÉ, A. I., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 49, la imprecisión del término es debida en gran parte a la amplitud del concepto de producto recogido en las legislaciones comunitaria y española. Una de las cuestiones que se planteó respecto a la definición contenida en la Directiva 85/374/CEE de producto, es si en ella estarían incluidos no solo los bienes de consumo, sino también los bienes de producción.

¹⁵³ La noción de “consumidor medio normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz” tiene su fundamento en la jurisprudencia *Cassis di Dijon*, relativa a la libre circulación de mercancías en el ámbito comunitario. Véase BOTANA GARCÍA, G., Comentario al artículo 1 TRLGDCU, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2005, p. 44, nota 12.

¹⁵⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵⁵ Como nos recuerda MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 175, en relación al art. 3.1 de la Ley 22/1994, “más que de 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”.

¹⁵⁶ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 87.

5.3 La puesta en circulación del producto

En términos generales se entiende que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar de él, teniendo en cuenta su presentación en el momento de su puesta en circulación, así como el uso razonablemente previsible del mismo y, en todo caso, “si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie” (art. 137.2). Por ello, no se puede decir que el producto es defectuoso por el simple hecho de que el producto no es apto para el uso que debe esperarse de él. Por el contrario, el art. 137.3 TRLGDCU establece que “un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”.

Desde el principio ha de quedar claro que la responsabilidad del fabricante se determina por el solo hecho de poner en el mercado bienes susceptibles de causar un peligro por su naturaleza, aunque no tenga conocimiento de los defectos existentes en el producto¹⁵⁷. La “puesta en circulación” (*mettre en circulation*) se produce cuando el producto defectuoso sale de la esfera de control del fabricante con la entrega al primer adquirente¹⁵⁸. Esta matización es importante a la hora de delimitar el ámbito material de aplicación de la norma.

La responsabilidad del fabricante no nace hasta el momento en que se ha producido un daño por el uso del producto, por lo que es indispensable, en su caso, la puesta en circulación del producto defectuoso¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Pero, como señaló YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 333, “un fabricante no responde por la simple puesta en circulación de un producto, sino porque éste es defectuoso [...]”.

¹⁵⁸ Como ha señalado RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 113, bajo la vigencia de la Ley 22/1994, “lo que determina la responsabilidad del fabricante, no es sólo la puesta en el mercado de un producto, sino que es necesario que ese producto adolezca de un defecto que le sea imputable. Por tanto, el riesgo por el que responde el fabricante no es un riesgo entendido en sentido amplio, derivado del ejercicio de su actividad de fabricación en abstracto, sino que el riesgo que asume, y por el que responde el fabricante, es el derivado de la fabricación de un concreto producto defectuoso.”

¹⁵⁹ Como señala REYES LÓPEZ, M. J., *Manual...*, *op. cit.*, p. 324: “Esta idea ha seguido sin definirse en el TRLGDCU. Aunque se aluda al momento de puesta en circulación de un producto como criterio de referencia, en ningún lugar queda concretado. Dado, sin embargo, la profusión de circunstancias en que se puede integrar este concepto, el término debe ponerse en vinculación con lo establecido en la Convención de Estrasburgo, que entendió que el dato determinante era el de la puesta a disposición a favor de otra persona. Tomando como base esta premisa, su significado hay que referirlo al tiempo en que el productor pierde los medios de ejercer un control directo sobre la utilización del producto o le resulta imposible modificar sus condiciones porque ha pasado a integrarse en el proceso de comercialización”.

Por lo demás, el momento de la puesta en circulación, como más tarde veremos, tiene especial relevancia en la verificación de la defectuosidad de un producto para efectos de la aplicación de la eximente de responsabilidad en aquellos supuestos estados de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de puesta en circulación que no permitía apreciar la existencia del defecto.

6 CONCEPTO DE PRODUCTO DEFECTUOSO EN EL CÓDIGO DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO

Al igual que la normativa española, se establece expresamente, en el párrafo primero del artículo 12 del CDC que “un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente se espera de él, tomándose en consideración las circunstancias relevantes, entre ellas: I - su presentación; II - el uso y los riesgos que razonablemente se puedan esperar de él; III - la época en que fue colocado en circulación”.

Según esta norma, los criterios para definir la falta de seguridad tienen en cuenta a las numerosas disposiciones dictadas en el ámbito comunitario, encaminadas a conseguir una alta protección de los consumidores en el ámbito contractual, especialmente en la Directiva de 1985 del Consejo.

El principio de responsabilidad objetiva fuera de la culpa de los sujetos a quienes legalmente se atribuye la responsabilidad ha sido el adoptado por el legislador europeo de 1985, precisamente el modelo de la Directiva de 1985 de la que ya hemos hablado y que el legislador brasileño ha acogido en su seno.

La primera conclusión que se puede extraer es que la existencia o falta de seguridad no solo es lo que caracteriza y define el producto defectuoso, y eso queda patente en la propia definición legal, sino que es el criterio a ser utilizado a la hora de comprobar si el producto es defectuoso y eludir la posible responsabilidad del causante del daño.

En el concepto de producto que viene recogido en el párrafo primero del art. 3 del CDC¹⁶⁰, quedan incluidos no solamente bienes muebles, sino también inmuebles, distinguiéndose en este punto de la legislación española.

¹⁶⁰ Según define el CDC en el § 1 del art. 3, “producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial”. Según la opinión de FILOMENO, J. G. B., *Manual de direitos do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2000, 4. ed., p. 52, lo mejor sería hablar de “bienes” en lugar de “productos”, ya que el primer término es mucho más amplio que el segundo y por ello censurable en buena técnica jurídica. Como señalan TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, Forense, São Paulo, 2013, 2. ed., p. 91, el CDC no se adentró en la divergencia existente entre los civilistas, respecto de los conceptos de

La presentación del producto tiene relación con la cantidad y el acceso a las informaciones sobre los riesgos, incluyéndose la publicidad o propaganda relativa a la comercialización del producto y las informaciones contenidas en los rótulos de los productos e instrucciones de los fármacos. El uso se basa en la utilización razonable del producto, teniéndose en cuenta los riesgos inherentes al producto y consecuentemente, los que comporta el uso¹⁶¹. Además, como señala la doctrina más sólida¹⁶², y desde un punto de vista más práctico, la expectativa de seguridad del producto deberá ser evaluada en el momento de la puesta en circulación del producto en el mercado, y no en el instante de la ocurrencia del daño o del juzgamiento de la causa.

Se define, pues, en tales términos el producto defectuoso como aquel que no ofrece la seguridad que de él se espera legítimamente. La definición subraya, por así decir, la falta de seguridad, por lo que se habrá de considerar, en la misma línea, la expectativa de un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniéndose en cuenta los resultados que razonablemente de él se esperan.

Al igual que en España, se trata de una responsabilidad objetiva que deriva de la producción de un daño ocasionado por el producto defectuoso, como consecuencia de la puesta en circulación de un producto con defecto. Sin embargo, mientras que la mera puesta en circulación de un producto no es la causa del mismo, sino el hecho de que el producto sea defectuoso, la introducción de un producto nuevo y de mejor calidad en el mercado no convierte el anterior en defectuoso, pues, a tenor del art. 12, párrafo segundo, “el producto no será considerado defectuoso por el hecho de que otro producto de mejor calidad haya sido puesto en el mercado”.

7 TIPOS DE DEFECTOS

Veamos ahora los diferentes tipos de defectos y sus características.

bienes y cosas, optando por utilizar el término producto de forma general. Así lo afirmó también RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso de direito do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2011, 6. ed., p. 135. Aunque parezca obvio, conviene subrayar que los bienes fuera de comercio, o *extra commercium*, tales como los bienes públicos, no pertenecen a la categoría de los productos aquí considerados (VIEIRA DE MELLO, S. M., *O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*, Renovar, p. 29. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor anotado e comentado*, Atlas, São Paulo, 2004, p. 26).

¹⁶¹ OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 96, menciona que algunos productos son potencialmente peligrosos en virtud de su propio destino, como por ejemplo el cuchillo, y si alguien se lesiona al manejarlo en tareas domésticas, no se puede afirmar que el producto sea defectuoso.

¹⁶² OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 126.

La doctrina suele distinguir tres tipos de defectos¹⁶³, aunque la Ley para nada se refiere a los mismos, quizá por tratarse de una responsabilidad objetiva: a) defectos de fabricación; b) defectos de proyecto o defectos de diseño; c) defectos de información.

Aunque esta clasificación está implícita en el concepto legal de producto defectuoso, tal distinción no la ha hecho ni la Directiva ni la Ley ni tampoco el Texto refundido. Lo mejor sería que el legislador hiciera tal distinción.

Los defectos se pueden clasificar de acuerdo a tres características, y por tanto han sido clasificados por la doctrina de manera general en tres¹⁶⁴ grandes grupos:

- a) defectos de fabricación (en sentido estricto);
- b) defectos de proyecto o defectos de diseño (también llamados defectos de concepción o de diseño, defectos de construcción o de proyecto);
- c) defectos de información o de instrucción.

Un producto contiene un defecto de fabricación cuando adolece de cualquier anomalía o irregularidad ocasionada en el proceso de fabricación que lo convierte en un producto inseguro. Este defecto suele ocurrir cuando el producto fabricado se aparta del diseño original concebido por el fabricante, provocando una discrepancia entre el producto defectuosamente fabricado y lo que originalmente estaba concebido para ese producto.

Los defectos de fabricación, como el propio nombre indica, son aquellos que se producen en el proceso de fabricación o de manufactura del producto, por un fallo de fabricación, “determinando que uno o varios productos individualmente ofrezcan menos garantía que los demás de la misma serie”.¹⁶⁵

Distintas sentencias han matizado este tema. Destacamos la SAP de Palma de Mallorca (Sección 3ª), de 4 de abril de 1990, que versa sobre los daños ocasionados a un

¹⁶³ A menudo la clasificación sugerida por los autores es la misma, aunque ellos los denominan de otra forma. RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., sugiere la siguiente clasificación de los defectos: a) defecto de fabricación; b) defecto de concepción o diseño; y, por último, c) defectos de carácter formal (*La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 88). DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos", en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao, 1991, p. 69, los clasifica de la siguiente manera: a) Defecto de fabricación en sentido estricto; b) defecto de construcción; c) defectos de instrucción o información.

¹⁶⁴ Como señala PRIETO MOLINERO, R. J., *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 112, “un sector de la doctrina alemana también considera que existe una cuarta categoría a la que ha llamado ‘defectos de desarrollo’ (*Entwicklungsfehlern*). Según este enfoque, éstos son aquellos defectos que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes no permitían descubrir o conocer y, ello, pese a los riesgos que generaban”, opinión con la cual no comparte el autor, para quien “el riesgo de desarrollo no es un defecto en sí mismo, sino, más bien, una situación determinada dentro de la cual puede producirse un defecto” (*idem*, p. 113).

¹⁶⁵ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 84.

consumidor por la explosión de un aparato montador de nata, en la cual se establecen los criterios diferenciadores que sirven para distinguir cada uno de ellos:

“La doctrina científica más autorizada, en relación a los productos defectuosos, establece una triple distinción, ya clásica de la doctrina de la responsabilidad civil del fabricante: defecto de fabricación—cuando afecte ocasionalmente a uno o varios productos fabricados en serie o en masa, siendo el resto de la producción correcta; defecto de fabricación o de diseño — cuando afecte a la totalidad de la serie comercializada que se ha construido conforme a unos cánones insuficientemente seguros —, y defecto de información cuando por deficiente o insuficiente información sobre riesgos y forma de uso de un producto, el consumidor resulta dañado. Para ejercitar la acción de reparación que los daños de un producto o servicio defectuoso causa en la persona o bienes del consumidor, será preciso la prueba del defecto, la del daño y la de la relación de causalidad entre defecto y daño [...]”¹⁶⁶.

A ello cabe añadir los defectos a que conducen determinadas informaciones, que generan dudas para la generalidad de los consumidores.

Este concepto va a abarcar a todos aquellos defectos que no sean derivados del proceso de fabricación y en los cuales se detecten fallos en el diseño o problemas en la concepción del producto.

Cabe destacar como rasgo común a todos ellos, precisamente su falta de seguridad que es inherente a todos los productos defectuosos.

La clasificación de los defectos tiene especial relevancia a la hora de plantear las causas que originaron los defectos o fallos de calidad en los productos, la correcta identificación del responsable del producto, que puede ser el fabricante, distribuidor, vendedor o suministrador, así como la determinación del hecho generador del daño ilícito.

Aunque la distinción, en la práctica, no es siempre del todo clara, no se exige la prueba del concreto defecto, como señala la STS de 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895): “[...] no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo”, siendo suficiente con que la parte demandante haya logrado aportar indicios verosímiles para persuadir al Juzgador de que el producto era inseguro. Claro está que la identificación del tipo de defecto aumentará las oportunidades de que prospere la demanda, ya que en algunos casos surge la necesidad de realizar prueba pericial para constatar la existencia del defecto. Asimismo, y con la finalidad de facilitar la producción de la prueba, la jurisprudencia “ha declarado que no es precisa la prueba del concreto defecto, sino sólo la existencia de un defecto (STS de 23

¹⁶⁶ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 263. En el mismo sentido, la autora señala las siguientes sentencias: “Sentencia de 21 de julio de 1995 (RJA 6195); Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sección 2a) de 3 de abril de 1990”.

noviembre 2007 [RJ 2007, 8122]; SAP de Burgos de 13 de febrero de 2003 (JUR 2003, 122404)], directamente o a través de presunciones judiciales (que permiten presumir un hecho cuando existe otro hecho que lo avala por constituir un indicio preciso y directo del presumido según las reglas de la lógica)¹⁶⁷.

La inmensa mayoría de la doctrina coincide en atribuir a la doctrina norteamericana la distinción entre defectos de fabricación, de diseño y de información. Sin embargo, Marco Molina¹⁶⁸ no coincide con la opinión doctrinal mayoritaria, al sostener que dicha clasificación, aunque haya empezado a aparecer en la jurisprudencia estadounidense de los años setenta ya había sido formulada en la década de los sesenta en Europa, por un Profesor de Munich (Werner Lorenz). Otros autores, a su vez, han incluido los defectos de información en la categoría de defectos de diseño.

Algunos autores sostienen la tesis de que el régimen de responsabilidad de carácter objetivo solo se aplica a los defectos de fabricación, mientras que los defectos de diseño y los de información quedarían sujetos a la responsabilidad por culpa, esto es lo que fundamentalmente justifica la necesidad de hacer la distinción entre unas y otras clases de defectos¹⁶⁹.

Sin embargo, es una posición muy controvertida, con la cual no concordamos, por no ser compatible con el modelo de responsabilidad diseñado. Este razonamiento no es coherente con el espíritu de la norma. En primer lugar, porque la ley no hace esta distinción expresamente al regular la materia. En segundo lugar, porque tal interpretación exegética supondría, en efecto, pasar por alto el tenor inequívoco del art. 139 TRLGDCU, cuyo

¹⁶⁷ “Así pues, no es necesario acreditar de qué defecto adolecía el vehículo que estalló, sino sólo el hecho de que explotase sin haber sido indebidamente manipulado (SAP de Ourense de 29 de noviembre de 2001 [JUR 2002, 23035]); y no es preciso probar qué defecto tenía un *pack* de bebidas gaseosas, sino sólo que una de ellas se desprendió inopinadamente y causó daños (SAP de Cantabria de 7 de noviembre de 2000 [JUR2001, 47513]); si una escalera se rompe no es preciso probar que tal extremo se debe a lo defectuoso del material con el que fue construida (SAP de Castellón de 21 de febrero de 2001 [JUR2001, 176295]); si un neumático de menos de un mes revienta a una velocidad moderada y en un vehículo con una carga normal hay que entender que el daño que genera se debe a que es defectuoso (SAP de Granada de 25 de enero de 2000 [AC 2000, 266]); si un airbag no salta a la velocidad y en las condiciones en que indica el manual de equipamiento es que es defectuoso (SAP de Zamora de 7 de mayo de 2001 [AC 2001, 796], ver también la SAP de Madrid, de 11 octubre 2007 [AC 2007, 53]); y lo mismo sucede si al saltar despiden gases nocivos que lesionan al conductor (SAP de Madrid de 5 de junio de 2001 [JUR2001, 246656]); y si una bombona explota hay que considerar, salvo que se pruebe la mala manipulación del consumidor, que era defectuosa (SAP de Badajoz de 8 de abril de 1999 [AC 1999, 674]). Sin embargo, la SAP de Lleida de 23 de abril de 1999 (AC 1999, 726) desestimó la pretensión del demandante declarando que la explosión de una bombona de butano podía haberse debido a varios factores entre los que se encuentra no sólo su carácter defectuoso sino la mala manipulación por el consumidor y no había logrado acreditarse en el pleito a cuál de ellos se debía el siniestro.” (BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, op. cit., pp. 668-669).

¹⁶⁸ Véase MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, op. cit., p. 131, nota 384.

¹⁶⁹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 82, nota 141.

contenido es de una claridad meridiana, teniéndose en cuenta el carácter imperativo del régimen de responsabilidad que está diseñado para hacer frente a los daños causados por productos defectuosos.

En tercer lugar porque resulta ilógica desde la perspectiva del principio *pro consumatore*, cual es, el de proteger a la parte más débil de la relación de consumo. La norma está destinada a la tutela jurídica de sus derechos. Además, el concepto legal de defecto, tal como está plasmado en la norma, es único¹⁷⁰ y global.

Lo que sí es indiscutible es que “el tipo de defecto influye directamente sobre el régimen probatorio y algunos aspectos sustantivos de la responsabilidad”¹⁷¹, así que los defectos de información, a diferencia de los defectos de fabricación o concepción, que pueden ser fácilmente detectados a simple vista o mediante pruebas periciales a cargo de un experto en la materia, presentan dificultades sustancialmente mayores, y por supuesto requieren una mayor subjetividad y criterio interpretativo del juez que conoce el caso, en cuanto a la actividad probatoria¹⁷², a quien cabrá decidir si hubo falta o insuficiencia de información imprescindible.

El problema se plantea especialmente en la hipótesis de coexistencia de defectos, ya que existe la posibilidad de que el mismo producto presente distintos defectos, como por ejemplo, un defecto de fabricación y a la postre un defecto de información. Si es así, en esta hipótesis distinta, ¿se aplicaría el régimen de responsabilidad objetivo o subjetivo?

Se debe resaltar finalmente que en Brasil también se clasifican los defectos de la misma forma que en la doctrina española¹⁷³, sin embargo, algunos autores añaden a las tres clases de defectos antedichas el “defecto de construcción” y el “defecto de almacenamiento”. Silva Neto¹⁷⁴ propone la siguiente clasificación: a) defecto de proyecto; b) defecto de construcción; c) defecto de información; d) defecto de fabricación; y e) defecto de almacenamiento.

¹⁷⁰ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 82, nota 143.

¹⁷¹ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷² “En definitiva, y aun cuando no se hace mención a la necesidad de individualizar la presencia de alguno de los distintos tipos de defectos de que puede adolecer un producto (de diseño, de fabricación o de información), posiblemente ésa sea la forma más sencilla de que la víctima demuestre el carácter defectuoso del producto que le ha causado el daño”. (PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, pp. 85-86).

¹⁷³ En general se presenta la siguiente clasificación: a) defectos de fabricación; b) defectos de concepción; y c) defectos de comercialización. Vid. ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷⁴ SILVA NETO, O. C. da, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Forense, Rio de Janeiro, 2013, p. 208.

Aunque pueda establecerse una clasificación pormenorizada de las diferentes clases de defectos, entiende la doctrina científica más autorizada que el tipo de defecto no cambia en nada la responsabilidad del fabricante, puesto que no depende de la naturaleza del defecto, ya que serán responsabilizados objetivamente de la misma forma¹⁷⁵, resaltándose incluso, que cuando se trata del defecto de almacenamiento suele surgir la cuestión relacionada a la titularidad de la responsabilidad, ya que el fabricante puede argumentar, por ejemplo, que hubo manejo inadecuado del producto por parte de terceros (comerciante, distribuidor, transportador etc.).

Y llegamos al que parece ser el punto más polémico, pues el “defecto de almacenamiento”, en principio, es más bien un daño producido al producto en la fase posterior a la producción, es decir de manipulación, transporte, almacenamiento o tenencia del mismo. La principal barrera en la adopción de este tipo de defecto es que el defecto del producto suele estar asociado al proceso de producción y fabricación de los productos y, por otro lado, la responsabilidad del suministrador (responsable aparente) no proviene directamente del hecho de haber producido un bien con fallo, ya que éste no integra la cadena de producción del bien y no tiene el poder de alterar las técnicas de fabricación. Pero, la verdad es que si seguimos en esta línea, se entiende mejor la atribución de la responsabilidad al suministrador en el caso en que figura como responsable real, cuando el defecto le es imputable de forma directa, por el hecho de no mantener o almacenar adecuadamente los productos perecederos (art. 13, III), causando daños a los consumidores.

Aquí, procede recordar que en el Derecho positivo español no se contempla la responsabilidad del proveedor por la conservación o almacenamiento inadecuado de los productos perecederos, cuya responsabilidad está sujeta a las reglas generales de responsabilidad civil, pues, de acuerdo con el TRLGDCU, el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146) o en caso de falta de identificación del productor o importador (art. 138.2).

¹⁷⁵ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., p. 192.

7.1 Los defectos de fabricación

Como hemos visto en el epígrafe anterior, se suele clasificar los defectos de los productos en tres tipos diferentes: a) defectos de fabricación; b) defecto de concepción o diseño; y c) defectos de información.

Los defectos de fabricación son aquellos que sufren algún tipo de imperfección o inseguridad que le hace impropio para el uso que razonablemente se espera del mismo. Estos defectos se originan en el proceso de fabricación, por lo tanto en la esfera de control del fabricante y pueden afectar ocasionalmente a varios productos de la serie¹⁷⁶ o solamente a uno, que es distinto a los demás de la serie, mientras el resto son perfectamente adecuados¹⁷⁷, bien como todo el producto o partes del mismo.

Conviene consignar no obstante que, a pesar del control de calidad, la inevitabilidad de los fallos en el sistema de producción seriada, aliñada con la imposibilidad de su completa eliminación, conduce a la determinación de la responsabilidad del fabricante por el simple hecho de introducir en el mercado productos potencialmente dañinos¹⁷⁸, lo que dio lugar a la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, de aplicación en muchos países de la Unión Europea, como Francia, Italia y España, y que es ampliamente reconocido en muchos ordenamientos jurídicos del mundo.

El problema es saber identificar cuándo se trata o no de un caso de responsabilidad por defecto en la fabricación o elaboración del bien, por lo que tiene especial relevancia en materia de consumo no solo la distinción inequívoca entre los distintos tipos de defectos, sino que además debe hacerse una evaluación de la calidad del producto (y las características que suelen ser comunes en los demás productos de la misma categoría), siempre teniendo en

¹⁷⁶ Como señala SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en el RD legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Consideraciones críticas generales y sobre los ámbitos subjetivo y objetivo”, en *Estudios...*, *op. cit.*, p. 507: “Debe llamarse la atención sobre el hecho de que estos defectos que hemos visto, de diseño y de concreta fabricación, pueden encontrarse también en productos no fabricados en serie. El hecho de que un producto haya sido fabricado artesanalmente no implica que no pueda ser defectuoso, pues puede tener el mismo nivel de inseguridad, el mismo defecto, que uno fabricado en serie, por haber sido mal concebido o por haber sido mal fabricado. En un producto artesanal será más difícil que exista un defecto de concreta fabricación, pues la fabricación es individual y se detecta ese defecto en el momento, pero no debe desconocerse que las cadenas en serie cuentan por lo normal con unos controles de calidad que no suelen tener las producciones artesanales”.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ CARRIÓN, J. L., *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁸ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 85.

cuenta el momento de su puesta en circulación, puesto que el hecho de generar un fallo en un producto puede haberse producido en el proceso de fabricación del producto o bien en el proceso de comercialización, promoción y venta. No debemos olvidar que se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar y por ello uno de los ejes claves del concepto es la “puesta en circulación” de un producto, por la que se debe entender cuando queda integrado en la cadena de producción y comercialización del bien.

Como más adelante veremos, la inexistencia del defecto en el momento de su puesta en circulación exonera al fabricante de cualquier responsabilidad civil. Por ende, el fabricante no será responsable si prueba que “no había puesto en circulación” el producto, o si por el contrario, demuestra el fabricante o persona asimilada (importador, suministrador) a éste que el bien o producto cumplía todos los requisitos legales necesarios para ser puesto en circulación en el momento y por consiguiente no presentaba defecto alguno en cuanto a su seguridad.

Aquí tenemos una cuestión que enlaza directamente con la cuestión del reparto de la responsabilidad por los daños materiales sufridos entre los distintos intervinientes en la cadena productiva. La doctrina asume dos posturas: quienes sostienen la responsabilidad solidaria de todos aquellos que hubieran intervenido en la cadena de fabricación, distribución o comercialización de los productos, es decir, todos aquellos que hayan participado en la producción del daño¹⁷⁹ y quienes consideran que no existe responsabilidad compartida entre fabricante y suministrador si el causante del daño resulta identificado o si el defecto se circunscribe a su esfera de actividad¹⁸⁰.

El Derecho español de daños por productos, como en la Directiva comunitaria, parte de la premisa de que es el fabricante el que debe responder por los daños ocasionados por los productos defectuosos y, por lo tanto, la regla general es la exclusión de la responsabilidad del distribuidor y del vendedor del producto, “porque se entiende que no tienen los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los bienes con los que comercian”¹⁸¹. Postúlase que la

¹⁷⁹ Esta posición nos parece más coherente con el espíritu de la ley. Hay que recordar que “el régimen de responsabilidad solidaria previsto en la LGDCU de 1984, permitía dirigir la demanda contra cualquiera de los obligados, sin necesidad de demandarlos a todos”. Véase la STS núm. 753/2003 de 14 de julio [RJ 2003/5837]. El fabricante, por su parte, podrá intentar buscar la exoneración de la responsabilidad o la disminución de la indemnización.

¹⁸⁰ En este sentido manifestase PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, op. cit., pp. 156-159.

¹⁸¹ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, op. cit., p. 156.

responsabilidad del proveedor¹⁸² es subsidiaria y supletoria, siendo el fabricante el responsable principal, salvo cuando no pueda identificarse al productor, sea porque el producto se comercializa sin marca, sea porque las informaciones constantes del producto son insuficientes. En estos casos, el suministrador responde como productor, a menos que informe al perjudicado de la identidad de aquel “dentro de un plazo de tiempo razonable”¹⁸³, conforme a lo dispuesto en el art. 138.2 del TRLGDCU¹⁸⁴. También, en el caso de los productos importados, si en estos no figura el nombre del importador en la Unión Europea, incluso apareciendo el nombre del fabricante¹⁸⁵.

En la práctica resulta complejo diferenciar con rigor cada una de ellas, pues las situaciones concretas suelen ser variadas, como, por ejemplo, en los casos en que la víctima interpone la demanda sin haber requerido previamente al suministrador para que identifique al fabricante. En tal situación, desde luego dudosa y negable, entiende Parra Lucán¹⁸⁶ que la demanda debería ser desestimada, salvo que se basara en culpa propia del suministrador. Por el contrario, “cuando, requerido el suministrador, no identifica al fabricante, la demanda interpuesta por la víctima contra el primero debería ser estimada, pues en este caso, y conforme a la ley, el suministrador debe responder como si fuera fabricante. En tal caso, no parece admisible que el suministrador, ya demandado, pueda salir del proceso, salvo que a la víctima demandante pueda interesarle la sustitución de partes. En este caso, jugarán datos tales como la solvencia de los diferentes sujetos o, incluso, la eventual condena en costas”¹⁸⁷.

Todo ello plantea, desde luego, cuestiones jurídicas de difícil resolución para los jueces a la hora de tomar sus decisiones en aquellos casos en los que el fabricante haya desaparecido, o si el fabricante es insolvente. En este caso, podrá entablar acciones directamente frente a la entidad suministradora, aun cuando no se conozca la identidad del fabricante, que se convierte así en responsable último.

¹⁸² Como señala PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 157: “La Directiva comunitaria se refería a “quien hubiere suministrado o facilitado el producto” (artículo 4.2), expresión que era utilizada también por la Ley 22/1994. El artículo 138.2 del TRLGDCU, cambiando la terminología, se refiere ahora al “proveedor”, que responderá como productor si este último no puede ser identificado y no indica la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto”.

¹⁸³ En la opinión de PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 157, “se trata, por tanto, de una responsabilidad subsidiaria, en tanto no identifique al fabricante”.

¹⁸⁴ “Cumplida esta carga en tiempo el distribuidor queda liberado”, señala RUIZ MUÑOZ, M., *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 50. En su opinión, “si la identificación se produce con posterioridad, se presenta un supuesto más de responsabilidad solidaria de ambos sujetos” (*idem*, pp. 50-51).

¹⁸⁵ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁶ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 158.

¹⁸⁷ PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 158.

Por último, cabe destacar que los defectos de fabricación pueden afectar a todo el producto o a uno o más de sus componentes. Desde un punto de vista más concreto, se puede ejemplificar señalando el caso de un automóvil cuyas piezas se encuentran intactas, pero cuyo motor está averiado.

Una situación comentada tanto en la praxis jurídica como en la doctrina, tiene que ver con los distintos cuerpos extraños encontrados en las botellas de refresco, agua mineral, bebidas espumosas, entre muchas otras bebidas alcohólicas, cuyo precedente más antiguo remonta al caso *Donoghue v. Stevenson* (1932)¹⁸⁸, en el cual una mujer al encontrar un caracol en estado de descomposición en el fondo de la botella de un refresco sufrió un desmayo que le produjo graves lesiones.

En este tipo de reclamaciones, hay reiterada jurisprudencia que estima la existencia de daños patrimoniales y morales en las situaciones en las que se ha detectado la presencia de elementos extraños en alimentos. En uno de estos casos, la 3ª Sala del STJ denegó el recurso de *Coca Cola* y, basada en la aplicación de los arts. 8 y 12, párrafo primero, II, del CDC, mantuvo la condena de la empresa en demanda de consumidor que encontró una lagartija dentro de la botella de refresco (REsp 1.424.304-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 11.03.2014).

La sola ingestión, aunque parcial, de un insecto, dejando al consumidor expuesto a enfermedades infecciosas, es motivo por lo demás suficiente para causar lesiones psíquicas pasibles de indemnización. El problema surge cuando los consumidores no han ingerido parte del cuerpo extraño, y por lo tanto si no hay ingesta del producto se dice que no puede hablarse de daño real y efectivo. La jurisprudencia, en ocasiones, entiende que no hay daño indemnizable en estos casos, esgrimiendo que el daño eventual, hipotético o potencial no es indemnizable, ya que, el perjuicio debe ser cierto, real y efectivo. Así, lo entendió el Superior Tribunal de Justicia en la Sentencia de 16.11.2010, donde la Sala Cuarta denegó la indemnización a un consumidor que encontró un objeto metálico clavado en galletas del tipo "agua y sal" (precedente: REsp 1131139/SP, Cuarta Sala, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2010).

¹⁸⁸ Como señala MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 24, nota 23, "se trata de una Sentencia de 26 de mayo de 1932, emanada de la Cámara de los Lores (*House of Lords*), en su función de tribunal de apelación. La decisión (recopilada en [1932] *House of Lords Appeal Cases*, pp. 562 y s.s.) estimó el derecho de la demandante a ser resarcida por los daños físicos y la conmoción nerviosa sufrida al beber de una botella de cerveza de jengibre en la que se encontraron restos de un caracol en descomposición, condenando al fabricante de la bebida".

Ese mismo razonamiento fue adoptado en un caso similar, en la Sentencia de 10.05.2011 (REsp 1.239.060-MG, j. 10.05.2011), en demanda presentada por un consumidor que había encontrado una cucaracha en el interior del envase de leche condensada y pleiteaba daños morales, siendo que el mismo, al constatar la presencia del cuerpo extraño, ya había consumido parte de la lecha condensada. Sin embargo, en algunas decisiones ya se comienza a delinear una nueva visión de la cuestión, y se pasa a verla desde otro prisma, como en el caso recientemente juzgado por el STJ (REsp 1328916) en el que la empresa de panificación *Bimbo do Brasil* fue condenada por Tercera Sala del STJ a pagar indemnización por valor de R\$ 5 mil (5.000 reales brasileños) por daños morales a una consumidora que detectó la presencia de un cuerpo extraño, que parecía un pelo, en un pan de forma *Grão Light Firenze*. En tal supuesto, el cuerpo extraño no fue ingerido por la consumidora, pero sin embargo la relatora del proceso, la juez Nancy Andrichi, citando precedentes del STJ, entendió que hubo daño psíquico, en gran parte causado por la sensación de aversión que prevalece en el tiempo, causando molestias durante mucho tiempo, que se desencadena siempre que se alimenta, especialmente con el producto que causó el problema, interfiriendo profundamente en el cotidiano de la persona. La decisión ha seguido una línea flexibilizadora, porque en este caso particular la consumidora no llegó a ingerir el cuerpo extraño y aún así se entendió que el cuerpo extraño incrustado en el trozo de pan expuso a la consumidora a riesgo, en la medida en que, en la hipotética ingesta del mencionado cabello, no sería pequeña la probabilidad de ocurrencia de daño, sea a su salud física, sea a su integridad psíquica. En definitiva, la consumidora fue expuesta a riesgo, lo que convierte *ipso facto* el producto en defectuoso, por lo que se reconoció la existencia de los daños morales que se hicieron evidentes en ese sufrimiento psicológico de la consumidora aun cuando no hubiera ingestión del alimento en concreto.

Relacionado con este tema están los casos de explosión de gaseosas que suelen causar lesiones físicas en el usuario. Entre los casos a los que se ha hecho mención en la doctrina española, suele destacar el supuesto del consumidor que sufrió lesiones en un ojo al explotarle una botella de cristal que contenía gaseosa, al depositarla en la cesta de la compra.

En la Sentencia de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2133), el Tribunal Supremo declara la responsabilidad de “La Casera SA” al existir un defecto de fabricación.¹⁸⁹ En el aludido proceso, se ha probado que la causa única de las lesiones fue la mala calidad del

¹⁸⁹ BARRAL VIÑALS, I., Comentario al artículo 28 TRLGDCU, *Ley General...*, op. cit., p. 822.

producto destinado a la venta, ya que la botella explotó porque era defectuosa desde el momento de su puesta en circulación. La primera instancia desestima la petición por considerar que no se aprecia culpa del fabricante, mientras que la Audiencia le condena y el Tribunal Supremo confirma la decisión, razonando al respecto:

“La existencia 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 concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades”.

En Brasil, se puede mencionar la Sentencia de 19.10.2000 (REsp 256323/PR, Cuarta Sala, DJ 18.12.2000, Juez Ruy Rosado de Aguiar), que mantuvo la sentencia de primera instancia, en la cual la empresa *Coca-Cola* ha sido condenada a pagar una indemnización por daños morales debido a la explosión de la botella.

7.2 Los defectos de diseño o concepción

Hay una segunda clase de defectos reconocido por la doctrina que son los defectos de diseño. El defecto de diseño o de concepción es aquel inherente y consustancial a la concepción del producto antes de su fabricación. “Este es el primer tipo de defecto que puede tener un producto, surgiendo antes de la propia fabricación, la cual puede haber sido totalmente correcta conforme al diseño. No obstante, lo normal es que estos defectos, como los demás, se manifiesten una vez comercializado el producto, con su utilización”¹⁹⁰.

Este tipo de defecto se encuentra bajo la esfera de control de los riesgos y peligros relacionados con la actividad del productor, fabricante o importador. En este sentido, otro de los rasgos peculiares es que este tipo de defecto “afecta a todos los productos de la misma serie ya que es imputable al momento de determinación de las características del mismo y no a un error, descuido o fallo en un momento concreto del proceso de fabricación”¹⁹¹. El defecto de diseño no solo afecta a un producto en el proceso de elaboración, sino que atañe a todos los demás de la serie. Por ello suponen un mayor potencial lesivo, pues, “cuando la causa de que

¹⁹⁰ SÁNCHEZ BARRIOS, J. L., “La responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos...”, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 503.

¹⁹¹ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 84.

el producto sea defectuoso resida en el diseño, los fallos se generalizan”¹⁹² y el producto, pese a haber sido fabricado de conformidad con las especificaciones establecidos por el fabricante, no presenta el nivel de seguridad que cabría legítimamente esperar de él¹⁹³.

Aunque la Directiva 85/374 y el Derecho español se fundamenten en las expectativas de seguridad del consumidor, la doctrina señala otro criterio posible de definición de los defectos de diseño, que es el criterio del riesgo-utilidad, especialmente aplicable a algunos tipos de productos, como los medicamentos. Es muy probable que ambos criterios confluyan dado que las expectativas de los consumidores revelan preferencias que terminan incorporándose a la apreciación social del riesgo y utilidad de un medicamento¹⁹⁴.

En este grupo de defectos también se suelen mencionar los defectos del desarrollo, “considerados como una modalidad especial que toma su base en que cuando el producto fue diseñado y puesto en circulación su estado hacía prever un nivel de seguridad adecuado que el desarrollo posterior probó insuficiente”¹⁹⁵.

Los defectos en fármacos y productos químicos son, casi todos, casos de defecto de diseño, pues pueden generar efectos secundarios asociados al consumo de otros medicamentos o a las circunstancias de la persona que los toma.

El Tribunal Supremo ha afrontado algunos casos de defectos que se produjeron debidos a fallos en la concepción del producto. Entre otras sentencias se citan las siguientes¹⁹⁶:

- STS, 1ª, 25.6.1996 (RJ 1996\4853): un bebé introduce la cabeza entre el somier y los barrotes de protección de una cuna y muere ahogado por la presión del somier. Se trata de un defecto de diseño porque el producto se correspondía con el diseño, pero éste generaba riesgo de asfixia. “Se reclama ante el vendedor y el fabricante de una cuna por el fallecimiento de la hija del actor ocurrido el 2 de noviembre de 1989 y producido por asfixia. La niña se encontraba en el interior de una cuna modelo

¹⁹² REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 87.

¹⁹³ DENARI, Z., “Comentario al art. 12 CDC”, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. et altri, op. cit., p. 164, recuerda que, en la práctica, los defectos de concepción suelen determinar la retirada preventiva del producto (*recall*) para sustitución de los productos defectuosos. El *recalles* la retirada de productos que tengan posibilidades de causar un daño cuando están en el mercado, con la convocatoria de los consumidores de bienes producidos en serie y que tengan defectos de fabricación que puedan atentar contra la vida y la seguridad de los usuarios, sin costos adicionales para el consumidor. Puede ocurrir en diversos productos, además de los automóviles, tales como electrodomésticos y computadores e incluso, aunque en menor medida, en el ramo de medicamentos y juguetes. Conforme señala ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., pp. 19-20, en Brasil esta práctica ha sido largamente utilizada por la industria automovilística, identificándose, a partir de 1991, un vertiginoso aumento en el número de convocatorias dirigidas a los consumidores, por montadoras nacionales y extranjeras.

¹⁹⁴ BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2013, 2. ed., p. 465.

¹⁹⁵ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, op. cit., p. 88.

¹⁹⁶ BOTANA GARCÍA, G., Comentario al artículo 1 TRLGDCU, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...*, op. cit., pp. 736-737.

“Danesa” y quedó apesado su cuerpo entre el último barroto o lama del somier de la parte del piecero de la cama y éste, quedando “atrapada”, con la nuca pegada al barroto referido. Se hace responsable al fabricante por la defectuosa fabricación de la cuna, que se concreta en no respetar la distancia de seguridad en la disposición de los citados barrotes que permitían el paso de la cabeza de un bebé; y en menor medida la del vendedor (un 20%) y la concurrencia de culpas con la vigilancia de los padres”¹⁹⁷.

- STS, 1ª, 10.6.2002 (RJ 2002\6198): niño asfixiado al comer caramelo demasiado grande.

En el primer caso, pese no se saber en qué momento el producto causante del daño había sido puesto en circulación, el TS consideró aplicable la LGDCU. Resuelve que es responsable el fabricante, aplicando los criterios de los arts. 26 y 27, incluso compensa la culpa por entender que los padres del bebé tuvieron una conducta negligente en parte, en aplicación del art. 25 LGDCU. La sentencia condena al fabricante por la vía de la conducta negligente y el incumplimiento de los requisitos reglamentarios de seguridad del art. 26. Se entiende que la cuna era defectuosa, pero no se aclara que por un defecto de diseño, y que ello determina la negligencia, y en consecuencia, la responsabilidad del fabricante.

7.3 Defectos de la información relativa al producto

A su vez, los defectos de información suelen ser defectos en las instrucciones sobre su uso o en las advertencias sobre los riesgos, y dicen respecto a las informaciones que deben figurar obligatoriamente en el etiquetado y embalaje de los productos, según lo previsto en la Ley o en el reglamento que la desarrolla, y que nos advierten precisamente sobre su uso y riesgo. La falta de seguridad en este caso se produce por la información insuficiente o incorrecta sobre los modos de empleo o los riesgos de la utilización del producto.

Algunos tipos de productos entrañan mayor riesgo para la seguridad y, mientras estén libres de desperfectos, serán considerados productos defectuosos si no alertan de los riesgos que conllevan, omiten advertencias o si la información contenida en relación con el uso o consumo del producto es imprecisa o deficiente¹⁹⁸, sobre todo en los productos en los que es exigible una mayor diligencia y precaución en el uso o manejo del producto.

¹⁹⁷ BOTANA GARCÍA, G., Comentario al artículo 1 TRLGDCU, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios...*, op. cit., pp. 736-737.

¹⁹⁸ TÉLLEZ ROCA, J., “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dirs. Ariza Colmenarejo y Galán González, C., Reus, Madrid, 2009, p. 23, pone el siguiente ejemplo: “Piénsese en el caso de unas galletas de chocolate blanco, que se comercializan utilizando la misma literatura en su envase que la modalidad tradicional de chocolate negro. La galleta está en buen estado y no es “insegura”, pero al omitirse por error entre sus ingredientes la lactosa, resulta potencialmente

Tal y como se ha señalado, “aunque el producto en sí, en principio, sea seguro, lo que lo hace inseguro puede venir determinado por 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”¹⁹⁹.

El defecto proveniente de fallo de información no es un defecto del producto propiamente dicho, sino una omisión del fabricante/importador, aunque parcial²⁰⁰, en cuanto a las instrucciones de uso del producto.

Es decir, “la falta de seguridad no deriva del producto considerado en sí mismo sino de su presentación ya que, a diferencia de lo que sucede en los defectos de diseño y fabricación, esta modalidad no implica una deficiencia interna en el producto”²⁰¹. O sea, no se trata de un defecto intrínseco al producto, sino que el defecto recae sobre la información que se debe suministrar, al no ofrecer al consumidor la información adecuada y clara que le permita estimar y evaluar los riesgos inherentes al producto durante su período de utilización normal y habitual o razonablemente previsible siempre y cuando estos no sean patentes y notorios sin avisos adecuados.

Se ha sostenido que, “en todos los casos de defecto de diseño o de concepción, existe también un defecto de información desde el momento en que no se advierte que el producto es defectuoso”²⁰².

Esta es una de las razones principales por la que el producto deberá venir acompañado con las advertencias adecuadas para prevenir los daños que de este uso defectuoso pudieran derivar. Por lo tanto, las obligaciones de información son especialmente relevantes en los

dañina para personas con intolerancia a esta sustancia, convirtiéndose en un producto defectuoso para dicho colectivo”.

¹⁹⁹ TÉLLEZ ROCA, J., “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Protección de los consumidores...*, *op. cit.*, p. 23. La autora demuestra que estos tipos de defectos son más recurrentes que los defectos de diseño y de fabricación. Este estudio revela también que los productos más afectados por reclamaciones suelen ser vehículos a motor y productos para la infancia y juguetes (*idem*, p. 25). Estos datos resultan especialmente relevantes si se tiene en cuenta que el Real Decreto 880/1990, de 29 de junio (vigente hasta el 01 de Junio de 2015), por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, establece un mayor nivel de calidad y seguridad en la comercialización y puesta en el mercado de los juguetes.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, conforme señalan SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, 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”, *Indret*, Octubre 2006, en el caso resuelto en la SAP Vizcaya (Sección 5ª), de 16.12.2003 (AC 2003\822), en el que dos hermanas gemelas de dos años de edad habían sufrido quemaduras de tercer grado en las piernas como consecuencia del contacto con el contenido de una garrafa de detergente limpiador concentrado, se entiende que “el etiquetado del producto cumplía la normativa sobre elaboración y comercialización de detergentes limpiadores, pero no contenía ninguna indicación de cómo actuar en caso de contacto o ingestión”, por lo que se estima la demanda en parte al apreciar culpa de los padres, reconociéndose la responsabilidad de la empresa fabricante.

²⁰¹ REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁰² REYES LÓPEZ, M. J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante...*, *op. cit.*, p. 92, nota 195.

supuestos en que los riesgos o peligros no son tan evidentes (advertencias que se ponen para evitar o prevenir un accidente)²⁰³.

La correcta información es especialmente relevante en el supuesto de los medicamentos²⁰⁴, así que la información contenida en el envase, etiqueta y prospecto de los medicamentos ha de ser cierta, eficaz, veraz y objetiva. No menor relevancia tiene la correcta información en los productos alimenticios, productos de limpieza y productos tóxicos en general²⁰⁵.

Téngase en cuenta que en estos casos el producto no es defectuoso en su fabricación y tampoco en su diseño, sino que el defecto proviene de la falta de instrucción suficiente sobre el manejo del producto (botellas de gas, ácidos), la aplicación (pesticidas, insecticidas), los efectos secundarios (medicamentos) y las formas de utilizarlo (utilización de guantes de protección en manipulaciones de productos de limpieza con ácidos corrosivos en su composición, colas de seguridad, maquinarias etc.). Aunque el producto sea idóneo, el fabricante será responsable, así mismo, por proporcionar información incorrecta e incompleta.

7.4 La consideración del tabaco como producto defectuoso en España

La consideración del tabaco como producto defectuoso, no solo en cuanto a su composición, sino también en cuanto a la capacidad de generación de dependencia, por las consecuencias de la adicción a la nicotina y del consumo de tabaco, es un tema que suele suscitar bastante controversia. Algunos sugieren que las compañías tabaqueras deben indemnizar a las “personas que, a causa del tabaco, han sufrido un daño en su salud, o que incluso hayan perdido la vida”, en la línea de las decisiones adoptadas en los últimos años por

²⁰³ Véase no obstante la SAP de Valencia de 31 de julio de 1991, en la que se admite defectuoso un producto pirotécnico que no advierte de los peligros propios de su utilización al presuponer un conocimiento general del riesgo que comporta. Solución con la cual no compartimos, puesto que el conocimiento general del riesgo que comporta un producto no desobliga al fabricante de prestar la información correcta, suficiente y adecuada respecto del uso y manejo del producto, ni tampoco excluye el carácter defectuoso del producto que no advierte de los riesgos que puedan derivarse de su uso o consumo. Cuando mucho se podría considerar la culpa concurrente de la víctima.

²⁰⁴PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁵SEUBA, J. C., “Comentario a la STS, 1ª, 22 mayo 2001, sobre responsabilidad por productos”, *Indret*, Abril 2002, menciona el supuesto analizado por la STS de 22 de mayo 2001 en el que la demandante compró un producto de limpieza muy tóxico (ácido sulfúrico concentrado) destinado a usos industriales y no fue advertida por la vendedora de la forma de uso del producto ni de las medidas de protección convenientes, y en la que se demandó a la fabricante del producto, a la distribuidora, y a la vendedora. Tras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimando la pretensión al considerar prescrita la acción, sentencia que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Granada, que condenó a los demandados a pagar de forma solidaria a la actora unos 2 millones de ptas. (unos 12.020 €), la fabricante y la distribuidora interpusieron recurso de casación, el cual fue estimado por el Tribunal Supremo.

los Tribunales estadounidenses con respecto a las controversias relativas a las demandas contra la industria tabaquera²⁰⁶. Para esta corriente de opinión, resulta dudosa su identificación con los productos defectuosos, ante la falta de información sobre los riesgos para la salud²⁰⁷.

En Francia, la mayoría de las pretensiones jurídicas está fundamentada en la responsabilidad extracontractual, habiendo algunas acciones aisladas con fundamento en la responsabilidad contractual y en la responsabilidad por hecho del producto, siendo que las pretensiones jurídicas fundadas en la responsabilidad extracontractual se basan en la culpa del fabricante, por no advertir a los consumidores sobre los riesgos que implica fumar, mientras que las acciones enjuiciadas con base en la responsabilidad contractual se basan en el incumplimiento de la obligación de garantía de absoluta seguridad de sus productos, implícita en todo contrato de compraventa²⁰⁸. Sin embargo, las Cortes francesas han rechazado las pretensiones con base en los siguientes argumentos²⁰⁹: a) no haber necesidad de informar sobre los peligros de fumar, porque son notorios, es decir, de acuerdo con la jurisprudencia francesa, no existe obligación de informar a quien ya está debidamente informado; b) los autores no logran establecer relación de causalidad específica sobre la conducta de los fabricantes y las dolencias simplemente por medio de datos estadísticos, o sea, la mera correlación entre el cigarro y las dolencias asociadas a su uso no es apta para demostrar tal relación de causalidad; y c) los cigarrillos no son productos defectuosos, es decir, no poseen defectos internos a luz del art. 1.384 del Código Civil francés.

En España, en la misma línea de la jurisprudencia norteamericana, las pretensiones de los fumadores (o de sus familiares, en caso de muerte) se han basado en la falta de información sobre los riesgos derivados del tabaco más concretamente sobre composición,

²⁰⁶ Como ponen de manifiesto SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J. A., “*El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II*”, *Indret*, Octubre 2002, las demandas se han incrementado en los últimos años, sobre todo a partir de los años 60 del siglo XX y con más intensidad a partir de la década del 70.

²⁰⁷ Como señala VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios...*, *op. cit.*, p. 108: “El tabaco, bien considerado como producto defectuoso en sí, bien por falta de información adecuada – porque la advertencia general de que es perjudicial para la salud podría ser insuficiente –, es susceptible de causar daños que serían exigibles con arreglo a la LRPD. Además, por ser producto destinado al consumo humano, no cabría la inimputabilidad del fabricante por los “riesgos del desarrollo” (art. 6, 3.º LRPD). Aún no tenemos jurisprudencia como ocurre en los Estados Unidos de América, pero algunas sentencias exigen ya una probada relación de causalidad entre el consumo de tabaco y el daño producido para dar lugar a indemnización, lo que se ha justificado en base a una responsabilidad extracontractual ex art. 1902 Ce.”

²⁰⁸ MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro”, en *Revista dos Tribunais*, núm. 846, abr., São Paulo, 2006, pp. 30-65. Los autores señalan que en Francia son también muy escasas las acciones fundadas en normas de consumo, habiendo el registro de acciones fundadas en el art. L. 221-1 del *Code de la Consommation*.

²⁰⁹ MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias...”, *op. cit.*, pp. 30-65.

sustancias que lo forman, que provocan adicción. No obstante, las pretensiones han sido rechazadas por la Audiencia Nacional “cuando se ha pretendido la condena de la Administración del Estado por permitir la venta y publicidad del tabaco sin advertir de los riesgos para la salud”²¹⁰. Además, los tribunales españoles, de acuerdo a la jurisprudencia vigente, han considerado que no resulta de aplicación la normativa de consumidores y usuarios²¹¹. El argumento principal de los tribunales españoles consiste en afirmar que tanto la LGDCU cuanto la LRPD tratan de productos defectuosos y no de productos como el cigarro, que, aun sin contener cualquier defecto, pueden causar maleficios a sus usuarios²¹². Por un lado, no estarían incluidos en el régimen de los productos regulados aquellos riesgos “usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización” (art. 3 de la LGDCU).

En la primera oleada de casos (1998-2002)²¹³, los tribunales españoles han rechazado las pretensiones con base en los siguientes fundamentos²¹⁴: a) falta de acreditación de la relación de causalidad entre el daño (muerte o enfermedad) y la acción de los demandados – meras afirmaciones probabilísticas o genéricas no sirven como fundamento para la existencia del nexo causal médico; b) asunción voluntaria del riesgo derivado del consumo de tabaco por parte de los fumadores – el hecho del autor decidir fumar voluntaria y libremente configura culpa exclusiva de la víctima, provocando la ruptura total del nexo causal. En tales supuestos, aunque el tabaco, por su propia naturaleza, puede generar daños a la salud de los fumadores,

²¹⁰ “No existe sin embargo ninguna sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se haya pronunciado sobre la responsabilidad civil de las mayoristas distribuidoras de tabaco, pues la STS de 4 marzo 2009 (RJ 2009, 1873) y la STS de 5 mayo 2010 (RJ 2010, 5022), no llegan a examinar si existe o no responsabilidad extracontractual por entender que ha transcurrido el plazo de prescripción de un año.” (BUSTO LAGO, J. M., REGLERO CAMPOS, L. F., *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 466).

²¹¹ MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias...”, *op. cit.*, pp. 30-65. Según los citados autores (hasta fecha de 2006), no hay, en la jurisprudencia española, ejemplos de aplicación del hecho imputable “defecto de producto” a los casos de responsabilidad por daños relacionados al consumo de cigarrillos. La mayor parte de las decisiones o bien silencia sobre el régimen legislativo aplicable (pues considera inexistente algún requisito común, como el nexo de causalidad) o bien aplica los dispositivos del CC.

²¹² MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias...”, *op. cit.*, pp. 30-65.

²¹³ “En la segunda oleada (2002 - actualidad), la mayoría de los tribunales civiles se han declarado incompetentes para resolver tales casos, sobre la base de que el tabaco fue un monopolio estatal hasta el año 1998, y dado que todos los fumadores demandantes se iniciaron en el consumo de tabaco antes de esta fecha, el Estado español debería aparecer como co-demandado junto a las empresas privadas tabacaleras, por lo cual, de acuerdo con las normas sobre distribución de competencias (art. 9.4 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad del Estado es la contencioso-administrativa, y no la civil”. (RUIZ GARCÍA, J. A., “Diez años de litigación del tabaco en España”, en *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Civitas, Navarra, 2010, p. 100).

²¹⁴ RUIZ GARCÍA, J. A., “Diez años de litigación del tabaco en España”, en *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Civitas, Navarra, 2010, pp. 99-100. Véase, en igual sentido, MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias...”, *op. cit.*, pp. 30-65.

el consumidor es, sin embargo, consciente de estos riesgos. Sabe, por lo tanto, que estos tipos de productos entrañan sus riesgos. De hecho, el art. 3.1 del LGDCU deja a salvo de la prohibición general los riesgos usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización; y c) culpa exclusiva de la víctima, pues pese a conocer los riesgos derivados de fumar, no cesaron en tal conducta.

Por otro lado, en el sistema de responsabilidad civil de la LRPD (así como en el sistema de responsabilidad civil), la existencia de defecto en el producto es condición necesaria de la responsabilidad civil del proveedor. En esta línea de razonamiento, debe recordarse que el producto, además de ser susceptible del tráfico contractual y apto para el consumo humano, debe ser además inocuo, con lo cual, en la opinión de Pipaón Pulido²¹⁵, “carece de sentido reclamar por daños derivados del consumo de un producto que por su propia naturaleza genera un daño probable a la salud – por ejemplo, el tabaco, ya que el perjuicio que causa es consustancial a él y derivado de sus características esenciales, y por tanto no atribuible a defecto alguno”.

Desde el punto de vista jurídico, la cuestión es muy polémica y discutida, por una parte, debido al tema de la relación de causalidad entre la enfermedad sufrida por el demandante y el consumo de tabaco, es decir, que el consumo del tabaco es la causa directa e inmediata del desarrollo de la enfermedad, y, por otra parte, en función de la complejidad del diagnóstico médico, ya que muchas patologías no tienen una causa o causas bien conocidas.

En este sentido cabe señalar que existen dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales contrapuestas: el sistema legal europeo y el norteamericano. El sistema legal norteamericano²¹⁶ sostiene que la falta de información adecuada sobre los riesgos del producto adquirido determina el defecto del producto y, por tanto, genera la responsabilidad del productor por los daños en la salud de los consumidores.

En Europa y en particular en Francia, Alemania, España e Italia, los Tribunales responden a esta cuestión de manera diferente, pero, en líneas generales, siguen desestimando las demandas indemnizatorias interpuestas a los fabricantes de cigarrillos.

Por otra parte, algunas resoluciones judiciales han sido objeto de críticas por la doctrina, por falta de rigor en la aplicación de los reglamentos existentes, teniéndose en cuenta los criterios interpretativos enumerados en el art. 3.1 del Código civil.

²¹⁵PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, pp. 215-216.

²¹⁶ En los últimos años, EUA ha sido uno de los países en los que más se han aumentado estos tipos de demandas.

Veamos dos ejemplos paradigmáticos de su aplicación por la jurisprudencia española.

Acedo Penco menciona dos supuestos objeto de análisis por la justicia española en los cuales se enfrentó el tema de la responsabilidad civil de la industria tabaquera por los daños al fumador.

a) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 70 de Madrid, de 4 de abril de 2000 (AC 2000, 762):

En uno de los casos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 70 de Madrid dictó resolución, de fecha de 7 de abril de 2000, considerando que no había relación causa-efecto entre el tabaco y la enfermedad del demandante, añadiendo que la citada dolencia es de “etiología desconocida”²¹⁷.

En este caso, en el que el autor alegaba haber contraído la enfermedad de *Síndrome de Buerger* por el uso del tabaco, el Juez “considera que no hay relación entre la enfermedad sufrida por el demandante y el consumo de tabaco y estima que no ha existido una conducta negligente por parte del fabricante”²¹⁸, por lo que desestima la demanda²¹⁹.

En el mismo supuesto, el Tribunal Supremo, examinando la cuestión, ratifica la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que denegaba la responsabilidad civil de las tabaqueras por los daños en la salud de los fumadores.

b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de enero de 2003 (JUR 2003, 44458):

En este supuesto concreto, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión indemnizatoria, “basada en la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por aquella por el fallecimiento de su esposo provocado por un cáncer de pulmón, cuya causa atribuye al consumo diario de cigarrillos de la marca "Ducados" desde el año 1955 hasta diciembre del año 1998, o enero de 1999, fabricados y comercializados por la entidad demandada”.

²¹⁷ ACEDO PENCO, A., *Contratos y responsabilidad civil: Cuestiones jurídicas actuales. Supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 101. Según el autor, “el Tribunal tampoco aprecia conducta negligente del fabricante, cuya relación con los consumidores de cigarrillos sería de naturaleza ‘extracontractual’”.

²¹⁸ ACEDO PENCO, A., *Contratos y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 101.

²¹⁹ Véase ACEDO PENCO, A., *Contratos y responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 101-102. El autor señala que esta decisión “coincide con los tímidos pronunciamientos judiciales emitidos hasta ahora en Finlandia (1992), Italia (1997), Gran Bretaña (1998) y Alemania (2000), que han rechazado las demandas y absuelto a las compañías tabaqueras”. También hace mención al proceso judicial francés de la familia Goullain contra Seita, en cuya sentencia “se establece que la tabaquera francesa es responsable de los daños causados por el tabaco a este fumador en el período anterior a 1976”, porque después de esa fecha “todas las cajetillas de tabaco llevaban, por obligación legal, impresa la leyenda de que fumar es perjudicial para la salud”.

En estos supuestos de consumo de tabaco, el Tribunal “estima que no resulta de aplicación ni la Ley 22/1994, de 22 de junio sobre responsabilidad civil de fabricantes por los daños causados por productos peligrosos, a la que ni siquiera alude la recurrente, ni la Ley 26/1984, de 19 de julio sobre protección de consumidores y usuarios, por cuanto la primera ley se refiere a productos cuyo uso normal no es nocivo para la salud, lo que no se puede aplicar al tabaco, y la segunda porque en el artículo 28.2 enumera una serie de bienes cuyo normal uso puede ligar a la responsabilidad objetiva del expendedor entre los que no se encuentra el tabaco, ni producto alguno al que éste se pueda equiparar”.

Afirma la Audiencia que en ese caso la relación de causalidad entre la acción u omisión culposa y el daño o perjuicio reclamado no quedó suficientemente comprobada. A ello añade que “la relación de causalidad no se presume y debe ser acreditada por la parte demandante conforme al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Además de otros argumentos, respecto del contenido fáctico del acervo probatorio, según afirma la sentencia, debía el informe pericial acreditar que la causa exacta del cáncer de pulmón padecido por el fallecido se originó precisamente por el consumo de dicha marca de cigarrillos. En la resolución se subraya, por lo que se refiere a la relación de causalidad, que no es suficiente afirmar, como lo hizo el dictamen pericial, que “el tabaco sea en general un factor de riesgo del tipo de cáncer de pulmón padecido por aquél”, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, “sino que es precisa la existencia de una prueba determinante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo”.

Por último, se señala que “no sólo no se ha probado la relación de causalidad, sino que también ha existido culpa exclusiva de la víctima como recoge la sentencia recurrida, rompiendo con ello cualquier nexo causal que pudiera haber existido”²²⁰.

7.5 La consideración del tabaco como producto defectuoso en Brasil

El frenesí alcanzado por las demandas judiciales contra la industria tabaquera se ha llegado a notar incluso en Brasil, donde se ha llegado a considerar el tabaco un bien de consumo de peligrosidad inherente o latente (normal y previsible)²²¹, lo cual conlleva un

²²⁰ ACEDO PENCO, A., *Contratos y responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 105.

²²¹ La doctrina brasileña distingue tres tipos de peligrosidad: a) la peligrosidad inherente o latente – cuando el producto presenta un riesgo intrínseco a su propia cualidad o funcionamiento, normal y previsible, pudiendo

riesgo intrínseco a la propia esencia del producto, por lo que no sería considerado un producto defectuoso²²².

Los Tribunales brasileños están en sintonía con las tendencias internacionales en esta materia y las acciones en su gran mayoría han sido desestimadas²²³. Generalmente se adopta el argumento de que no ha quedado comprobado el nexo de causalidad entre el humo y la enfermedad adquirida o, como cuestión antecedente, subráyase que el cigarro no constituye producto defectuoso, por lo que no verifica la ausencia del deber legal de informar. Mientras que en España la cuestión no se enfoca tanto en esta línea, en Brasil viene siendo analizada bajo la óptica del Derecho de Consumo²²⁴, sin que, sin embargo, exista consenso sobre la aplicación del plazo de prescripción²²⁵, si bien se encuentra pacificada, no está de todo claro.

Personalmente he tenido ocasión de juzgar una reclamación de esta naturaleza, en el marco de una demanda indemnizatoria ejercida por una consumidora de productos tabaqueros, la cual fue promovida en contra la compañía Souza Cruz, principal fabricante de

causar accidentes, de acuerdo a las expectativas legítimas de los consumidores y usuarios, como por ejemplo algunos objetos de uso doméstico y los pesticidas, incumbiendo al fabricante advertir a los consumidores de los riesgos; b) la peligrosidad adquirida – los productos se convierten en peligrosos en función de la existencia de un defecto, siendo la imprevisibilidad su rasgo fundamental; y c) la peligrosidad exagerada – cuando el producto presenta alto grado de nocividad o peligrosidad y la información adecuada no es suficiente para mitigar sus riesgos, como es el caso de un juguete que tiene grandes posibilidades de asfixiar un niño. (BENJAMIN, A. H. de V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R., *Manual..., op. cit.*, pp. 119-121)

²²² Véase la Sentencia del STJ de 15.12.2012, Recurso Especial nº 1197660/SP, 4ª Sala, Relator Min. Raul Araújo, publicada en DJU de 01.08.2012: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. TAGABISMO. EX-FUMANTE. DOENÇA E USO DE CIGARRO. RISCO INERENTE AO PRODUTO. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO PROVIDO. 1. "O cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço." (REsp 1.113.804/RS, Relator em. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 24/6/2010). 2. Recurso especial provido”.

²²³ MIGLIORA, BASTOS y FRANÇA afirman que hasta fecha de 2006 había aproximadamente 428 acciones enjuiciadas contra empresas de cigarrillos, de las cuales 203 habían sido juzgadas improcedentes o extintas con o sin análisis de mérito; tenían apenas ocho decisiones desfavorables, siendo que ninguna de esas era definitiva y en ninguno de estos casos han sido condenadas (MIGLIORA, L. G., BASTOS, F., FRANÇA, T. B., “As ações indenizatórias...”, *op. cit.*, pp. 30-65). En el año de 2010, comienzan a surgir decisiones definitivas en este sentido en el Superior Tribunal de Justicia desestimando las acciones, conforme consta de los Informativos 432 y 436 de aquel Tribunal (TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual..., op. cit.*, p. 219). Tales decisiones se basan básicamente en dos aspectos: a) la ausencia del nexo de causalidad entre el humo y la enfermedad adquirida; b) el no desconocimiento de los males del cigarro, por lo que no verificaba la ausencia del deber legal de informar.

²²⁴ Tenga o no relación directa con el Derecho de consumo, este asunto sigue teniendo trascendencia, teniéndose en cuenta, entre otros factores, el carácter dañino del tabaco y la multiplicación de las acciones intentadas en contra de dichas industrias tabaqueras.

²²⁵ El STJ viene aplicando el plazo de cinco años a las controversias relativas a las relaciones de consumo, cuyo precedente es la Sentencia dictada en el REsp 782.433-MG (Informativo STJ 366), iniciando la cuenta del plazo a partir del conocimiento del daño y de su autoría al amparo del art. 27 del CDC. La ventaja de la aplicación del CDC consiste en que la autora, desde el punto de vista procesal, podrá beneficiarse del mecanismo de inversión de la carga de la prueba, trasladándose al empresario la carga de probar el carácter no defectuoso del producto.

cigarrillos del país, en función de un enfisema pulmonar adquirido por el consumo de tabaco y, en particular, por el uso de cigarrillos supuestamente fabricados por la empresa demandada.

La cuestión litigiosa que se planteaba en la petición en principio, si el enfisema pulmonar podría haber sido adquirido como consecuencia del consumo continuado de sustancias químicas contenidas en el cigarrillo o tendría un origen genético o podría tener origen diverso, como resultante de múltiples factores.

En función de la complejidad de la materia y dado que es imprescindible la práctica de la prueba pericial en estos casos, con el fin de obtener un informe pericial médico sobre el caso, fue designado un perito en el curso del proceso para evaluar las causas que han podido producir la enfermedad, y en el caso de haber sido generada a consecuencia del consumo del tabaco, si era posible afirmar que fue el consumo de dicha marca de cigarrillos la causa concreta del enfisema pulmonar.

La acción fue desestimada en primera y segunda instancia, debido a la insuficiencia de pruebas, pues no habría resultado acreditado que la enfermedad tuviera su origen en el consumo de cigarros de la referida marca.

Cabe señalar, por último, que si bien no es fácil determinar con rigurosa exactitud que el factor desencadenante de la enfermedad haya sido el uso prolongado del cigarro, aunque el consumo de tabaco sea uno de los factores de riesgo que aumentan la posibilidad de desarrollar este tipo de cáncer, como bien señala Tartuce²²⁶, existen dolencias o enfermedades exclusivamente provenientes del tabaquismo, como es el caso del “síndrome de Buerger”, lo que parece evidente e incontestable el nexo causal en estos casos. Partiendo de la premisa de que el producto peligroso es defectuoso cuando causa daños al consumidor, el citado autor observa que, en el caso del cigarro, está presente un defecto de concepción, pues no tiene la virtud de evitar los riesgos a la salud y seguridad de los consumidores dentro de determinados estándares²²⁷. A eso propone una solución más pragmática, sosteniendo el hecho de que el principal argumento de los juzgados – el de la culpa exclusiva de la víctima –, es un sofisma jurídico que resulta completamente inocuo en los casos de fumadores pasivos (trabajadores de casas nocturnas y restaurantes), que se encuadran en el concepto de consumidor por equiparación o *bystander* (art. 17 del CDC), llegando a la conclusión de que el problema del cigarro debe ser resuelto por la “teoría del riesgo concurrente”²²⁸.

²²⁶TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 222.

²²⁷TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 223.

²²⁸TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 227.

En muchas ocasiones los elementos de prueba contenidos en los informes técnicos son insuficientes para inferir la causa de la enfermedad. El consumo continuado de tabaco es causa del cáncer de pulmón u otras enfermedades, pero no es el único factor desencadenante de la enfermedad, por lo que algunos consideran que no es posible llegar a una prueba concluyente de tal hecho, en el estado actual de la ciencia. Sin embargo, el planteamiento no solo tiene unos componentes contradictorios, sino que además está fundado en la premisa de que exista prueba concluyente y definitiva que permita señalar como causa de la enfermedad el uso continuo de cigarros de una determinada marca, por lo que deja prácticamente imposibilitado el manejo de la acción y se convierte en una prueba casi diabólica para él, imposible de lograr.

Debe entenderse, asimismo, que difícilmente vamos a encontrar una prueba concreta de que la enfermedad se produjo por el uso de cigarros de una determinada marca si desgraciadamente se entiende que tal prueba es imposible de ser llevada a cabo, o, dicho de otro modo, si se adopta como argumento jurídico, la imposibilidad técnica de producir tal prueba por el hecho de que aún no está comprobado por la medicina la causalidad necesaria, directa y exclusiva entre el tabaco y el cáncer, y que a la postre la ciencia no cuenta con los medios para viabilizar su producción. En este razonamiento hay desde luego una flagrante contradicción, pues equivale a ignorar por completo los males atribuidos al cigarro. De modo contrario, ¿de qué otra forma los jueces podrán estar en condiciones de realizar una valoración correcta de la misma?

Los magistrados se enfrentan a la hora de dictar sentencia a un dilema: o admiten la prueba pericial y con ello no llegarán a lugar alguno, o la niegan, y con ello también la prueba resultará insuficiente.

A parte de todos los factores de riesgo mencionados en relación al consumo de cigarro, dicho consumo puede inducir al vicio a las personas que nunca fumaron. Una de las claves de la cuestión consiste en inferir si la información presentada en el producto y en los informes publicitarios, en cuanto a los efectos nocivos del tabaco que produce en la salud y sobre todo la posibilidad de causar dependencia, es adecuada y completa o, por el contrario, no es suficientemente clara y por lo tanto engañosa, si no se advierte de estos riesgos.

En nuestra opinión, estamos en presencia de un evidente planteamiento difícil de subsanar, puesto que se trata de un tema con un alto nivel de complejidad (técnica y jurídica) lo que requiere un razonamiento jurídico profundo acerca de las causas que originaron los daños cuya indemnización se reclama, así como la identificación del criterio más adecuado

para la averiguación o constatación de la relación de causalidad, ya que la enfermedad puede tener un origen genético. Además, en estos casos hay que buscar, en aspectos de pruebas, la solución que parezca más equitativa para las partes en conflicto, valorando críticamente todas las posibilidades.

En materia de accidente de consumo en diferentes países abundan en la jurisprudencia de los tribunales y órganos judiciales de primera instancia distintas remisiones a hechos concretos y alusiones a casos cotidianos, orientadas desde diversas perspectivas. En este aspecto, resulta necesario resaltar que cuando se trata de productos defectuosos que afectan de forma indirecta o directa a la salud del consumidor o de la colectividad, el tema asume mayor relevancia.

CAPÍTULO III

RÉGIMEN JURÍDICO

1 DAÑOS AL CONSUMIDOR EN BRASIL

La normativa dirigida a la protección de los consumidores y usuarios está inspirada en el modelo europeo aunque con matices distintos, y es resultado de la confluencia de diversos textos normativos. De manera destacada, hay que subrayar la influencia que la Directiva 85/374/CEE²²⁹ ejerció en la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos teniendo influencia directa en la elaboración del texto legal.

Según la doctrina, el Código de Defensa del Consumidor es un microsistema jurídico interdisciplinar²³⁰, en tanto está integrado por un conjunto de normas y herramientas jurídicas específicas, todas ellas coordinadas entre sí, desarrolladas para la defensa del consumidor en los ámbitos legal y material.

El ordenamiento jurídico brasileño, al igual que España y otros países de la Unión Europea, también dispone de normas específicas dictadas para regular la responsabilidad civil por los daños causados al consumidor. Sin embargo, mientras en algunos países la normativa del consumidor se encuentra compilada en diversos textos legales, en Brasil, la legislación está condensada básicamente en un único diploma legal.

La legislación brasileña, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, adopta la responsabilidad objetiva, fundamentada en el riesgo decurrente de las actividades desarrolladas por las empresas que producen, importan, comercializan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios (riesgo empresarial), o sea, todos aquellos que forman parte de la cadena de distribución de los productos y ponen en el mercado productos de consumo, rompiendo con la vieja dicotomía entre las responsabilidades contractual y extracontractual²³¹. Al igual que en España, la legislación civil común se ha mostrado insuficiente e ineficaz a la hora de tutelar al consumidor o perjudicado en los litigios de daños causados por productos defectuosos adquiridos en un contrato de compraventa por lo que los remedios contractuales clásicos también se revelaron ineficaces para dar efectiva

²²⁹ Las Directivas 84/450 (publicidad) y 85/374 (productos defectuosos) del Derecho comunitario europeo fueran fuentes de inspiración del Código brasileño. A propósito, véase ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., p. 9.

²³⁰ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., pp. 37-38.

²³¹ DENARI, Z., Comentario al art. 11 CDC, em *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. et altri, op. cit., p. 155.

protección al consumidor²³². En primer lugar porque el proveedor solo respondía en el caso de dolo o culpa²³³, lo que prácticamente convertía inviable el resarcimiento del daño debido a la necesidad de demostrar la culpa del fabricante o proveedor con arreglo a los sistemas tradicionales. A parte de esto, al sufrir un daño causado por un producto defectuoso, el consumidor no disponía de la acción directa para demandar al fabricante, y, a la vista de este hecho, solo podría accionar judicialmente contra el vendedor, teniendo, además, que someterse a los plazos prescriptivos más reducidos establecidos en el Código Civil²³⁴.

Esta situación llevó a que los tribunales brasileños²³⁵, como ocurrió en España, pasasen a aplicar *de lege ferenda* soluciones alternativas para lograr una protección eficaz del consumidor en el contexto de la responsabilidad por productos.

El Código brasileño de defensa del consumidor supuso un salto cualitativo para el consumidor al transferir los riesgos provenientes del consumo de productos al proveedor. Dicha legislación impone la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos a los distintos intervinientes en la cadena de producción y distribución del producto: el fabricante, el productor, el constructor (nacional o extranjero) y el importador por los daños producidos a los consumidores por defectos resultantes del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o envase de sus productos. Igual responsabilidad tendrán si los daños son resultado de la insuficiencia o inadecuación de las informaciones concernientes a la utilización y riesgos de los productos.

Es importante señalar que la responsabilidad civil en el Código brasileño de defensa del consumidor está configurada en cuatro situaciones distintas: a) responsabilidad por el “vicio del producto”; b) responsabilidad por el “hecho del producto”; c) responsabilidad por el “vicio del servicio”; y d) responsabilidad por el “hecho del servicio”. En efecto, la legislación brasileña establece la responsabilidad por la fabricación del producto y por la prestación de servicios cuando haya vicios y cuando haya defectos.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, que solo se aplica a las relaciones entre consumidores y empresarios²³⁶, reglamenta la responsabilidad por el hecho del producto

²³² CAVALIERI FILHO, S., *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2006, 6. ed., p. 484.

²³³ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 496.

²³⁴ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 83.

²³⁵ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 83.

²³⁶ Las actividades empresariales engloban una variedad de actividades descritas en el CDC, en rol meramente ejemplificativo (*numerus apertus*) como actividad de producción, actividad de montaje, actividad de creación, actividad de construcción, actividad de transformación, actividad de importación, actividad de exportación y actividades de distribución y comercialización. (véase TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 69).

en el artículo 12 y por el servicio en el artículo 14. Los artículos 18 a 25 regulan la responsabilidad por el vicio del producto o servicio. El defecto del producto, se produce cuando el mismo no es adecuado para la finalidad prevista, existiendo un perjuicio en su aspecto económico, mientras que la responsabilidad por el hecho del producto se produce siempre que existan defectos en el objeto adquirido, produciendo daños físicos o psicológicos en el consumidor.

1.1 La responsabilidad objetiva en el CDC

El art. 12 estableció una regulación conjunta de la responsabilidad por productos defectuosos (accidente de consumo) y de la responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos. El primero de ellos, que es lo que interesa en definitiva, imputa responsabilidad objetiva o sin culpa al fabricante, al productor, constructor, nacional o extranjero y al importador, por los daños causados a los consumidores por defectos derivados del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o envase de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos²³⁷.

La legislación brasileña instituyó un régimen especial de responsabilidad objetiva y en este aspecto la legislación brasileña guarda perfecta concordancia con los modelos del derecho europeo y norteamericano. La responsabilidad es objetiva y solidaria, y va dirigida a proporcionar el efectivo resarcimiento del daño sufrido por parte de la víctima, por lo que se amplía el rol de legitimados pasivos, alcanzando a los proveedores que no han contratado directamente con el consumidor, lo que supone una ruptura del tradicional principio de la relatividad de los efectos del contrato²³⁸. Dicha responsabilidad civil está contemplada en el art. 12 del CDC en el que se prevé la responsabilidad del fabricante del productor, del constructor nacional o extranjero y del importador por el hecho del producto²³⁹, en los siguientes términos:

“El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero y el importador responden, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos resultantes del proyecto, fabricación, construcción, montaje,

²³⁷ El art. 14 del mencionado código atribuye idéntica responsabilidad al prestador de servicios.

²³⁸ LISBOA, R. S., *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, RT, São Paulo, 2006, 2. ed., p. 65, nota 34.

²³⁹ El proveedor de servicios también es objetivamente responsable por eventuales daños causados a los consumidores por los defectos relativos a la prestación de servicios, bien como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos, en los términos del art. 14 del CDC.

fórmulas, manipulación, presentación o envase de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”.

Una lectura precipitada del art. 12 del CDC podría conducir a una errónea comprensión o mala interpretación del ámbito protegido por el artículo en cuestión. Aunque se haga referencia a los “daños causados a los consumidores”, esto no significa que los terceros perjudicados estén fuera del alcance del ámbito de aplicación de esta norma. El deber de calidad y seguridad impuesto al fabricante/productor no es solo con el consumidor que adquiere directamente el bien, sino también con los terceros que vengan eventualmente a consumirlos. Por el contrario, teníamos tan solo una responsabilidad objetiva contractual²⁴⁰. También es extensiva dicha protección legal a todas las víctimas del evento²⁴¹, circunstancia ésta que se contempla expresamente en el art. 17: “Para los efectos de esta Sección, se equiparan a consumidores todas las víctimas del hecho”²⁴². En este precepto, que guarda concordancia con la filosofía y contenido del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la legislación brasileña equipara a los consumidores a todas las víctimas del evento, o sea, a cualquier afectado por el daño. Como puede verse, la definición expuesta tiene una acepción muy amplia y se extiende tanto al consumidor como al *bystander*, comprendiendo no solo al consumidor *stricto sensu*, sino también a los que lo son por equiparación, a consecuencia de los daños.

Tal como expone el art. 12 del CDC, cuando se refiere a la responsabilidad frente a daños por productos, la responsabilidad civil no abarca a todos los integrantes de la cadena de distribución, sino que apenas al “creador” del producto o de parte de él (el fabricante, el productor y el constructor), y, respecto al producto extranjero, al importador.²⁴³ Así que las personas que han intervenido posteriormente en la compleja cadena de promoción y distribución comercial no responden por los daños configuradores del hecho del producto²⁴⁴, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad por “vicios del producto” (arts. 18 a 25), que abarca un mayor espectro de personas, englobando no solo al fabricante, sino

²⁴⁰ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, *op. cit.*, p. 187.

²⁴¹ Sin esa equiparación, señala KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, *op. cit.*, p. 187, el tercero quedaría absolutamente desprotegido delante de los productos o servicios que le acarreasen daños, por cuanto solo le quedaría la opción de demandar al proveedor o fabricante con fundamento en el acto ilícito, por lo que, además del daño, también debería demostrar la culpa.

²⁴² Este artículo permite identificar un tercer concepto de consumidor, al que ya hemos hecho mención en la primera parte del trabajo.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, H., *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 8. ed. p. 357.

²⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, H., *Direitos do consumidor...*, *op. cit.*, p. 357.

también a los comerciantes que hayan promovido la colocación del producto en el mercado²⁴⁵. Sin embargo, es posible la aplicación del referido precepto (art. 12) en los casos donde más de un fabricante, productor o constructor haya intervenido en el proceso de elaboración del producto, configurándose la responsabilidad civil solidaria entre ellos (conforme a los arts. 7º, párrafo único, y 25, párrafo segundo)²⁴⁶.

Así pues, además de la hipótesis prevista en el art. 25, párrafo primero, Khouri²⁴⁷ añade una segunda hipótesis que autorizaría la responsabilización solidaria de otros proveedores que, aunque no hayan introducido en el mercado el producto final, proporcionaron piezas y equipamientos para su fabricación (se amoldan a esta definición las actividades de montaje en el supuesto de un accidente de consumo que haya sido causado por una pieza incorporada al producto, como, por ejemplo, el neumático de un coche). También son solidariamente responsables el fabricante, constructor o importador, de los daños causados por componentes y piezas del producto, “siendo el daño causado por componente o pieza incorporada al producto o servicio, serán responsables solidarios su fabricante, constructor o importador y aquel que haya realizado la incorporación.”

Por consiguiente, se puede afirmar que, en principio, el CDC establece la responsabilidad por el hecho del producto solamente para quien haya introducido el producto final en el mercado, con la puesta en circulación, alejando la responsabilidad del comerciante²⁴⁸, ya que es el fabricante quien introdujo en el mercado el producto por él fabricado y por lo tanto debe responder plenamente por todos los daños que ello cause.

Se contemplan por tanto tres categorías clásicas de proveedores²⁴⁹: a) el “proveedor real”, que comprende el fabricante, el productor y el constructor nacional o extranjero; b) el “proveedor aparente”, correspondiente a la persona física o jurídica que se presenta externamente al público como fabricante, poniendo su nombre o marca en el producto final; c) el “proveedor presunto”, que es el no importador del producto industrializado o *in natura*²⁵⁰.

²⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, H., *Direitos do consumidor...*, op. cit., p. 357.

²⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, H., *Direitos do consumidor...*, op. cit., p. 357.

²⁴⁷ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., p. 190.

²⁴⁸ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., p. 190.

²⁴⁹ DENARI, Z., Comentario al art. 12 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. et altri, op. cit., p. 161.

²⁵⁰ Como ha señalado MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*, Atlas, São Paulo, 2010, pp. 98-99, el objetivo de tal disposición es la facilitación de la defensa de los derechos de los consumidores eventualmente dañados por productos defectuosos por lo que no se exige de la víctima la identificación del proveedor real, conformándose la norma con la indicación del proveedor aparente. Ejemplo típico son las franquicias (*franchising*).

Por lo tanto, tal como señala la Directiva 85/374/CEE, en el concepto de productor están comprendidas todas las personas que participen del proceso de producción, el importador de un producto defectuoso, y toda persona que se presente como fabricante poniendo en el producto su nombre, su marca u otra señal distintiva.

De acuerdo con la definición legal recogida en el art. 3 del Código, el proveedor es “toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrolla actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”. Se trata de un concepto al que se llega por exclusión, es decir, descartando quien no puede ser considerado proveedor²⁵¹.

En este sentido, señala la doctrina brasileña²⁵², la definición de proveedor se distancia de la de consumidor, pues, mientras que éste último solamente se considera el destinatario final de los bienes y servicios, tal exigencia no se ajusta a la definición de proveedor, que puede ser el fabricante originario, el intermediario o el comerciante.

1.2 La responsabilidad del comerciante/vendedor

El Código brasileño de defensa del consumidor también concibe la responsabilidad del comerciante en supuestos de productos defectuosos como una responsabilidad por riesgo, objetiva o sin culpa.

El art. 13 del mencionado código atribuye responsabilidad subsidiaria, supletoria o suplementaria, al comerciante, al establecer que éste es igualmente responsable, en los términos del artículo 12, en tres situaciones distintas²⁵³: a) si el fabricante, constructor, productor o importador no puedan ser identificados; b) si el producto es ofrecido sin identificación clara de su fabricante, productor, constructor o importador; c) si no mantiene o almacena adecuadamente los productos.

Así, el art. 13 reconoce la responsabilidad subsidiaria o mediata del comerciante, atribuyendo al proveedor mediato, como ya hemos visto, la responsabilidad directa por los

²⁵¹ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., p. 45.

²⁵² ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., p. 45.

²⁵³ En Brasil, la legislación no contempla la hipótesis prevista en el art. 146 TR, según el cual “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 precepto, por el que se establece la responsabilidad directa del proveedor, el legislador español se ha apartado en este punto de la Directiva comunitaria (cf. PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 146 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, op. cit., pp. 1718-1719).

daños, puesto que la mayoría de las veces los defectos están relacionados con la fabricación del producto²⁵⁴ y además el comerciante no tiene control sobre la seguridad y calidad de las mercancías²⁵⁵, no pudiendo alterar ni controlar las técnicas de fabricación y producción. Sin embargo, aunque la redacción del artículo *a priori* pueda parecer clara, la naturaleza de la responsabilidad merece algunas matizaciones, no habiendo consenso en la doctrina acerca de ello, pues algunos la consideran subsidiaria²⁵⁶ y otros solidaria.

Lo primero que debe destacarse es que la responsabilidad del comerciante, en los casos de responsabilidad por daños causados por productos, en principio excluida por la circunstancia de que el fabricante (constructor, productor o importador) es el responsable directo, está condicionada como hemos dicho a algunas circunstancias previas expresamente contempladas en el art. 13:

a) *si el fabricante, constructor, productor o importador no puedan ser identificados* (producto anónimo). En la primera hipótesis, la responsabilidad se da en el caso de que el fabricante, constructor, productor o importador no puedan ser identificados, puesto que en estos casos el comerciante se convierte en el único proveedor accesible e identificable, a quien se podrá reclamar por los daños de los productos.

b) *si el producto es ofrecido sin identificación clara de su fabricante, productor, constructor o importador* (producto mal identificado). También responderá el comerciante en el caso de que el producto esté mal identificado, sin la identificación clara de su fabricante, productor, constructor o importador, como, por ejemplo, en el caso de venta de un vino sin rótulo.

c) *si no mantiene o almacena adecuadamente los productos* (producto percedero mal conservado). De conformidad con la tercera hipótesis, el comerciante será responsable por el incumplimiento de su deber de conservar adecuadamente los productos percederos. Tal situación puede ser ejemplificada a través del siguiente caso concreto: cuando el

²⁵⁴TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁵⁵CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 194.

²⁵⁶En este sentido se posiciona DENARI, Z., Comentario al art. 13 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. *et altri*, *op. cit.*, p. 172, para quien la responsabilidad del comerciante es meramente subsidiaria, pues los obligados principales son aquellos mencionados en el art. 12. En la misma línea de pensamiento, LISBOA, R. S., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 273; CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 194 y CAMARGO MANCUSO, R. de., *Manual do consumidor em juízo*, Saraiva, 3. ed., p. 87. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 110. BENJAMIN, A. H. V., *Manual...*, *op. cit.*, p. 133; RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 196 y SILVA NETO, O. C. da, *Comentários...*, *op. cit.*, p. 265, son de opinión contraria, sosteniendo que la responsabilidad del comerciante se equipara a de los demás responsables, pese a ser condicionada a las situaciones señaladas en la ley, con lo cual éste responde de forma indirecta o refleja.

supermercado apaga las neveras para ahorrar energía, causando estragos en los alimentos que posteriormente causarían daños en la salud de los consumidores. En los dos primeros casos, Melo²⁵⁷ señala que la responsabilidad del comerciante de producto anónimo (art. 13, I y II) tiene una naturaleza “coercitiva y sancionatoria”, por cuanto medio indirecto de obligar al comerciante a comunicar a la víctima la identidad del fabricante, productor o importador del producto; sancionatoria por si acaso no lo hubiera, sufrirá directamente los efectos de la responsabilidad por daño.

Por su parte, en lo referente a la responsabilidad proveniente de la guarda y conservación inadecuada de productos perecederos (art. 13, III), la previsión legal se funda en dos razones: o bien el comerciante deberá ser instado a responder por hecho propio, cuando haya sido negligente, no conservando adecuadamente el producto, o bien será responsable conjuntamente, ante la imposibilidad de exigir del consumidor investigar si el producto ha salido de fábrica deteriorado, si fue deteriorado en el transporte o en las instalaciones del comerciante.

Rizzatto Nunes²⁵⁸ plantea una cuestión que merece una reflexión: ¿cómo se puede saber que el producto se deterioró de hecho en poder del comerciante? En el caso de un lácteo fabricado por una multinacional, adquirido en una tienda y que viene a causar la intoxicación del hijo del comprador, es posible que el distribuidor tenga almacenado de manera inadecuada el producto, sin que el comerciante haya tenido conocimiento, o que el mismo haya sufrido deterioro durante el transporte, sea del fabricante para el distribuidor, sea del distribuidor para el comerciante, o aun que el producto se haya estropeado durante el transporte hecho por el propio consumidor. ¿Cómo saberlo? Tal ejemplo viene a demostrar la complejidad de la cuestión, sosteniendo el mencionado autor que en caso de duda sobre el momento y lugar en que ocurrió el deterioro del producto perecedero, el consumidor podrá demandar al comerciante o fabricante, productor o importador²⁵⁹.

Sanseverino²⁶⁰ para estos supuestos sostiene que el comerciante y el fabricante son solidariamente responsables, pudiendo ser encausados de manera simultánea por el perjudicado. El fabricante, por su parte, no se eximiría de su responsabilidad por tal

²⁵⁷ MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor...*, op. cit., p. 100.

²⁵⁸ RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso...*, op. cit., p. 337.

²⁵⁹ RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso...*, op. cit., p. 338.

²⁶⁰ SANSEVERINO, P. de T. V., *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 183.

circunstancia, ya que el comerciante no es considerado tercero, sino que es parte activa del ciclo productivo recorrido por el producto hasta llegar a su destinatario final.

En el caso de que la responsabilidad del proveedor esté debidamente individualizada con la colocación del producto en el mercado no se podrá hablar de responsabilidad del comerciante.

La doctrina mayoritaria entiende que, a diferencia de los fabricantes y demás profesionales que integran la cadena de producción, la responsabilidad del comerciante es subsidiaria, pues solo se recurre a ella en situaciones excepcionales. Por otra parte, también se ha matizado²⁶¹ que la responsabilidad subsidiaria presupone la obligatoriedad de previa ejecución de los obligados principales, anteriormente al comerciante, pero en este caso más bien se trata de responsabilidad directa del comerciante – ya que no es necesario accionar primero a los proveedores del art. 12 y solamente después accionar al comerciante –, sea porque en las hipótesis de los incisos I y II no habrá como responsabilizar al proveedor, sea porque en la hipótesis del inciso III el daño es de su exclusiva responsabilidad.

Otros autores han sostenido que la responsabilidad del comerciante es solidaria, pues, por lo que se evidencia en el art. 13 del CDC, el comerciante “es igualmente responsable”, en los términos del artículo 12, con lo cual éste respondería solidariamente con el fabricante, el productor, el constructor y el importador²⁶².

En este orden de ideas, merece destacar la opinión de Khouri²⁶³. El autor razona que la única hipótesis en que, en algunas situaciones, puede no tratarse propiamente de responsabilidad subsidiaria, sino de responsabilidad solidaria, tanto del productor como del comerciante, es cuando éste “no mantenga o almacene adecuadamente los productos perecederos”, y que con su conducta negligente está produciendo el daño al consumidor, por lo que será responsable por fuerza de lo dispuesto en el art. 25, párrafo primero, del CDC: “Habiendo más de un responsable de causar el daño, todos responderán solidariamente por la reparación prevista en esta sección y en las anteriores”. Siguiendo el argumento de este autor, en el caso de que el comerciante no haya recibido las instrucciones correctas sobre la conservación del producto, y por ese motivo el consumo del producto viene a causar daños, el comerciante responderá como responsable subsidiario, y no como responsable solidario.

²⁶¹ GARCIA, L. de M., *Direito do consumidor*, Niterói, Impetus, 2007, 3. ed., p. 63.

²⁶² En este sentido, BENJAMIN, A. H. V., *Manual...*, *op. cit.*, p. 133; RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 196 y ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁶³ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, *op. cit.*, p. 190.

La doctrina sostiene, en este caso, la existencia de una “solidaridad imperfecta”²⁶⁴, puesto que, tras el resarcimiento integral al consumidor, por cualquiera de los demandados, no se regula una división proporcional del valor indemnizado. Cada responsable debe responder ante el que efectuó el pago, por su correspondiente participación en la causación del evento (art. 13, párrafo único, del CDC), es decir, en las relaciones internas entre los proveedores, el derecho de regreso será ejercido en la medida de nexo causal de cada uno de los involucrados en el “accidente de consumo”²⁶⁵.

Sin embargo, a pesar de que el Código garantice el derecho de regreso en estas situaciones legales, tal derecho solamente podrá ser ejercido fuera del ámbito legal de protección del consumidor²⁶⁶, ya que entre los proveedores no hay relación de consumo²⁶⁷. En consecuencia, el régimen aplicable es el del Código Civil.

Por último, debe hacerse constar que la norma en la que se establece la responsabilidad objetiva por hecho del producto o del servicio tiene naturaleza imperativa y, en consecuencia, no permite la inclusión de estipulación contractual que imposibilite, exonere o atenúe la obligación de indemnizar (art. 25), tales como las denominadas cláusulas de no indemnizar²⁶⁸ eliminando la posibilidad de cualquier tipo de acuerdo entre las partes que contravenga los criterios legales.

1.3 Defecto del producto en el Código Civil

Es conveniente reiterar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor brasileño, solo se aplica a las relaciones entre consumidores y empresarios. Sin embargo, tras la entrada en vigor del Código Civil de 2002, el tema fue objeto de un nuevo tratamiento legal, puesto que se permitió la aplicación de la responsabilidad objetiva a otros supuestos de accidentes causados por defectos de productos que no podían ser enmarcados estrictamente en el CDC.

²⁶⁴ CHAVES DE FARIAS, C., ROSENVALD, N., *Direito das Obrigações*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, 4. ed., p. 261.

²⁶⁵ CHAVES DE FARIAS, C., ROSENVALD, N., *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 261.

²⁶⁶ GRASSI NETO, R., “Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva nas relações de consumo”, en *Temas atuais de responsabilidade civil*, coord. Gavião de Almeida, Atlas, São Paulo, 2007, p. 139.

²⁶⁷ LISBOA, R. S., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁸ El art. 12 de la Directiva de 1985 establece: “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”.

En efecto, el art. 931 del Código civil señala que los empresarios individuales y las empresas responden con independencia de culpa por los daños causados por los productos puestos en circulación, salvo los casos previstos en ley especial.

Como punto de partida se puede afirmar que, conforme señala la doctrina²⁶⁹, en este caso no hay *bis in idem* por cuanto, aunque disciplinen materia común, cada uno tiene su propio campo de incidencia. Cuando se trate de daños ocurridos en una relación de consumo, la norma aplicable será la del art. 12 del CDC, en virtud del principio de la especialidad. A la inversa, no existiendo relación de consumo, se aplica el art. 931 del Código civil, cuyo espectro es más amplio, pues amplía el concepto de hecho del producto plasmado en el art. 12 del CDC. Incluso se menciona, como ejemplo, el caso de la explosión de un depósito de fuegos de artificio (por defecto del producto en algunos de los artefactos) que, aunque no haya causado la muerte ni lesiones a una persona, ha producido perjuicios al propietario. Con este nuevo marco legal, la responsabilidad del proveedor frente al distribuidor, que antes era subjetiva, pasó a ser objetiva²⁷⁰.

Por lo que se ha dicho queda claro que el art. 931 del Código civil no aleja el régimen legal del CDC, sino que a la luz de la teoría del “diálogo de las fuentes” es posible buscar una sintonía, en una interacción de complementariedad, entre los dos códigos²⁷¹.

2 LA REGLA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

En el ámbito de la responsabilidad por productos, en principio, la responsabilidad es únicamente del productor, a lo que habrá que añadir al importador y al suministrador en los casos previstos por la norma. Puesto que el suministrador es considerado productor, en el supuesto de que este último no pueda ser identificado, mientras que los productores son los que responden con todas las consecuencias, la responsabilidad del suministrador ha sido calificada por el TJCE como limitada o como subsidiaria²⁷². Además, de todo lo dicho anteriormente, aunque no se le pueda considerar como productor, responderá como tal, el

²⁶⁹ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, pp. 197-198.

²⁷⁰ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 198.

²⁷¹ TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 179. En el mismo sentido, GODOY, C. L. B. de, Comentario al art. 931 CC, en *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coord. Peluso, Manole, São Paulo, 4. ed., pp. 926-928, quien sostiene que el Código Civil no adoptó la teoría del riesgo integral, sino que del riesgo de la actividad, por lo que no dispensa la existencia del defecto del producto para que la responsabilidad tenga lugar. Se trata por lo tanto del riesgo inherente a la colocación del producto en el mercado con peligrosidad adquirida.

²⁷² AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1187.

suministrador cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 del TR), configurándose en este caso una responsabilidad por dolo no prevista por la Directiva²⁷³.

Entre tanto, no está permitida la demanda conjunta y simultánea a todos los posibles responsables, salvo efectiva concurrencia en la producción del daño. Este entendimiento ha quedado reflejado en la STS 4.10.1996 (ROJ 1996, 5293), en un caso de explosión de una botella en la que se demanda al fabricante y al suministrador, donde el TS entiende que no cabe demandar conjunta y simultáneamente a todos los posibles responsables, a menos que exista un principio de prueba sobre la concurrencia en la realización del daño²⁷⁴, quedando todavía la posibilidad de que “el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos reclamando la reparación del daño en su integridad como le autoriza el artículo 1.144 del C. Civil, lo que excluye cualquier situación de litisconsorcio, sin perjuicio de las acciones de repetición entre los obligados”²⁷⁵.

El fabricante del producto final “responde aun cuando el defecto provenga de alguno de los elementos integrados en el producto”²⁷⁶, así que el perjudicado puede dirigirse contra el productor del producto terminado sea por considerársele responsable del producto final, sea por considerársele responsable solidario, debiendo responder del daño sin perjuicio de la acción de repetición contra el fabricante del elemento defectuoso.

Para garantizar adecuadamente la defensa de los consumidores, el art. 132 del TRLGDCU recoge una regla anteriormente establecida, la cual permite a la víctima dirigir la reclamación judicial contra cualquiera de los agentes responsables (cualquiera de ellos) o contra todos a la vez, cuyos antecedentes legislativos se encuentran ubicados en el art. 7 de la Ley 22/1994 y en el art. 27.2 de la LGDCU (en lo relativo a la responsabilidad por servicios).

Cabe señalar que la responsabilidad solidaria ya estaba prevista en el artículo 27 de la LCU, así como en la Ley 22/1994, pero, como ya se ha dicho, la LCU estableció la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la fabricación y distribución de un producto defectuoso²⁷⁷.

²⁷³ AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1188.

²⁷⁴ AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1180.

²⁷⁵ AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1180.

²⁷⁶ AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1180.

²⁷⁷ “Por otro lado, mientras que la LGDCU había permitido la condena solidaria de todos los sujetos implicados en la distribución de los productos (fabricante, importador, vendedor o suministrador, tenedor de productos a granel, firma o razón social que figurase en la etiqueta, presentación o publicidad), la LRPD sólo contempla la responsabilidad del fabricante o importador, al tiempo que regula con carácter excepcional los supuestos de responsabilidad del proveedor (cuando no identifica al fabricante/importador o suministra el producto a

De este modo, el art. 132 establece con carácter general la solidaridad entre las diferentes personas que concurrieran a la producción del daño: *“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”*.

Así pues, en el caso de que sean varias personas responsables del mismo daño, la responsabilidad será solidaria.

Así es que, en materia de responsabilidad del fabricante, el art. 132 del TRLGDCU determina que si el daño resulta del vicio o riesgo de la cosa, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa, responsabilidad esta que es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan.

Por ello, “conforme a lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código Civil, el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de los responsables o contra todos simultáneamente, sin que las reclamaciones entabladas contra uno sean obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra las demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”²⁷⁸, o sea, el consumidor podrá dirigir su reclamación indemnizatoria indistintamente a uno o a otro, o contra ambos a la vez, sin que exista sin embargo una situación “litis consorcial” que obligue al perjudicado a demandar a todos ellos.

El legislador español, consciente de la dificultad de identificar causante del daño y de la estrecha relación existente entre los distintos sujetos involucrados, ha optado por establecer la responsabilidad solidaria de todos los agentes que intervienen en la cadena de producción y distribución de bienes y servicios. Por lo tanto, el consumidor puede dirigir su reclamación contra el fabricante o si este es de otro país, contra el importador del producto, o, en algunos casos, contra el proveedor.

La finalidad de la regla establecida en el precepto, es la de facilitar la reclamación de la víctima, que puede así dirigirse indistintamente contra cualquiera de los agentes responsables, o contra todos simultáneamente, para obtener la indemnización correspondiente.

La solidaridad entre los responsables de un daño se ha convertido en un principio fundamental en materia de responsabilidad.

sabiendas del defecto)”. (VAQUERO PINTO, M. J., “Responsabilidad por servicios defectuosos”, en *Estudios...*, op. cit., p. 607).

²⁷⁸GARCÍA GIL, F. J., *Suma de la Protección y defensa de los derechos de los consumidores*, DAPP, Publicaciones Jurídicas, Navarra, 2007, p. 142.

Esta regla sancionada en el TRLGDCU confiere una mayor protección a las víctimas del daño por lo que se recurrirá a esta regla para tratar de compensar así las eventuales dificultades que pueda sufrir el perjudicado a la hora de interponer una acción judicial con arreglo a lo dispuesto en el art. 128 TRLGDCU, siempre que sea posible, la reparación solidaria del daño. Son varias las razones que justifican la aplicación de la solidaridad: a) posibilita a los consumidores que obtengan la justa y total indemnización de cualesquiera de los que se benefician de las ganancias de la actividad productiva; b) compensación de la situación de desigualdad de los consumidores frente a ciertas empresas y las dificultades que se pueden presentar a la hora de reclamar la totalidad del daño causado sobre todo cuando uno de los sujetos pasivos no es fácilmente identificado; c) permite mayor agilidad en los trámites procesales de los consumidores perjudicados, evitando que tengan que dirigirse a un posible fabricante desconocido o extranjero²⁷⁹.

Esto no significa en absoluto que la víctima pueda o deba exigir la reparación de cualquiera de los sujetos mencionados en el art. 138 del TRLGDCU, salvo que alguno de estos sujetos sean igualmente responsables, y cita como ejemplo el productor aparente y el productor real, o el productor de parte componente y del producto acabado; o, incluso, el fabricante y el suministrador doloso²⁸⁰. De no ser esto así, no tiene sentido que todos los sujetos mencionados en la norma sean igualmente responsables del mismo daño. Existe además el derecho de repetición, es decir, contempla en la ley el derecho de repetición de los agentes responsables directos frente a los demás.

Sabemos que no resulta muy evidente la contribución de cada uno de los coautores, el perjudicado tendrá mayor riesgo de desestimación de la demanda, si todos ellos no estuvieren participando en el proceso (cuando los agentes responsables son dos o más y uno solo es demandado), ya que el demandado podrá exonerarse de responsabilidad mediante la invocación y acreditación de alguna de las causas de exoneración de responsabilidad enunciadas en el art. 140 del TRLGDCU.

El tema de la responsabilidad solidaria, en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, a la hora de depurar las posibles responsabilidades, suscita algunas cuestiones interesantes de más trasfondo, tanto de orden procesal como sustantivo. Y se plantea, por ejemplo, si resulta aplicable la solidaridad del art. 132 del TRLGDCU cuando el

²⁷⁹ GARCÍA GIL, F. J., *Suma...*, *op. cit.*, p. 142.

²⁸⁰ PARRA LUCÁN, M. A., *Comentario al art. 132 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 1642.

suministrador ha desencadenado o agravado el defecto, si el defecto existía en el momento en que se puso en circulación el producto, ya que la responsabilidad del suministrador debe fundarse en las reglas generales de responsabilidad civil.

Por lo tanto, la protección del consumidor frente al fabricante depende lógicamente de su correcta identificación. Así pues, cuando el fabricante y el importador no puedan ser identificados por el perjudicado, responderá la persona que hubiera suministrado o facilitado el producto (art. 4). El TRLGDCU delimita los casos en los que el suministrador ha de responder. A tenor de los preceptos citados, hay dos supuestos que permiten evaluar en qué medida podría producirse la responsabilidad del suministrador. En primer lugar, los suministradores responderán por los daños si los perjudicados no han podido identificar al fabricante y al importador. En virtud de esta situación, no queda otro remedio al perjudicado que dirigir el ejercicio de la acción a los responsables del suministro del producto. En segundo lugar, asume el suministrador, frente a terceros, la responsabilidad por los daños causados por el producto vendido cuando “haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto”.

En la SAP de la Coruña, de 23 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 74996), se aborda el tema de la responsabilidad del suministrador. En este supuesto, según se desprende de la relación de hechos de la demanda, el demandante alegaba haber sufrido como consecuencia de la ingesta del contenido de una botella de agua mineral que fue servida en la mesa donde estaba comiendo. Se desestima la demanda al no existir suficientes pruebas de que el establecimiento demandado tenía conocimiento de este hecho, limitándose a poner a disposición del cliente un producto aparentemente normal sin que su actuación pudiera considerarse generadora de un riesgo de contaminación del agua. Finalmente, se afirma que la responsabilidad del suministrador respecto de los daños causados por el producto defectuoso se ciñe al supuesto de suministro “a sabiendas de la existencia del defecto”.

De cualquier modo, tal y como está previsto en la Directiva, la responsabilidad de los sujetos responsables es solidaria y objetiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 132 TRLGDCU.

Por ello, las personas responsables del mismo daño lo serán solidariamente ante los perjudicados, pero la Ley reserva al que hubiera respondido ante el perjudicado el derecho a repetir frente a los otros responsables, teniéndose en cuenta el grado de su participación en la causación del daño.

El art. 132 TRLGDCU reproduce casi literalmente el art. 7 de la LRPD²⁸¹, estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en el proceso productivo en materia de responsabilidad por razón de productos defectuosos. Aunque *a priori* el perjudicado pueda dirigir el ejercicio de la acción contra cualquiera de los presuntos responsables (art. 143), el art. 132 TRLGDCU, precitado, señala también que las personas responsables por daños causados por productos defectuosos “pueden alegar que fue la intervención de un tercero la que la causó y en este caso, deberán responder frente a la víctima, pero podrán dirigirse, posteriormente y en vía de regreso, contra el tercero”.

Sin duda la cuestión más candente de la responsabilidad solidaria emerge en los “supuestos mixtos”, esto es, cuando se suministra un producto defectuoso en la prestación de un servicio²⁸².

Desde otra perspectiva, puede afirmarse que es difícil determinar la responsabilidad cuando son varios los sujetos involucrados en un supuesto de daños causados por productos, por lo que la regla de la solidaridad se convierte en un instrumento jurídico mejor adaptado a las necesidades de los consumidores y usuarios.

3 CARGA DE LA PRUEBA

Como hemos señalado al principio, el tema de la responsabilidad civil por productos defectuosos puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, tanto por la óptica de la prevención como por la óptica de la reparación.

Sin embargo, uno de los temas de mayor relevancia es el de la carga de la prueba, desde el punto de vista de la valoración probatoria, y que por supuesto está directamente vinculado con la persecución de la reparación o indemnización civil del daño, al momento de reflexionar y replantear conceptos, en lo referente a los daños causados por productos. Este tema es algo que siempre se ha discutido tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, y en materia de responsabilidad objetiva, va a tener mayor importancia por lo complicado y lo

²⁸¹ Art. 7 LRPD: “Las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente”.

²⁸² PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 132 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 1643.

complejo que suele ser a veces para un consumidor la comprobación del defecto del producto y, por consiguiente, la comprobación del propio daño²⁸³.

El ordenamiento jurídico español permite la inversión de la carga de la prueba en determinados supuestos para asegurar y facilitar la tutela judicial en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Sin lugar a dudas, uno de los temas de mayor relevancia y aportación práctica en el ámbito de la responsabilidad por productos es el relacionado con la carga de la prueba. Además de su aportación práctica, permite entender los mecanismos de valoración de la prueba que el juez tendrá en cuenta al momento de emitir la sentencia.

Debemos recordar que el *onus probandi*, es decir, la obligación legal de acreditar los hechos que originan la obligación de reparar los daños causados, es de quien afirma. Esta es la regla general prevista en el art. 217 LEC y que sirve para formar la convicción del juez al momento de pronunciar el fallo; sin embargo, teniendo en cuenta el legislador de que no siempre el consumidor de un producto o usuario de un servicio disponen de condiciones técnicas de comprobar o demostrar en juicio la verdad de lo que afirma, como suele ocurrir en materia de daños que se hayan producido por productos defectuosos, se ha creado, dada la insuficiencia demostrada y ante la abrumadora superioridad del empresario, este mecanismo en la ley con la finalidad de facilitar la prueba de dichos hechos y lograr el equilibrio jurídico procesal que debe existir entre las parte con el fin de garantizar la adecuada protección del perjudicado, siendo suficiente a los efectos de dicha comprobación que se demuestre la acción u omisión, el nexo causal y el daño, quedando a cargo de la parte demandada demostrar que el hecho dañoso se produjo por culpa exclusiva de la víctima u otra causa de exclusión de la responsabilidad. Es decir, se exonera a la víctima de la acreditación de la culpa del agente dañoso.

En principio, como es sabido, la carga de la prueba, hasta por una cuestión de lógica, corresponderá al que afirma (autor demandante) no al que niega. Es decir, la carga de la prueba incumbe al que afirma un hecho no reconocido por el demandado. Tratándose de hecho constitutivo, compete a la parte que lo alega, probar su existencia (*onus probandi incumbit actori*), acreditando los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas. En el Derecho español, la carga de la prueba de los hechos constitutivos

²⁸³ Como señala LARROSA AMANTE, M. A., *Derecho de Consumo...*, *op. cit.*, p. 221: “El consumidor es la parte más débil y se enfrenta a una prueba diabólica del defecto frente a la complejidad de los procesos técnicos de fabricación, por eso es el fabricante quien tiene que acreditar que el producto fabricado es idóneo [...]”.

corresponde al actor, y la de los hechos impeditivos, extintivos o enervatorios, al demandado. Así, por ejemplo, si alguien alega ante los Tribunales, un hecho que puede implicar indemnizaciones a la otra parte conforme a la regla general del art. 1.902 del Código civil español, debe acreditar este hecho, en virtud de la carga probatoria que le compete, que es proveniente del principio dispositivo y su corolario de aportación de parte.

Por consiguiente, a falta de pruebas efectivas sobre los hechos a que hace referencia la acción en el relato fáctico a la que se refiere el fundamento jurídico, es decir, frente a los hechos inciertos, dudosos o simplemente no probados por los litigantes, el juez o tribunal, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, debe desestimar la demanda interpuesta por el demandante, por lo que van a ser muy importantes las pruebas que aporten las partes a los autos.

Cuando las pruebas son débiles o los argumentos no son suficientemente sólidos, es decir, en el caso de insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de elementos para acreditar la posible responsabilidad del demandado en la producción de un daño causado por un producto defectuoso, los hechos no resultan probados, por lo que la acción no podrá prosperar.

Por su parte, compete a la parte demandada, como veremos, probar, en cada caso concreto, los hechos impeditivos, extintivos o enervatorios del derecho, esto es, los que obstaculizan el reconocimiento de la pretensión contraria llevando a su necesaria desestimación (art. 217.3).

Como bien ha señalado la doctrina, “los procesos de consumo no son ajenos a lo que es el funcionamiento general de alegación y prueba de hechos. Será necesario que resulten probados los hechos que la parte alegue, si no quiere sufrir las consecuencias negativas que ello le acarrearía”²⁸⁴. Pero, además de eso y como si esto no fuera suficiente, “no debe perderse de vista que la propia dinámica de los actos de consumo dificulta en muchas ocasiones su prueba”²⁸⁵, lo que se convierte en un auténtico problema para el consumidor.

Sin olvidar que la carga de la prueba recae sobre quien afirma, no hay que perder de vista el hecho de que “las relaciones jurídicas en las que se encuentran normalmente implicados los consumidores y usuarios están caracterizadas principalmente por la

²⁸⁴SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 283.

²⁸⁵ Para poner un ejemplo, SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”, en *Tutela de los consumidores...*, p. 283, menciona “el mal hábito de no exigir el justificante de compra, o en el de deshacerse de él apenas lo tenemos en nuestro poder”. Aun añadiríamos, en el ámbito de los viajes combinados, las dificultades que entrañan la prueba del contenido del equipaje en caso de pérdida o avería del equipaje facturado.

desigualdad real de su posición frente a la contraparte”²⁸⁶. Esta afirmación sirve para ratificar la situación desprotegida en la que se encuentran y refleja la dificultad que supone acreditar, en muchos casos, la existencia de un defecto en el bien o servicio prestado, como suele ocurrir con los productos consumibles.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, la inversión de la carga de la prueba en supuestos de producto defectuoso asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos, puesto que el consumidor a menudo no dispone de medios – en gran parte por no tener las condiciones técnicas necesarias – para demostrar en juicio los daños ocasionados por el uso de un producto con deterioros, desperfectos o irregularidades o, lo que es peor, para hacer prueba negativa de que el producto no ha sido damnificado por el mal uso o sin conformidad con las instrucciones del mismo²⁸⁷. En esta condición, casi siempre tendrá que acudir a un experto que le ayude a solucionar el problema y esto en muchos casos le presupone un gasto muy costoso añadido a raíz del desembolso de los honorarios profesionales. Los empresarios, por el contrario, se encuentran en mejores condiciones de evaluar tales hechos, sobre todo si los daños se deben a un defecto de origen del bien, incluso si, a pesar de la información suministrada, el consumidor hace un uso incorrecto, y viene a sufrir un daño.

Precisamente por esta razón, para evitar estas distorsiones y dirimir las diferencias inherentes a las partes, se establece la regla de la inversión de la carga de la prueba. La regla de la inversión de la carga de la prueba permite equilibrar estas descompensaciones porque de lo contrario, si no se asegura la paridad de armas, la protección legal quedaría muy minimizada, el consumidor quedaría prácticamente indefenso y consecuentemente a los afectados no les quedarían otro remedio sino conformarse a los daños sufridos.

Esto no significa decir en absoluto que no se esté dando tratamiento homogéneo a las partes litigantes, sino que se transfiere al demandado, que es la parte más fuerte de la relación, por los motivos ya expuestos, la obligación de probar que el daño no se produjo por defecto o imperfección del producto. En pocas palabras, lo que hace la ley es establecer una distribución equitativa del *onus probandi*, estableciendo que en estos casos, la carga de la

²⁸⁶ Como ha señalado SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”, en *Tutela de los consumidores...*, p. 286: “No es lo mismo aplicar la normativa sobre carga de la prueba a dos partes entre las que existe una cierta igualdad, p. e., un consumidor y un pequeño comerciante, que hacerlo entre aquél y una gran empresa o una multinacional”.

²⁸⁷ Es importante señalar que la nocividad puede ser resultante del mal uso del producto, por falta, insuficiencia o inadecuación de información y, en este caso, subsiste la responsabilidad del fabricante por eventuales daños. (cf. DENARI, Z., Comentario al art. 8 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. *et altri*, *op. cit.*, p. 144).

prueba corresponde al empresario, que es el que se beneficia de la actividad empresarial²⁸⁸, el que tiene la dirección y control de la actividad empresarial, y por tanto le es más fácil realizar la prueba de su correcto proceder en forma diligente en el cumplimiento de sus obligaciones al poner el producto en el mercado.

El art. 139 TRLGDCU consagra el principio de la inversión de la carga probatoria como criterio de valoración de la prueba estableciendo la siguiente regla: “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”.

La mencionada disposición, que aparece por primera vez en la Directiva 85/374/CEE, es una reproducción del art. 5 de la derogada Ley 22/1994, y que ahora ha sido refundida en el TRLGDCU, impone la regla de que “la víctima no debe individualizar acciones ni omisiones en el proceso de elaboración o de distribución del producto que le ha causado el daño”²⁸⁹, es decir, para que su reclamación sea estimada, no hace falta identificar la causa o el origen del defecto del producto.

Sin embargo, la víctima no solo debe probar el daño cuya reparación reclama, sino que debe demostrar que ese daño ha sido producido, justamente, por el carácter defectuoso del producto, lo que ha sido calificado por la doctrina como “la prueba de la relación de causalidad entre el defecto y el daño”²⁹⁰.

Tal como se puede apreciar en la redacción que señalamos, la regulación de la inversión de la carga de la prueba para el caso de daños por productos trata de facilitar la carga de la prueba de los hechos susceptibles de consideración judicial en la sentencia, pero es importante subrayar que no exige que la víctima deba probar una relación de causalidad entre

²⁸⁸ Pone de relieve PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos...*, *op. cit.*, p. 252, que “la prueba de la culpa del fabricante por parte del consumidor o usuario víctima de un daño resulta extremadamente difícil. El desconocimiento de los complejos procesos de producción y distribución impiden cualquier prueba a este respecto. Por otra parte, la actual producción en masa conlleva necesariamente determinados artículos defectuosos, cuyo resultado es inevitable. Cuando el daño es consecuencia de un defecto de este tipo, conexo a la producción industrializada en serie la prueba de la falta de diligencia por parte del fabricante se hace, no ya difícil, sino más bien imposible”.

²⁸⁹ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 139 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 1690.

²⁹⁰ Véase, por todos, PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 139 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 1692. Bajo la vigencia de la Ley 22/1994, RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 99, ha señalado: “Hay por tanto un doble nexo causal, el primero entre el daño y el defecto del producto y el segundo entre el producto defectuoso y la actividad del fabricante”. En cuanto al primer nexo causal, conforme a la exégesis del artículo 5 de la derogada Ley, corresponde al perjudicado probarlo. En cuanto al segundo nexo causal, “el perjudicado, según se deriva de lo dispuesto en la ley, no ha de probar la existencia del nexo causal entre el defecto del producto y la actividad del fabricante” (*idem*, p. 103). Así, como señala VEGA GARCÍA, F. L. de la, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 95, “podría existir una relación de causalidad entre el daño y el producto, pero no entre aquél y el defecto”.

la actividad del demandado y el defecto, aunque no prescinda de esta relación de causalidad²⁹¹, ya que deja a cargo del productor la prueba de que el producto salió de sus manos en perfectas condiciones, en concordancia con lo dispuesto en el art. 140.1.a) y b) del TRLGDCU.

De conformidad con lo establecido en el art. 139 del TRLGDCU, la comprobación del defecto es requisito ineludible de la responsabilidad, así que lo primero que deberá acreditar el perjudicado es el defecto, sin perjuicio de la acreditación del daño, y del nexo causal existente entre ambos, por lo que pesa sobre el perjudicado esa triple carga probatoria²⁹², a quien corresponde acreditar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre ambos.

Conviene recordar que la sujeción a criterios de imputación de carácter objetivo o, si se prefiere, cuasi-objetivo, no obstante, no exime de la obligación de acreditar la existencia de los hechos que prueben la inexcusable relación causal entre la acción u omisión del agente y el resultado lesivo producido. Debido a tal circunstancia, la comprobación del nexo causal cobra mayor protagonismo en el sistema de responsabilidad por los daños de productos en detrimento de la tradicional culpa, convirtiéndose en elemento esencial de la existencia y configuración de la responsabilidad²⁹³. Por ello, de manera distinta a la prevista en la LGDCU²⁹⁴, el perjudicado que pretenda la reparación de los daños causados está obligado no solo a probar el daño y el defecto del producto, sino también el nexo o relación de causalidad entre ambos.

A menudo se afirma que la relación de causalidad es el presupuesto más difícil de probar²⁹⁵. Es cierto que, a diferencia de los servicios que corresponden a una actividad, los productos son tangibles y la tangibilidad del bien afectado puede facilitar la prueba de la

²⁹¹ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 139 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, p. 1693.

²⁹² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 137.

²⁹³ Como ha señalado PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos...*, *op. cit.*, p. 218, “la inversión de la carga de la prueba sólo alcanza al elemento de la culpabilidad, ya que para la imputación de responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (objetivo o subjetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (STS de 30 de junio de 2000, entre otras)...”. No obstante y pese a la referencia legal expresa a la prueba del defecto o del nexo causal, “no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar su clase”.

²⁹⁴ Una de las razones por la que se ha dicho que la LGDCU suponía mayor protección. Véase MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 80.

²⁹⁵ Por tanto, como señala la Sentencia de la AP de Soria de 5 de julio de 2007 (JUR 2008, 103389), “es necesario acreditar el defecto del producto, y la presencia de una relación de causalidad entre el defecto y el daño reclamado”.

existencia del defecto, lo que favorece que la acción pueda ejercitarse con relativa facilidad²⁹⁶, pero aun así puede exigir grandes dificultades a la hora del interesado acreditar la condición del producto y la existencia del defecto²⁹⁷. Y este es precisamente el principal problema que subyace detrás del tema, lo que se convierte en el centro neurálgico del litigio.

Piénsese, en particular, en los daños causados por la explosión de botellas de bebidas o de accidentes provocados por explosión de cohetes/fuegos de artificio, donde no hay posibilidad de realización de pericia en el objeto causador del daño²⁹⁸. En estos supuestos salta a la vista la dificultad que entraña la prueba del defecto. Sin la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, la defensa del consumidor resultaría muy difícil, por no decir totalmente imposible.

Tal como se ha señalado en la doctrina científica, el sujeto perjudicado por los daños y perjuicios que se han producido o pudieran haberse producido a causa del producto, deberá acreditar el defecto, el daño y el nexo causal entre el daño ocasionado y el defecto identificado en el producto causante del daño.

Pero a menudo se afirma que el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos “tiene, desde el punto de vista de los consumidores, el inconveniente de obligar al reclamante a probar la existencia del defecto del producto”, hecho que “ha impedido en no pocas ocasiones la condena del fabricante o distribuidor demandado”²⁹⁹. Eso es problemático porque el principal objetivo de la norma es garantizar la reparación íntegra de daños y perjuicios. Todo esto resalta lo complejo del tema.

²⁹⁶ VAQUERO PINTO, M. J., “Responsabilidad por servicios defectuosos”, en *Estudios..., op. cit.*, p. 587, pone el siguiente ejemplo: “A modo de ejemplo cabe imaginar que la reparación de cierto bien precise de una pieza que se adquiere para sustituir otra deteriorada. Si tras la reparación se produce un daño reparable, el consumidor dispondrá en principio de la propia pieza como elemento relevante que facilita la prueba de la existencia del ‘defecto’, elemento que debe probarse para la obtención de reparación por razón de la fabricación (o importación) de un producto defectuoso (arts. 135 y 139 TRLGDCU)”.

²⁹⁷ En este sentido ha señalado GÓMEZ LAPLAZA, M. del C., “Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea”, en *Estudios de Responsabilidad Civil*, coords. Ángel Yágüez y Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2001, p. 153: “Esa carga puede ser onerosa cuando la prueba se revele compleja desde el punto de vista técnico y/o costosa a causa de los gastos periciales necesarios. Lo más difícil para la víctima es demostrar la existencia del defecto y el nexo causal. Existe, además, una asimetría entre consumidor y productor en cuanto al acceso a la información. Por último, las dificultades inherentes a la prueba aumentan cuando se trata de productos digeridos o destruidos (alimentos, medicamentos). Se trataría de facilitar la carga de la prueba, sobre todo en caso de dificultades para descubrir el origen del daño”.

²⁹⁸ En Brasil, el Tribunal de Justicia de Santa Catarina ha dictado sentencia por la que estima la demanda interpuesta por la víctima de un accidente producido por fuegos de artificio, lo que provocó la pérdida de dos dedos de la mano izquierda. En el presente supuesto se desplaza la carga de la prueba y la relación de causalidad entre el daño sufrido por el consumidor y el defecto independientemente de producción de prueba pericial, ante la imposibilidad de llevar a cabo el examen pericial en un objeto que no existe más. Vid. TJSP – AC 2007.060753-7 – Curitiba – Cuarta Sala de Direito Civil – Rel. Des. Victor Ferreira – DJSC 22.01.2009, p. 97.

²⁹⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil*, Colex, Madrid, 2004, 3. ed., p. 539.

¿Cómo se va a probar, por ejemplo, que existe un defecto de concepción en el diseño de una válvula eléctrica del suministro de gas o que la víctima de un accidente de tráfico resultó lesionada debido a un defecto de fabricación del airbag que no funcionó? De no ser así, ¿cómo se va acreditar la realidad de un defecto de fabricación como causa del siniestro? Resulta muy evidente que en general la persona consumidora no dispone de medios para ello.

Para paliar esta situación y salvaguardar el equilibrio de fuerzas y la igualdad procesal de los intereses contrapuestos, la norma adoptó además un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa en el que el consumidor o usuario solo debe probar la existencia del defecto, del daño y la relación de causalidad entre el daño y el hecho.

Aquí estamos en presencia de un tema muy controvertido con numerosos argumentos a favor y en contra.

Ante este panorama, han surgido dos posiciones doctrinales: una que defiende la necesidad de comprobar el defecto, mientras que otro sector doctrinal ha entendido que la inversión de la carga de la prueba no solo se entiende respecto de la culpa o negligencia, sino que también alcanza a la defectuosidad del producto, habida cuenta de que el fabricante ostenta mejor condición para acreditar que el producto se encontraba en perfecto estado en el momento en que se puso en circulación, reconociendo la existencia del defecto por otras vías como la de las presunciones³⁰⁰, probabilidad, indicios, etc.³⁰¹.

Para este sector doctrinal, con el cual compartimos la opinión, la acreditación de la defectuosidad del producto no solo es una tarea muy ardua, sino que también se convierte en “una carga probatoria excesiva que haría inútil o inviable este tipo de reclamación, pues el perjudicado no dispone de medios a su alcance para acreditar la defectuosidad del

³⁰⁰ Conforme señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2006, 2. ed., p. 289: “Con el fin de no hacer ilusorias en ciertos casos las posibilidades reales de protección de las víctimas, ya en la resolución de pleitos previos a la aplicación de la Ley 22/1994 se ha dejado notar con bastante intensidad la tendencia a presumir la existencia del defecto en un producto, o el nexo causal, o ambas cosas, cuando el mismo causa un daño sin que quepa detectar razón lógica alguna, externa al propio producto”. Véase también MUÑOZ SABATÉ, L., *Summa de Probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2008, p. 209: “El caso es de interés a la vista de la Disposición Adicional obrante en la Ley 22/1994, de 6 de julio, conocida como Ley del Producto, la cual indica que 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. Por ello en el supuesto de que se haya demostrado que ‘el pavimento defectuoso fue vendido por el fabricante al almacenista (suministrador) a precio muy inferior al de tarifa (910 en vez de 1.850 pesetas) ha de presumirse que ese suministrador tenía conocimiento de que el material que vendía al consumidor presentaba desperfectos”.

³⁰¹ Véase MUÑOZ SABATÉ, L., *Summa de Probática civil...*, op. cit., p. 259, para quien el principio *res ipsa loquitur* o *in re ipsa* (la cosa habla por sí misma), “que goza de honda tradición en el derecho de daños, se encuentra hoy día muy conectado a la Ley 22/1994 de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”.

producto³⁰², a lo que se añade las dificultades que entrañan la prueba en los supuestos en que el producto queda siniestrado, imposibilitando recoger señales o pruebas de la existencia de un defecto en el producto.

Muy diversas son las soluciones con las que los Tribunales han tratado de responder al problema. Según Azparren Lucas³⁰³ los argumentos esgrimidos por los tribunales españoles son los siguientes: a) Sentencias que exigen la prueba del defecto con un cierto rigor; b) Sentencias que siguen una postura flexible en cuanto a la prueba del concreto defecto del producto; c) Sentencias que declaran no ser necesaria la concreta prueba del defecto del producto; d) Sentencias que consideran la prueba del defecto no como cuestión de hecho sino jurídica; y e) Sentencias que admiten la prueba del defecto por presunciones.

3. 1 La prueba del defecto

En el sistema tradicional de imputación de la responsabilidad se exige que la víctima pruebe la conducta comisiva u omisiva que ha sido la causa directa del daño. En lo que se refiere a los daños causados por productos defectuosos, se ha adoptado el criterio de imputación objetiva de la responsabilidad, excluyéndose por tanto el elemento de la culpa.

De esta manera, en lo que concierne a la carga de la prueba, el perjudicado debe probar no solo el daño y el nexo causal entre la conducta del fabricante, consistente en la comercialización de un producto defectuoso y el daño, sino también el defecto del producto.

La prueba del defecto del producto que ha ocasionado el daño constituye una cuestión muy debatida en la doctrina y es uno de los problemas claves en el tema de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que ha generado diversos planteamientos en la doctrina y en la jurisprudencia al respecto del alcance del art. 139

³⁰² MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil, op. cit.*, p. 539. Véase, en igual sentido, VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios de aplicación...*, *op. cit.*, p. 97, quien sostiene que “imponer al dañado la prueba del defecto sería en muchas ocasiones excesivo y absurdo o constituiría una *probatio diabólica*”; VEGA GARCÍA, F. L. de la, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 95, para quien “hubiera sido más equitativo y congruente con el pretendido espíritu tuitivo de la LRCP invertir la carga de la prueba en el sentido de que sea el presunto responsable el que deba probar la inexistencia de relación de causalidad entre el defecto y el daño, pues es el que conoce y, por tanto, podría demostrar de forma más satisfactoria la existencia del defecto y su relación con el daño”.

³⁰³ AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 1212-1218.

TRLGDCU y que se va a convertir en un verdadero “talón de Aquiles” para el consumidor dañado a la hora de acreditar los hechos.³⁰⁴

Busto Lago con agudeza señala que “la prueba del carácter defectuoso del producto y de su relación con causalidad con el daño, es a buen seguro el presupuesto más problemático que debe acreditar el consumidor. La prueba del defecto en los daños causados por productos se hace especialmente difícil, habida cuenta de que la mayor parte de las veces el producto queda destruido en el propio siniestro y se hace imposible hacer averiguaciones sobre su estado anterior (vid. las SAP de Gipuzkoa de 3 de mayo de 2001 [JUR 2001, 302190], de Valencia de 12 de julio de 2001 [JUR 2001, 279709], y de Barcelona de 9 de mayo de 2000 [JUR 2000, 210970] donde se tropezó con esta dificultad)”³⁰⁵.

Ciertamente, la prueba del defecto se ha convertido en “uno de los hechos constitutivos de la obligación de reparar o condición de ejercicio de la acción de la responsabilidad”³⁰⁶, cuando no parece ser esta la *ratio* de la ley, de lo contrario el consumidor se vería privado de lograr la indemnización de los daños producidos por productos defectuosos y su protección quedaría potencialmente limitada. En realidad, la norma

“[...] está concibiendo el “defecto” como una cuestión de hecho, es decir, como un “hecho” que puede quedar probado o no probado; en cambio, conforme a su propia definición, la determinación de si el producto es o no defectuoso, es una *quaestio iuris*, el resultado de una valoración jurídica, y no de una prueba. [...] Es decir, es más un problema de *calificación* jurídica que de prueba”.

Frente a lo expuesto, se puede decir que no le basta a la víctima probar una mera relación de causalidad material entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso para trasladar al empresario la obligación de reparar el daño.

³⁰⁴No sin razón, PASQUAU LIAÑO, M., “Daños causados por productos”, en *La Defensa de los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 1876, atribuye el excesivo protagonismo de los problemas probatorios a una disposición de la directiva, reflejada en el art. 139 TRDCU, cuyo dispositivo obliga a la víctima a probar el daño, “el defecto, y la relación de causalidad entre el defecto y el daño”.

³⁰⁵BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, pp. 667-668.

³⁰⁶JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 290.

3.2 La inutilidad de la prueba del defecto en el marco del CDC

Conforme a lo expuesto en los epígrafes precedentes, la responsabilidad generada por los daños causados por los productos queda subordinada a la verificación de tres presupuestos³⁰⁷ o requisitos:

- a) defecto del producto;
- b) *eventos damni* y
- c) nexo de causalidad entre el defecto y el evento dañoso.

El defecto del producto es uno de los presupuestos de la responsabilidad por daños, sin embargo, según dispone el art. 13, párrafo tercero, II, del Código de Defensa del Consumidor, la comprobación de este requisito se transfiere al productor en virtud de la inversión de la carga de la prueba por lo que se refiere al nexo causal determinada por el referido código al disponer que al productor le incumbirá demostrar que el defecto no existe, o la ocurrencia de cualquier otra causa de exoneración de responsabilidad prevista en ley.

De acuerdo con la doctrina, la carga de la prueba opera *ope legis*, es decir, por ministerio de la Ley, sin necesidad de ser declarada. Ésta, sin embargo, no se confunde con la “inversión de la carga probatoria” prevista en el art. 6, VIII, del CDC, visando a la facilitación de la defensa de los derechos del consumidor, declarada en el proceso civil, “cuando a criterio del juez la alegación es verosímil o cuando fuera hiposuficiente, según las reglas ordinarias de experiencias”, sino que, conforme resulta del texto legal, opera *ope legis*, de forma automática, como regla general.

Sin embargo, el Código también prevé la inversión de la carga de la prueba en el ámbito procesal, que se ha introducido como un beneficio a favor del consumidor en el rol de los derechos básicos (art. 6, VIII), con vistas a la “facilitación de la defensa de sus derechos”, “cuando a criterio del juez la alegación es verosímil o cuando fuera hiposuficiente, según las reglas ordinarias de experiencias”.

El Código de consumo brasileño, en este tema específico, no exige la prueba del defecto como requisito de la responsabilidad y, en este sentido, buscó alejarse de la Directiva

³⁰⁷DENARI, Z., Comentario al art. 8 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. *et altri*, *op. cit.*, p. 157.

85/337/CEE³⁰⁸, que deja a cargo del sujeto perjudicado la prueba de tal hecho, a los efectos de acreditar el carácter defectuoso del producto, por lo que en tal caso corresponde al demandado probar la inexistencia del defecto en el momento de la puesta en circulación³⁰⁹. En consecuencia, el afectado solo tiene que probar el daño y el nexo causal entre éste y el producto³¹⁰, cabiendo al fabricante/proveedor probar que, a pesar del daño causado por el producto, tal hecho no se dio en función de un defecto, así que la culpa exclusiva de la víctima – pero no la concurrente – o de tercero, se configura como causa de exención de la responsabilidad, según el art. 12, párrafo tercero, III.

Por tanto, a la luz de lo dispuesto en el inciso II del párrafo tercero del art. 12, por el que se impone al proveedor la obligación de demostrar que el defecto no existe, se afirma que el defecto del producto no constituye hecho constitutivo del derecho, sino que constituye, por el contrario, hecho impeditivo porque constituye exclusión de responsabilidad³¹¹. El hecho constitutivo está representado básicamente por el daño causado por el producto, pero si hay algo de lo que no se prescinde es lógicamente del vínculo de causalidad entre el daño causado por el producto y la actividad del productor o proveedor. Como señala Pasqualotto³¹², la ley prevé una presunción legal del defecto, que es la relación causal entre el hecho y el resultado lesivo, una vez que incumbe al empresario demostrar su inexistencia (art. 12, párrafo tercero, II, del CDC); dado que el fabricante tiene la obligación de poner en circulación productos seguros (art. 8), la ocurrencia de un daño autoriza la presunción *juris tantum* de existencia del defecto.

A nuestro juicio, el sistema adoptado por el Código brasileño, por lo que se refiere a la actividad probatoria, aporta mayores ventajas a la hora de determinar los requisitos configuradores de la responsabilidad y desde esta perspectiva es sin duda más sencillo, dadas las dificultades que entraña la prueba del defecto que haya producido el daño.

³⁰⁸BENJAMIN, A. H. de V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R., *Manual..., op. cit.*, p. 129.

³⁰⁹ Al consumidor incumbe el *onus* de probar apenas el daño y el nexo de causalidad entre el defecto y el evento dañoso.

³¹⁰ Como pone de manifiesto MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor..., op. cit.*, pp. 164-165, no es que el consumidor queda exonerado de cualquier tipo de prueba, puesto que deberá acreditar por lo mínimo la existencia del hecho indemnizable y el nexo de causalidad entre el hecho y el producto (nexo causal), transfiriéndose la carga de la prueba de la inexistencia del defecto al demandado, por lo que opera en favor del consumidor la presunción *juris tantum* de la existencia del defecto.

³¹¹ OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor..., op. cit.*, p. 105.

³¹² OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor..., op. cit.*, p. 106.

4 CONCURRENCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA O DE UN TERCERO EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO

4.1 Culpa del perjudicado

Por último, conviene tener en cuenta que la regla recogida en el art. 145 del TRLGDCU permite reducir o suprimir la responsabilidad del productor cuando el daño causado fuera debido a un defecto del producto y a culpa del perjudicado conjuntamente, es decir, cuando la víctima colabora, con una conducta culposa o no, a la producción del daño. Como enfoca la doctrina, “la regla permite no sólo suprimir la responsabilidad del productor, sino también reducirla”³¹³, lo que significa decir que aun siendo grave la acción o conducta del perjudicado, esta no siempre implica la exclusión de responsabilidad por parte del productor. Sin embargo, advierte Parra Lucán, “la carga de la prueba de esta concurrencia de causas reductoras o exoneradoras de responsabilidad incumbe, en su caso, al productor”³¹⁴.

Merece destacarse la STS 10 junio 2002 (RJ 2002, 6198), que juzga un supuesto de responsabilidad civil por daño causado por producto defectuoso, respecto a la muerte de un niño de tres años por asfixia provocada por obstrucción de las vías respiratorias debido a la ingestión de un caramelo. Según consta en el acta de levantamiento de cadáver, la evidente causa de la muerte consistió en asfixia mecánica por sofocación provocada por la obstrucción de las vías respiratorias debido a la ingestión de una gominola, cuyos restos fueron vomitados por el niño poco antes de producirse el óbito, restando suficientemente probado el daño. También se alegó que el producto comercializado por la empresa demandada no atendía a las condiciones objetivas de utilización, conforme atesta el informe adjunto al boletín de análisis del producto, cuando afirma que “el caramelo en cuestión implica un serio riesgo para la salud y seguridad de la población infantil debido al tamaño, textura y constitución de la materia que lo forma”.

En este supuesto, el Juzgado y la Audiencia desestiman la demanda interpuesta contra la vendedora y la distribuidora de la gominola. El TS por su parte estima el recurso de casación, revoca las sentencias de instancia y desestima la demanda contra la vendedora, condenando a la distribuidora con arreglo a la LGDCU. La muerte del niño se produjo en función del consumo de la golosina y que el producto presentaba peligrosidad para la salud.

³¹³ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 145 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, op. cit., p. 1716.

³¹⁴ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 145 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...*, op. cit., p. 1716.

Tanto es así que con posterioridad a la fecha del suceso, se emitieron diversos informes acerca de la peligrosidad de dicha golosina y la Dirección General de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha ordenó a las Delegaciones Provinciales de la Consejería la prohibición de la comercialización del producto de que se trata. En segundo lugar, tal hecho corrobora la afirmación contenida en el informe adjunto al boletín de análisis que demostró que “la consistencia y falta de flexibilidad del producto hace muy difícil el masticado con lo que es relativamente fácil la obturación de la vía respiratoria, epiglotis, y producir asfixia”. Mientras tanto, en este supuesto, pese a los defectos de diseño e información detectados en el producto, el TS entendió que hubo “culpa compartida” del padre por haber dado para su consumo uno de los caramelos a su hijo.

4.2 Intervención de un tercero

Procede examinar ahora el tema de la intervención de un tercero en la causación del daño.

Conforme a la disposición del art. 133 del TRLGDCU, la responsabilidad por productos – y por servicios – “no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero”. Esta disposición fue tomada del art. 8 de la Ley 22/1994³¹⁵ y también se halla en el art. 8.1 de la Directiva 85³¹⁶.

Del texto legal resulta que, aunque el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y la conducta de un tercero, el afectado podrá solicitar la reparación integral de los perjuicios sufridos. La participación de un tercero en la causación del daño no es por tanto causa suficiente para la interrupción del nexo causal ni para la exoneración de él.

Sin embargo, “la responsabilidad del productor queda excluida cuando la conducta del tercero pueda considerarse la causante del daño, llegando a interrumpir la relación de causalidad entre este y el defecto del producto”³¹⁷.

³¹⁵ Art. 8 LRPD: “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. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño”.

³¹⁶ Art. 8.1 DIR 85: “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”.

³¹⁷ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 133 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido... op. cit.*, p. 1646.

Asimismo es importante señalar que el tercero a quien se refiere la norma no es otro sujeto diferente al productor, sin que ello implique que este tercero tenga que ser totalmente ajeno al proceso de distribución del producto.

5 EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Es cierto que el TRLGDCU establece un régimen de responsabilidad objetiva a los daños causados por productos defectuosos, pero no en términos absolutos, ya que permite que el fabricante del producto supuestamente defectuoso pueda exonerar su responsabilidad en las situaciones que enumera en el art. 140 TRLGDCU. Por lo tanto, en la normativa española, el fabricante o el importador (o proveedor, en el caso del art. 138.2) no son imputables si se demuestra cualquiera de estos supuestos:

a) *Que no había puesto en circulación el producto.* Por lo que indica el art. 137 TRLGDCU, la constatación del defecto del producto se hace en el momento de su puesta en circulación en el mercado de consumo, caracterizada por una actuación voluntaria del productor en distribuir sus productos, creando el riesgo de causar daños a los adquirentes, siendo éste, por tanto, uno de los criterios por los que se determina la existencia de un defecto, ya que hipotéticamente es posible que un producto sea originalmente defectuoso y todavía no sea puesto en circulación. La puesta en circulación se convierte por ende en uno de los presupuestos fundamentales para la caracterización del producto defectuoso y el nacimiento de la obligación de reparar. Así pues, si una tercera persona ha puesto en circulación un producto en contra de la voluntad del productor, el fabricante puede alegar la exoneración de la responsabilidad.

En este orden de cosas resulta claro que los productores solo son responsables por los productos que se han puesto en circulación. Por el contrario, la responsabilidad del suministrador final del producto está sometida a límites más amplios y, en este sentido, se puede decir que asume un carácter especial en la normativa, ya que no es él quien pone en circulación el producto y, en consecuencia, responderá solo en dos casos: a) cuando el fabricante del producto no pueda ser identificado (art. 138.2 TR), y b) cuando se haya suministrado el producto “a sabiendas de la existencia del defecto” (suministrador final de

mala fe).³¹⁸ Los defectos en cuestión no son evidentemente cuando se produce en virtud de mala conservación del producto.

No cabe duda, entonces, que la responsabilidad del suministrador final frente a los consumidores es eventual y subsidiaria, si bien no exclusiva. Por otra parte, se puede afirmar que la identificación del fabricante del producto terminado por el proveedor es suficiente para exonerarle de responsabilidad³¹⁹.

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.* Este caso supone la inexistencia del defecto en el momento de la puesta en circulación. Como ha puesto de relieve la doctrina, el texto del art. 140 permite probar mediante presunciones que el defecto del producto no era originario³²⁰. Tal como se ha dicho con anterioridad, en conformidad con el art. 139 del TRLGDCU, el perjudicado debe acreditar que el producto era defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el productor, de manera que éste puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad, o, incluso, probar mediante presunciones, como lo dice expresamente la norma citada, que el defecto no era originario³²¹.

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.* El art. 140. 1.c) del TRLGDCU permite excluir la aplicación del régimen recogido en el texto legal cuando el producto defectuoso se entrega en el marco de una relación fuera de cualquier actividad económica o empresarial, en el que la víctima no haya tenido que abonar importe alguno. Eso porque el carácter profesional de los sujetos de la cadena de elaboración y distribución del producto defectuoso es condición *sine qua non* para que sea posible la aplicación del régimen instituido en la ley.

³¹⁸ “Esta hipótesis ha sido fuertemente criticada por la doctrina, considerándola innecesaria y desconcertante. Innecesaria porque aunque no existiera, el suministrador consciente del defecto de un producto sería un deudor doloso sujeto a la responsabilidad general contractual del art. 1107, 2.º Ce. o a la extracontractual del art. 1902 Ce. (ex art. 15 LRPD). Desconcertante porque introduce un criterio de culpabilidad que ensombrece la finalidad general de la Ley de consagrar una imputación objetiva de la responsabilidad”. (VELA SÁNCHEZ, A. J., *Criterios de aplicación...*, op. cit., p. 36).

³¹⁹ Aunque no mencionada en el art. 140 TRLGDCU, la hipótesis del art. 138.2 (“indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto”) ha sido considerada por la doctrina como una causa de exoneración de la responsabilidad del proveedor expresamente prevista en la norma. (véase VEGA GARCÍA, F. L. de la, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 113).

³²⁰ AZPARRÉN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, op. cit., p. 1225.

³²¹ PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 140 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...* op. cit., p. 1696.

Sin embargo, quedan incluidos los daños derivados de productos cedidos gratuitamente con fines comerciales, como por ejemplo las muestras gratuitas.

d) *Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.* En relación con el precepto se ha señalado que esta causa de exoneración no plantea las dudas que se presentan en otros apartados de este artículo³²². La doctrina también ha puesto de relieve el paralelismo existente entre esta norma y el art. 7 d) de la Directiva 85/374, pero con un ligero cambio en cuanto a la normativa comunitaria, sosteniendo, aunque todavía con poca incidencia práctica, que, a diferencia de la Directiva, en el texto español no se hace mención al hecho de que las normas tienen que ser dictadas por “los poderes públicos”, tal y como constaba en el texto original.

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.* En este caso la Ley permite al productor exonerarse de responsabilidad en el caso de riesgos de desarrollo, es decir, si logra probar que, a pesar de la diligencia empleada, el estado de los conocimientos científicos o técnicos existentes al momento en que el producto fue puesto en circulación no le permitía detectar el defecto. Sin embargo, la causa de exoneración por riesgos del desarrollo no puede ser invocada por los fabricantes de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, pues se entiende que existiría una cierta tipicidad de los riesgos cuando se lleva a cabo actividades relacionadas con el consumo humano.

Tanto la LRPD (art. 6) como la Directiva (art. 7) no hacen alusión entre las causas de exoneración al caso fortuito o fuerza mayor³²³, lo que planteaba dudas sobre la posibilidad de aplicación de estos supuestos, principalmente en las situaciones de daño conjunto (producto defectuoso y fuerza mayor)³²⁴.

Entre las circunstancias que el art. 140 TRLGDCU señala para que tenga lugar la exoneración de responsabilidad, sostiene parte de la doctrina que solamente la fuerza mayor, no el caso fortuito, rompe el nexo de causalidad. Parece razonable, no obstante, exonerar al

³²²AZPARREN LUCAS, A., Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1227.

³²³Como ponen de manifiesto SALVADOR CODERCH, P., SALGUERO, J. P., PUIG, A. R., “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Lawenforcement*)”, *Indret*, octubre, 2003: “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”.

³²⁴Sobre el tema, véase JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 335 y RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

producto, si el accidente se produjo por causa no imputable a la empresa, por fuerza mayor o caso fortuito externo, puesto que se trata de daños imprevisibles.

6 EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

Aunque la regla de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado prevalezca como regla general en las relaciones de consumo, que si bien está sentada en el análisis de la culpa será relevante para exclusión de la responsabilidad del fabricante, del productor, del constructor y del importador por los daños que resulten de los defectos del producto. Se trata, sin embargo, de una responsabilidad objetiva mitigada, por cuanto permite al proveedor exonerarse del deber de indemnizar en las hipótesis contempladas en la norma.

El art. 12, párrafo tercero, del Código de consumo brasileño, dedicado a la exclusión de responsabilidad, solo permite la exoneración del fabricante y demás sujetos que intervienen en el proceso de producción y comercialización del producto defectuoso en tres supuestos:

a) *Cuando no haya colocado el producto en el mercado*, es decir, cuando no hubiera sido él el responsable por la introducción del producto al mercado. En este supuesto, el proveedor será un tercero ajeno a la obligación de indemnizar, puesto que la responsabilidad nace en los casos en los que se haya producido un daño como consecuencia de la introducción de un producto defectuoso en el mercado. La responsabilidad solamente surge cuando se presenta un hecho dañoso imputable a quien realiza este tipo de actividad. Así que la responsabilidad deberá incidir sobre el sujeto que efectivamente haya puesto el producto en el mercado.

En realidad, la remisión al precepto señalado es irrelevante, por cuanto, aunque el daño fuera causado por el producto no existe nexo causal entre el perjuicio sufrido por el consumidor y la actividad del proveedor³²⁵.

Puesto que se trata de una regla general, resulta pertinente tener en cuenta la situación en la que el producto falsificado o de imitación haya sido comprado en las tiendas autorizadas por el fabricante para vender sus productos. Como señala Silva Neto³²⁶, al principio, el fabricante no responde por los defectos del producto que no haya introducido en el mercado, aunque el producto falsificado esté identificado con su marca, sin embargo, se entiende que el fabricante debe responder por los daños causados por defecto cuando el producto haya sido

³²⁵Véase, entre otros, BENJAMIN, A. H. de V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R., *Manual...*, op. cit., p. 129.

³²⁶SILVA NETO, O. C. da, *Comentários...*, op. cit., p. 251.

comercializado en tienda propia, franquiciada o autorizada, en función de la protección a la buena fe del consumidor implícita en cualquier relación de consumo y la confianza que el mismo deposita en el fabricante y en sus revendedores autorizados, aliadas a la aplicación de la teoría de la apariencia.

Una situación diversa, señala el mismo autor, es aquella que se produciría en caso de un “producto de marca global” que no haya sido introducido en el mercado brasileño directamente por el importador autorizado, pero que fue producido por la matriz o por otra subsidiaria del mismo grupo económico. En este caso, y conforme a jurisprudencia del STJ³²⁷, el productor o importador brasileño deberá responder por el defecto del producto de su marca producido en la matriz y no comercializado en el Brasil.

El mismo autor señala otra cuestión importante a propósito de la responsabilidad del proveedor por el defecto del producto que llega al mercado sin autorización del fabricante, o sea, sin que haya sido colocado voluntariamente en el mercado, por medio de robo o hurto, fraude o engaño.

La doctrina se divide en esta cuestión: unos entienden que el robo o hurto del producto defectuoso almacenado en el establecimiento daría lugar a la exclusión de la responsabilidad³²⁸, puesto que encaja en el supuesto del inciso I, ante la inexistencia del nexo causal entre el perjuicio sufrido por el consumidor y la actividad del proveedor, aunque permanezca la posibilidad de demandar al empresario por negligencia, con fundamento en la legislación ordinaria, si queda probada la negligencia en su guardia y custodia³²⁹, poniéndose como ejemplo el caso de un medicamento en fase de experimentación o prueba sustraído criminalmente por alguien y puesto en el mercado³³⁰; otros, como Rizzato Nunes³³¹, entienden que un producto que no ha sido distribuido al mercado, pero que haya sido sustraído de las dependencias del productor, aun así generaría su responsabilidad, y que podría haber posiblemente culpa *in eligendo* o *in vigilando*, pero que, sin embargo, no cabe

³²⁷REsp 63981/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 11.04.2000, DJ 20.11.2000, p. 296.

³²⁸Posición sostenida por BENJAMIN, A. H. de V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R., *Manual..., op. cit.*, p. 129. Según Herman Benjamin, el mismo raciocinio es válido para los productos falsificados que estén identificados con la marca del responsable legal. Sin embargo, el *onus* de la prueba es del fabricante o productor. En el mismo sentido, opina DENARI, Z., Comentario al art. 12 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. *et altri*, *op. cit.*, p. 168.

³²⁹ FERREIRA DA ROCHA, S. L., *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2. ed., v. 4, p. 106. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

³³⁰CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 508.

³³¹RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso de direito do consumidor*, *op. cit.*, p. 333.

indagar, ya que se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo de la actividad, que es uno de sus rasgos más importantes, y así entonces no habría razón justificada para eximirle de la responsabilidad. La única excepción sería en relación a los productos falsificados, puesto que el proveedor es parte ilegítima para figurar en el polo pasivo y el vendedor es quien debe ser responsabilizado³³². En la opinión de Melo³³³, si el producto no ha sido colocado en el mercado de consumo por el proveedor, éste no podrá ser responsabilizado por los eventuales daños causados a los consumidores, sea en el caso de hurto o robo, sea por tratarse de producto falsificado o pirateado, por cuanto la ley lo exime de responsabilidad si el mismo probara que no ha introducido el producto en el mercado.

Sin embargo, parece no haber duda de que la responsabilidad del empresario no desaparecerá en el caso de que el producto haya sido introducido en el mercado de consumo por el representante del fabricante, y de tal manera será este último responsabilizado, aún desconociéndose tal hecho, en virtud de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, expresamente contemplada en el art. 34 del CDC³³⁴.

Un caso muy conocido en el medio jurídico que merece la pena destacar por su repercusión en afectados es el de la píldora anticonceptiva *Microvlar*, comercializada por la empresa *Schering do Brasil*, conocido como el caso de las “pastillas de harina”, que fue puesta en el mercado sin el principio activo (efecto placebo), generando el embarazo indeseado de gran parte de las consumidoras. En verdad se trataba de píldoras “en prueba” que llegaron inadvertidamente a manos de los consumidores, sin que se consiguiera saber de qué manera las píldoras se introdujeron en el mercado. Entre los fundamentos de la Sentencia (REsp 866636/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007), respecto del panorama fáctico, se ha señalado que la empresa no mantenía el mínimo control sobre los trabajadores, sobre el sector de descarga de productos usados o inservibles, sobre el transporte de los residuos y sobre la incineración de los residuos.

La decisión del Superior Tribunal de Justicia, derivada de una acción civil pública, determinó que la responsabilidad del proveedor no está condicionada a la introducción consciente y voluntaria del producto lesivo en el mercado consumidor. Lo contrario sería

³³² MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor em juízo...*, op. cit., p. 70.

³³³ MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor em juízo...*, op. cit., p. 70.

³³⁴ Dispone el art. 34 del CDC: “El proveedor de producto o servicio es solidariamente responsable por los actos de sus agentes o representantes independientes”. En este sentido manifiestase GOMES, M. K., *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*, Del Rey, 2001, p. 211. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, op. cit., p. 210.

fomentar una terrible discrepancia entre el nivel de los riesgos asumidos por la empresa en su actividad comercial y el patrón de cuidados que la empresa debe ser obligada a mantener.

b) *Cuando comprueba que el defecto no existe.* En este supuesto el fabricante/productor es responsable por la colocación del producto en el mercado, y el daño también existe, pero el defecto especificado no existe³³⁵. Por lo tanto, si el daño no proviene del defecto, sino que tiene origen en causas diversas, no hay obligación de indemnizar. De este modo se establece una presunción *juris tantum* a favor del consumidor del carácter defectuoso del producto, cabiendo al empresario el onus de elidir esta presunción.

En consecuencia, el perjudicado solo tiene que probar el daño y el nexo causal entre éste y el producto, debiendo probar el fabricante/proveedor que, a pesar del daño causado por el producto, tal hecho no se dio en función de un defecto, así que la culpa exclusiva de la víctima – pero no la concurrente – o de tercero, se configura como causa de exención de la responsabilidad, según el art. 12, párrafo tercero, III.

c) *Demostrada la culpa exclusiva del consumidor o de tercero.* En el caso de que el defecto provenga de hecho ajeno al proveedor o sea causado por culpa del que lo hubiese sufrido también se produce la exclusión de la responsabilidad. En estos casos, si bien existe un daño causado al sujeto perjudicado, no hay obligación de indemnizar, dado que no existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho. Los perjuicios que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso imputable a la propia víctima – o por la intervención de un tercero – no son indemnizables. En este contexto y por lo que se puede deducir, la actuación o comportamiento negligente de la víctima rompe el líame de causalidad y exime de responsabilidad al fabricante o proveedor del producto, siendo que éste solo puede eximirse por culpa exclusiva de la víctima. En este caso, como bien señala Coelho³³⁶, el empresario aún demostrará, aunque por otro ángulo, la inexistencia del defecto (hipótesis del inciso II), pues, si el daño proviene de conducta culposa del propio consumidor o de tercera persona, entonces es porque el producto no presenta cualquier impropiedad capaz de defraudarlo.

Si el daño es decurrente de conducta concurrente del perjudicado y del empresario, los daños serán divididos, o sea, cada uno responderá por el daño conforme a su parcela de responsabilidad.

³³⁵ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., p. 92.

³³⁶ ULHOA COELHO, F., *Curso de direito comercial*, Saraiva, 3. ed., v. 1, p. 274. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, op. cit., p. 107.

La conducta concurrente de la víctima no se configura como causal de exoneración del empresario, permaneciendo íntegra su responsabilidad, pero sin embargo, la jurisprudencia patria ha entendido que la culpa concurrente actúa como efecto reductor en la determinación del *quantum* indemnizatorio³³⁷, de manera que la indemnización estará sujeta a reducción³³⁸ (en la línea del dispuesto en el art. 945 del Código Civil); no obstante ello no lo exime de su deber de reparación. Por tanto conviene tener presente que el hecho concurrente de la víctima no es factor excluyente de responsabilidad del proveedor, sino que simplemente un factor de reducción del deber de reparar³³⁹.

Tercero es cualquier persona que no está involucrada en el proceso de producción del bien de consumo, conforme a lo previsto en el art. 12. En la opinión de Benjamin³⁴⁰, la exclusión del inciso III no se aplica al comerciante (comercio minorista y mayorista), pues, pese a la responsabilidad subsidiaria descrita en el art. 13, el comerciante figura como “parte fundamental” en las relaciones de consumo, y por ser parte, no puede ser considerado como tercero³⁴¹, y tampoco se aplicaría a los consumidores. En consecuencia, el demandado (fabricante, productor, constructor o importador) no puede liberarse de la responsabilidad o eximirse del deber de indemnizar, con el argumento de que el daño fuera causado por culpa exclusiva del comerciante, entendiéndose este como tercero.

El caso fortuito o fuerza mayor en principio no están previstos como causas que excluyan la responsabilidad del fabricante/proveedor frente a los daños causados por los productos. Sin embargo, resulta evidente que, a pesar de que no lo ha previsto expresamente el legislador, estos supuestos también excluyen la responsabilidad civil, ya que los hechos tienen origen en acontecimientos imprevisibles y extraños a la voluntad de las partes, conforme a lo previsto en el art. 393 del Código Civil.

³³⁷ ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, op. cit., p. 93.

³³⁸ En este sentido, véase Sentencia del STJ de 17.04.2001, Recurso Especial nº 287849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicada en DJU de 13.08.2001.

³³⁹ TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, op. cit., p. 205.

³⁴⁰ Véase DENARI, Z., Comentario al art. 12 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. et altri, op. cit., p. 170. El citado autor no está de acuerdo con esta opinión, pues cree que el dispositivo no hace tal distinción, y que, por lo mismo, donde la ley no distingue no cabe al intérprete hacerlo.

³⁴¹ La misma opinión tiene CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, op. cit., p. 505, quien considera que el comerciante no es tercero en relación al fabricante (productor o importador), pues es él quien lo elige para vender sus productos, luego responde también por cualquier defecto del producto, aunque surja en el proceso de comercialización. Frente a los consumidores el fabricante tiene un doble deber jurídico: a) colocar en el mercado productos sin vicios de calidad y b) impedir que aquellos que los comercializan, en su beneficio, maculen su calidad original.

En ésta óptica interpretativa se sitúa la doctrina moderna³⁴², haciendo la distinción entre el “fortuito interno” y el “fortuito externo”. En este ángulo de argumentación, señala Cavalieri³⁴³ que el “fortuito interno” es el hecho imprevisible y, por eso, inevitable ocurrido en el momento de la fabricación del producto, mientras que el “fortuito externo” es el hecho absolutamente ajeno a la actividad del proveedor, ocurrido en momento posterior al de la fabricación o formulación del mismo, por lo que provoca la ruptura del nexo causal. El primero se sitúa en la esfera de responsabilidad del fabricante y no puede ser invocado como causa exoneratoria³⁴⁴. En cambio, en el “fortuito externo”, no se puede hablar de defecto del producto, porque a lo mejor ya estaría comprendido dentro del supuesto previsto en el artículo 12, fracción III, inciso a), del CDC (inexistencia de defecto). Eso porque, tras el ingreso del producto en circulación no puede hablarse de defectos de concepción, producción o información, que son siempre anteriores a la inserción del producto en el mercado³⁴⁵.

La jurisprudencia ha venido flexibilizando de manera progresiva el rigor de la regla del artículo 12, párrafo tercero, y, en el ámbito de la responsabilidad por daños ocasionados con motivo de la prestación de servicios, tiene admitido el caso fortuito y la fuerza mayor como causa de exoneración, por aplicación analógica del art. 393 del Código Civil³⁴⁶.

³⁴² En este sentido, DENARI, Z., Comentario al art. 12 CDC, en *Código brasileiro...*, Grinover, A. P. et altri, *op. cit.*, pp. 170-171 y ALMEIDA, J. B. de, *A proteção jurídica...*, *op. cit.*, p. 104. NERY JÚNIOR (en GARCIA, L. de M., *Direito do consumidor*, Niterói, Impetus, 2007, 3. ed., p. 57) es de opinión contraria, inclinándose por la corriente doctrinal que no admite la fuerza mayor y el caso fortuito como excluyentes de la responsabilidad civil en el CDC, señalando que las circunstancias mencionadas en el código son *numerus clausus*, a semejanza del sistema ya existente en Brasil para el daño causado al medio ambiente (art. 14 de la Ley 6.938/81), que no admite la fuerza mayor y el caso fortuito como causas de exclusión de la responsabilidad civil. En el mismo sentido, opina GRINBERG, R., *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*, RDC 35/160 (en OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 103), para quien no hay espacio en la ley para la inclusión de otras cláusulas excluyentes de responsabilidad, y RIZZATTO NUNES, L. A., *Curso de direito do consumidor*, *op. cit.*, p. 330, el cual sostiene que la utilización del adverbio “únicamente” no deja margen a dudas respecto a la tajante dicción del art. 12, § 3º, del CDC, de ahí que la conclusión que se impone sea que el microsistema del CDC es incompatible con las normas del sistema civil tradicional. La misma opinión tiene LISBOA, R. S., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 315. SIMÃO, J. F., “Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do Consumidor”, São Paulo, Atlas, 2003, adopta posición intermedia, sosteniendo que el régimen del CDC admite la fuerza mayor, pero no el caso fortuito, ya que está fundado en la teoría del riesgo.

³⁴³ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, pp. 191-196.

³⁴⁴ Como ha puesto de manifiesto la doctrina española más autorizada (PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 139 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido...* *op. cit.*, p. 1690): “Siempre que el origen del defecto se encuentre dentro del ámbito de la actividad del demandado habrá lugar a su responsabilidad, con independencia de que se produjera un fallo fortuito en la actividad de uno de sus empleados, en el proceso de control, etcétera”.

³⁴⁵ MARINS, J., *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, v. 5, p. 153-154. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 102.

³⁴⁶ Véase MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor...*, *op. cit.*, p. 74.

En nuestra opinión, aunque el CDC no mencione expresamente el caso fortuito o fuerza mayor en su art. 12, párrafo tercero, no cabe duda que han de aplicarse tales excluyentes de la responsabilidad civil no solo en el ámbito de las relaciones civiles o mercantiles, sino también en el ámbito de las relaciones de consumo, puesto que el hecho imprevisible e inevitable, tras la inmisión del bien en el mercado de consumo, rompe el nexo causal entre el defecto del producto y el daño causado al consumidor. Así, por ejemplo, si una persona adquiere un aparato electrónico y, debido a una fuerte descarga eléctrica producida por un rayo o sobretensión, el producto viene a causar daños al consumidor, pensamos que no se podrá responsabilizar al fabricante por un hecho absolutamente ajeno al proceso de fabricación y comercialización del producto.

7 RIESGOS DEL DESARROLLO Y EL ESTADO DE LA CIENCIA

Otro punto importante que no podría quedar fuera del estudio se refiere a riesgos del desarrollo (*development risks*). Una cuestión que todavía se debate en la doctrina contemporánea es si en el concepto de responsabilidad objetiva están incluidos aquellos riesgos que el estado de la ciencia y de la técnica (*state of the art*) no permitían prever en el momento de la comercialización del producto³⁴⁷, partiéndose de la premisa de que la actividad industrial es fuente inagotable de riesgos y siniestros y por ende aquello que ocasiona un riesgo debe responder por sus consecuencias, sobre todo cuando ese riesgo resulta de una actividad generadora de beneficios económicos para quien crea el riesgo o peligro para terceros.

Por “riesgos del desarrollo” o “riesgos del progreso” “se entiende el defecto sobrevenido de un producto o el riesgo de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto se puso en circulación”³⁴⁸.

³⁴⁷ Como puede advertirse, se alude en la doctrina (PARRA LUCÁN, M. A., *Daños...*, *op. cit.*, p. 527) a los distintos momentos que se pueden considerar fundamentales a la hora de evaluar el conocimiento o ignorancia de informaciones relativa a la seguridad de un producto, hasta llegar a manos del consumidor final: “el momento de fabricación del bien; el momento de distribución o comercialización; el momento en que el producto es adquirido por el último consumidor; el momento de producción del daño y, finalmente, el momento de interposición de la demanda por reclamación de los daños sufridos”. Así pues, como ha señalado RODRÍGUEZ LLAMAS, S., *Régimen de Responsabilidad Civil...*, *op. cit.*, p. 130, “los riesgos del desarrollo hacen referencia, por tanto, al riesgo de daños por defectos que son desconocidos en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación, pero que son conocidos posteriormente como consecuencia de los avances científicos y técnicos”.

³⁴⁸ VICENTE DOMINGO, E., “Apuntes sobre la responsabilidad del fabricante por los llamados riesgos del desarrollo”, en *Jornadas...*, *op. cit.*, p. 123.

Por riesgos del desarrollo “se invoca la situación que se produce cuando el desarrollo científico y tecnológico posterior a la puesta en circulación en el mercado de un producto permite descubrir que era defectuoso y que su uso ha venido causando daños entre los consumidores.”³⁴⁹.

Como esclarece Busto Lago, el Derecho de consumo español, en armonía con la Directiva, adoptó una solución intermedia en la controvertida cuestión de quién ha de soportar tales riesgos, si el productor, que es el que se beneficia de ellos, o el consumidor. En este sentido, “considera exonerado al fabricante o importador si prueban que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”³⁵⁰.

Eso porque en el momento en que el producto se puso en circulación la incolumidad del producto era intachable sin que conocimientos técnicos y científicos del momento pudieran, con seguridad, hacer prever los ulteriores daños.

Los riesgos de desarrollo es un tema ampliamente debatido y discutido en la doctrina y la jurisprudencia.

La regulación de la excepción de riesgos de desarrollo en el derecho europeo plantea importantes problemas jurídicos en lo que se refiere a la adaptación de la norma comunitaria, especialmente si tenemos en consideración la contaminación electromagnética generada por el desarrollo tecnológico³⁵¹.

Este tema fue objeto de amplio debate en el proceso de elaboración de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985. La polémica al respecto del tema aún continúa abierta y aún no se ha llegado a un consenso. Al final, no se logró la tarea de armonizar las legislaciones

³⁴⁹ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, op. cit., p. 671.

³⁵⁰ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, op. cit., p. 671. Así pues, “deben tenerse en cuenta los conocimientos más avanzados del momento que sean accesibles a la comunidad científica, cfr. STJCE de 29 de mayo de 1997 [TJCE 1997, 98] [asunto C-300/95, *Comisión vs. Reino Unido*, Rec. pg. 1-2649]”.

³⁵¹ Algunos estudios científicos se refieren a la presunta contaminación electromagnética, también conocida por electropolución, causada por las antenas de telefonía móvil y otros aparatos eléctricos. De acuerdo con estos expertos, que por razones de espacio no mencionamos, el teléfono móvil y la mayoría de los electrodomésticos emiten ondas electromagnéticas que afectan a la salud humana. También se afirma que las antenas de telefonía ponen en riesgo, a largo plazo, la salud de los que viven o trabajan en las inmediaciones de las instalaciones. Aunque no existe una definición conclusiva de los maleficios causados por la emisión de radiaciones no ionizantes, en algunos casos relacionados a la telefonía, la justificación de la conexión causal radica en el hecho de que la instalación de la torre de telefonía móvil fue el único factor relacionado con la enfermedad. Si bien no hay pruebas científicas contundentes acerca de la incidencia que tiene la emisión de radiaciones no ionizantes sobre la salud, por el contrario, tampoco es posible afirmar que no cause efectos negativos en la salud de la población.

estatales de los Estados miembros en esta materia. Hay quien sostiene que la Directiva fracasa en su intento, de modo que hay una cierta incoherencia de la directiva.

Sin embargo, la Directiva de 1985 estableció como causa de exoneración de la responsabilidad del fabricante (entre los supuestos de exclusión de la responsabilidad del fabricante) los llamados riesgos del desarrollo. La responsabilidad objetiva o por el riesgo creado es compatible con la exoneración del fabricante “cuando ese riesgo no pudo ser conocido ni por él ni por nadie, atendiendo al *state of the art defence*”³⁵² (art. 7 de la Directiva), dejando a cargo de los Estados miembros la opción de responsabilizar al fabricante por los daños procedentes del desarrollo de la técnica y la ciencia.

Se entiende que el criterio de imputación objetiva no es incompatible con la exoneración del fabricante, pero solamente cuando tal riesgo sobrepase el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto, es decir, que no pudo ser conocido ni por el productor ni por nadie, atendiendo al *state of the art defence*, de forma que es posible armonizar los dos sistemas.

En armonía con el espíritu de la Directiva, la normativa española (art. 6.1.e) de la Ley 22/1994) mantuvo el supuesto de exoneración de la responsabilidad en aquellos supuestos en que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta del producto en el mercado no permitía apreciar la existencia del defecto³⁵³, salvo en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano³⁵⁴.

³⁵² VICENTE DOMINGO, E., “Apuntes sobre la responsabilidad del fabricante...”, en *Jornadas...*, *op. cit.*, p. 126.

³⁵³ Algunos países como Francia y Gran Bretaña optaron por derogar el art. 7 e) de la Directiva, dejándose fuera del ámbito de responsabilidad del fabricante los daños derivados del desarrollo de la técnica y la ciencia. Italia admite como causa de exclusión de la responsabilidad del fabricante el denominado *rischio dello sviluppo* (VICENTE DOMINGO, E., “Apuntes sobre la responsabilidad del fabricante...”, en *Jornadas...*, *op. cit.*, p. 127), sin embargo, se ha hecho una alteración legislativa en lo tocante a la directiva europea, de manera que la empresa deberá responder *a posteriori* si, después de su colocación en el mercado, conocía o debería conocer su peligrosidad, omitiéndose en adoptar las medidas idóneas para evitar la producción del daño, principalmente aquellas relacionadas a la información del público. (cf. TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 200).

³⁵⁴ En el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJAPPAC), se dispone que “no serán indemnizables los daños que 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”. El mencionado artículo, aplicable a la Administración, estableció en el Derecho español una “dualidad de regímenes en relación con los riesgos del desarrollo, según que el producto defectuoso en cuestión provenga de un fabricante privado o de que sea la Administración Pública quien actúe como fabricante (o importador, o, en su caso, como proveedor)” (cf. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 159, nota 317).

Sin embargo, conviene dejar claro que “el objeto de la prueba ha de ser, únicamente, el de la inexistencia de los mecanismos científicos precisos para apreciar la presencia del defecto”³⁵⁵.

En el caso de Brasil, el tema divide a la doctrina. Según Tartuce³⁵⁶ la doctrina es más propensa a considerar que los riesgos del desarrollo no excluyen el deber de indemnizar. Denari³⁵⁷, uno de los autores del anteproyecto del CDC, está entre los que se posicionan por la no adopción por el CDC de la eximente del riesgo de desarrollo, opinión compartida por otros autores.

El CDC no elude mayores detalles sobre la cuestión. *A priori* se puede afirmar que la normativa brasileña no incluye entre las causas de exoneración de responsabilidad prevista en el rol del párrafo tercero del art. 12 los riesgos del desarrollo. En tal sentido, es importante señalar que tal circunstancia no está textualmente prevista en la Ley, dejando margen a dudas sobre la incidencia de dicha circunstancia como eximente de la responsabilidad. Asimismo hay quienes consideran los riesgos del desarrollo como causa de exoneración de la responsabilidad, decantándose por la aplicabilidad de la excepción de los riesgos de desarrollo.

Sin embargo, de acuerdo con parte de la doctrina, la excepción de los riesgos de desarrollo solamente podría ser admitida en el ordenamiento jurídico de manera expresa, a ejemplo de los países europeos que trataron la cuestión al elaborar la directiva³⁵⁸. Según la opinión de Benjamin³⁵⁹, al desarrollar un sistema de responsabilidad civil cimentado en el riesgo de la empresa, no se podía exonerar a los proveedores (el fabricante, el productor, el constructor y el importador) ante la presencia de un riesgo de desarrollo³⁶⁰. En el sistema del CDC los defectos a los que pueden afectar los riesgos del desarrollo configuran una especie del género defecto de concepción. En la misma línea de pensamiento, sostiene Cavalieri³⁶¹

³⁵⁵ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 671.

³⁵⁶ BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N., PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 200.

³⁵⁷ DENARI, Z., Comentario al art. 8 CDC, en *Código brasileiro...*, *op. cit.*, pp. 186-187.

³⁵⁸ Así lo manifiestan CHINELATO, S. J. de A., MORATO, A. C., *O risco do desenvolvimento nas relações de consumo* (en TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 201), al señalar que la opción del legislador fue clara en el sentido de no acoger tal excluyente de responsabilidad.

³⁵⁹ BENJAMIN, A. H. de V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R., *Manual...*, *op. cit.*, p. 131.

³⁶⁰ Así lo dispone el Enunciado 43 de la “I Jornada de Direito Civil”, promovida por el “Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal” (2002): “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.

³⁶¹ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, *op. cit.*, p. 197.

que los riesgos del desarrollo deben ser encuadrados como “fortuito interno”, por lo que no tiene efecto exoneratorio.

Melo³⁶² manifiesta su opinión contraria, sosteniendo que, aunque no haya previsión expresa, el CDC permite antever su aplicación cuando establece que, para verificación de la defectuosidad de un producto, hay que tener en cuenta la época en que el mismo fue colocado en circulación. Además, también puede cogitarse de la aplicación de los riesgos del desarrollo a partir del análisis del contenido del art. 10 del CDC (“el proveedor no podrá colocar en el mercado de consumo un producto o servicio que sabe o debería saber que presenta un alto grado de nocividad o peligro para la salud o seguridad”).

Pero, si bien es cierto que el párrafo tercero del artículo 12 del CDC no incluye expresamente los riesgos del desarrollo entre las causas de exoneración de la responsabilidad, también lo es que el art. 12, con carácter imperativo, impone un régimen de responsabilidad objetiva, aunque sea con matices (puesto que admite las causas de exoneración del párrafo tercero). Además de eso, tal como ha señalado la doctrina española, la expresa referencia al momento de la puesta en circulación del producto contenida en el artículo 6 de la Directiva europea no se encamina a excluir los daños generados por los riesgos del desarrollo, “sino a proteger al productor de las demandas por daños causados por un producto que cuando fue puesto en circulación ofrecía la seguridad que legítimamente cabía esperar”. Desde esta perspectiva el silencio de la ley puede ser interpretado en el sentido de que no se aplica, dentro del régimen del CDC, la causa de exoneración recogida en el artículo 6.2 de la Directiva.

Khouri³⁶³ manifiesta su opinión contraria, sosteniendo que el riesgo de desarrollo no pertenece al proveedor, sino a toda la colectividad, que es quien se beneficia con el progreso tecnológico, y que imponer ese riesgo al proveedor sería inhibir el propio desarrollo tecnológico, creando enorme inseguridad para el inversor. A eso añade que el propio párrafo segundo del art. 12, en refuerzo a la excluyente de responsabilidad prevista en el inciso III del párrafo primero, considera que “el producto no será considerado defectuoso por el hecho de que otro producto de mejor calidad haya sido puesto en el mercado”. Para el mencionado autor, lo que es difícil no es llegar a la conclusión de que el CDC haya adoptado el riesgo de desarrollo como eximente de responsabilidad. La cuestión crucial es identificar lo que efectivamente se debe entender por tal concepto, teniendo en cuenta que frecuentemente lo

³⁶² MELO, N. D. de, *Da defesa do consumidor...*, op. cit., p. 107.

³⁶³ KHOURI, P. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., p. 196.

que se presenta como riesgo de desarrollo es en verdad defecto de concepción del producto³⁶⁴. Y concluye el autor, citando a Adalberto Pasqualotto, diciendo que el criterio de evaluación del riesgo de desarrollo será siempre el del estado de la ciencia y disponibilidad de estos conocimientos, porque si los defectos eran detectables por ocasión del lanzamiento del producto, los riesgos de desarrollo no pasan de defectos de concepción³⁶⁵, y por lo tanto, no excluye la responsabilidad del fabricante.

En esta línea de pensamiento, Cavalcanti³⁶⁶ sostiene que el riesgo de desarrollo en el fondo no es más que defecto de concepción, no detectable en el momento, pero aún así defecto de concepción, lo que llevaría a la responsabilidad del proveedor. El autor alega, como ejemplo, que, mientras no existe la cura de una enfermedad en el momento del lanzamiento de una droga, no es legítimo que el consumidor espere de ella aquel resultado, con lo cual el producto no es defectuoso, pero el medicamento no podrá causar efectos colaterales, aún no descubiertos a la época del lanzamiento, y concluye que la imposibilidad de detectar el defecto, de acuerdo a los conocimientos científicos de la época, atesta apenas la ausencia de negligencia o impericia del proveedor, integrantes de la culpa que en nada le aprovecha. Es precisamente esta asunción de riesgos el fundamento en el que se base a la responsabilidad objetiva.

En la discusión de estos temas, también suele mencionarse que los riesgos del desarrollo son riesgos en masa, riesgos colectivos³⁶⁷, que afectan a una serie de personas, como en el caso de la *Talidomida* y otros sucesos a los cuales hemos hecho referencia con anterioridad. En efecto, cabe la posibilidad de que un mismo producto llegue a causar daños a un incontable número de afectados³⁶⁸. Si, por un lado, la imposición de los riesgos del desarrollo al productor puede convertirse en un hecho insoportable para el sector productivo de la sociedad, hasta al punto de inviabilizar el progreso científico y tecnológico³⁶⁹, por otro lado, resulta por lo demás evidente que el ciudadano-consumidor no tiene el deber de soportar ese daño.

³⁶⁴ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., p. 196.

³⁶⁵ KHOURI, P. R. R. A., *Direito do consumidor...*, op. cit., pp. 196-197.

³⁶⁶ CAVALCANTI, F. de Q. B., *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*, Del Rey, 1996, pp. 130-131. Citado por: OLIVEIRA, J. E., *Código de defesa do consumidor...*, op. cit., p. 98.

³⁶⁷ Conforme señala CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, op. cit., p. 496.

³⁶⁸ LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 21, nota 20, pone como ejemplo el fármaco *Vioxx*, “que provocó, hasta su retirada del mercado en septiembre de 2004, 140.000 casos de graves enfermedades cardíacas (muchas acabaron con la muerte de los pacientes), sólo en los Estados Unidos de América”.

³⁶⁹ CAVALIERI FILHO, S., *Programa...*, op. cit., p. 197.

Por tanto, ante la indeterminación del texto normativo, la mejor conclusión sería que si bien es cierto, la colectividad es la principal beneficiaria con el progreso tecnológico, el proveedor responde por los riesgos de desarrollo³⁷⁰, sobre todo en el ámbito de los productos farmacéuticos, sanitarios y alimenticios, ante el imperativo legal de garantizar que los productos y servicios colocados en el mercado de consumo no presentarán riesgos para la salud o seguridad de los consumidores, de los usuarios o terceras personas.

La opción por la que se inclina la jurisprudencia brasileña en estos casos, supliendo la omisión del legislador ordinario, es por tanto, la inclusión de los riesgos de desarrollo en la responsabilidad civil, conforme lo ha señalado el Superior Tribunal de Justicia en la Sentencia del 21 de agosto de 2008³⁷¹. Este es el caso del medicamento de venta libre, llamado Survector, un tratamiento para la activación de la memoria, sin efectos colaterales, pero que generó riesgo de dependencia para usuarios, habiendo posteriormente una alteración del prospecto del medicamento, por lo que pasó a ser indicado para el tratamiento de trastornos depresivos, con alto riesgo de dependencia. En este supuesto, entendió el Tribunal que el prospecto del medicamento no indicaba los riesgos asociados a su administración, caracterizando la culpa concurrente del laboratorio, caracterizándose además la negligencia del proveedor en colocar el medicamento en el mercado de consumo, por el hecho de que, según las autoridades de salud, el principio activo del medicamento fue considerado un producto con alto potencial de dependencia y baja eficacia terapéutica en diversas partes del mundo, circunstancias que llevaron a su prohibición en muchos países.

Aunque se considere inaplicable la eximente de los riesgos del desarrollo en el derecho brasileño, entendemos, en la línea del preconizado por Sanseverino³⁷², que el legislador brasileño debería regular esta cuestión aportando mayor claridad a la redacción del párrafo tercero del art. 12 y, en la hipótesis de acogida expresa de esta causa de exclusión por el legislador, se podría, por lo menos, adoptar una solución intermedia, al igual que España, que acogió la eximente, excluyendo los sectores de medicamentos y productos alimenticios de su ámbito de alcance.

³⁷⁰ TARTUCE, F., NEVES, D. A. A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 201.

³⁷¹ Sentencia del STJ de 21.08.2008, REsp nº 971845/DF, 3ª Sala, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, publicada en DJe de 01.12.2008.

³⁷² SANSEVERINO, P. de T. V., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 347.

8 LA REPARACIÓN DEL DAÑO

8.1 Indemnización de los daños y perjuicios en la normativa española

Pasamos ahora al tema específico del daño, al cual se dedican los artículos 141 y 142 del TRLGDCU. Como se ha destacado en el capítulo anterior, la adquisición de un determinado bien en defectuoso estado puede derivar la obligación de indemnizar si se produce algún daño en la esfera personal o patrimonial del consumidor o persona equiparada, debiéndose recordar además que la víctima que ha causado el daño por su culpa exclusiva carece de derecho a esta indemnización. Se trata de una responsabilidad objetiva, es decir, producido y constatado el daño o perjuicio, según antes vimos, nace la obligación del causante de reparar el mismo.

Pero, como ha señalado la doctrina, “la obligación indemnizatoria nacida de la responsabilidad por productos no se sujeta al llamado principio de resarcimiento integral, según el cual el sujeto responsable deberá indemnizar todos los daños que sean objetivamente imputables a su conducta o actividad; tanto el daño patrimonial como el moral, el daño emergente y el lucro cesante (arts. 1.106, 1.902 y ss. CC).”³⁷³. La consecuencia derivada de tal hecho es que no todos los daños por productos quedan cubiertos por este régimen legal, ya que algunos de ellos están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil.

De hecho, conforme ha señalado la doctrina³⁷⁴, aun cuando el daño proceda del carácter defectuoso del producto, hay determinados daños que no quedan cubiertos, como los daños morales (art. 129 TR), los daños materiales en objetos de uso profesional, los daños materiales que no superen la franquicia prevista legalmente o los daños personales causados por productos idénticos que superen determinada cuantía (art. 141 TR).

Este tema adquiere mayor relevancia en el marco de la LGDCU, en la que eran indemnizables todos los daños sufridos por los consumidores, incluidos los morales.

Veamos separadamente las modalidades de daños reconocidas en las distintas normas jurídicas promulgadas en España en materia de responsabilidad por productos.

³⁷³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, op. cit., p. 241.

³⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido...*, op. cit., p. 1617.

8.1.1 Daños reconocidos en la LCU

En el régimen de la LCU el daño comprende cualquier perjuicio demostrado que el consumo de bienes o la utilización de productos les irroguen en un consumo o uso normal del mismo, incluidos los producidos en los propios bienes defectuosos a no ser que el daño haya sido causado exclusivamente por la culpa de la víctima, a través del uso indebido, negligente o temerario del producto. El art. 25 de la antigua ley por tanto tiene un sentido muy amplio, que abarca y comprende todo tipo de daño o lesión, tanto personales (muerte y lesiones e incluso los daños morales) como materiales de cualquier tipo. Esta amplitud en la consideración del daño es una de las razones por las que ha sido considerada una norma con un nivel de protección de los consumidores superior al de la LRPD³⁷⁵.

8.1.2 Daños reconocidos en la LRPD

Según el art. 10 LRPD, los daños resarcibles son los daños materiales con exclusión de aquellos sufridos por el propio producto. La LRPD por tanto consideraba dentro de su ámbito de protección los siguientes daños: a) daños que produzcan la muerte y lesiones corporales al perjudicado, con independencia de que sea o no consumidor; b) daños materiales causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se encuentre objetivamente destinada al uso y consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizadas por el perjudicado.

Como daños resarcibles se contemplan las lesiones personales y los daños materiales, con la franquicia en este último caso de sesenta y cinco mil pesetas (art. 10).

Se ha planteado en la doctrina la duda respecto a si las lesiones psíquicas estarían cubiertas por el régimen de responsabilidad por productos contemplado en la LRPD, tema sobre el cual no ha existido unanimidad doctrinal³⁷⁶.

8.1.3 Daños reconocidos en el TRLGDCU

El ámbito de protección contemplado en el TRLGDCU comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, “siempre que éstos afecten a bienes o

³⁷⁵ MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, op. cit., p. 80.

³⁷⁶ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 95.

servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” (art. 129.1).

Se establece de ese modo una diferenciación de tratamiento entre los daños patrimoniales personales y no personales. Por una parte se distinguen los daños personales, cuya protección alcanza a todo tipo de sujetos perjudicados, sean consumidores o no³⁷⁷. Se refieren expresamente a los supuestos de muerte y daños personales, sin que se aluda en modo alguno a las lesiones psíquicas, por lo que persisten las dudas que suscita el régimen de la LRPD, si quedan amparadas por el régimen de responsabilidad por productos³⁷⁸.

La reparación engloba tanto el daño emergente como el lucro cesante. Sin embargo, aunque limitada a los supuestos de muerte y daños personales, las acciones reconocidas en el Libro Tercero del TR no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a otros regímenes especiales de responsabilidad, 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 (art. 128.2 TR).

Como se advierte en la doctrina, queda sin solución, tanto en la Ley como en la Directiva, la cuestión 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 (criterio de la dependencia económica o de los lazos afectivos)”³⁷⁹.

³⁷⁷ Refiriéndose a la Ley 22/1994 (art. 10.1), ya lo planteaba MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante...*, *op. cit.*, p. 105: “En cualquier caso, puesto que el precepto transcrito declara indiscriminadamente resarcibles los daños personales físicos (‘muerte y lesiones corporales...’), cabe pensar que esa clase de daños son resarcibles a cualquier categoría de individuos y, por tanto, también a los perjudicados que hayan usado el producto en ejercicio de su actividad profesional (o que, incluso sin haber llegado a usarlo, se hayan visto afectados por él en el curso de la misma). Por contra, de la restricción prevista en cuanto al daño material o en las cosas, se infiere que, en cambio, esa clase de daño sólo es resarcible a los consumidores y *bystanders*, mientras que el daño patrimonial del profesional, esto es, el daño que éste sufre en los bienes que obtiene o que ‘principalmente’ usa en ejercicio de su actividad profesional habitual sólo puede ser resarcido ‘conforme a la legislación civil general’ (art. 10.2. Ley 22/1994)”.

³⁷⁸ En la opinión de PERTIÑEZVILCHEZ, F., “Disposiciones generales en materia de responsabilidad”, en *La Defensa de los Consumidores...*, *op. cit.*, p. 1820, “no hay ninguna razón para excluirlos del ámbito de cobertura de los regímenes especiales de responsabilidad por productos y por servicios, ya que se trata de daños personales, que aunque tienen su causa en un daño psíquico, son de naturaleza patrimonial”. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 242, entiende igualmente que las lesiones personales psíquicas deben ser también indemnizadas.

³⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, *op. cit.*, p. 242.

Por otra parte, se establece en el art. 141.6 un montante global para los supuestos de muerte y daños personales, que asciende a un límite que queda fijado en la cifra de 63.106.270,96 euros.

Respecto de la muerte y las lesiones personales el art. 141.b) TR establece el techo pecuniario fijado para los denominados daños personales catastróficos o masivos, “aquellos padecidos por muchísimas personas, al estar afectados por el mismo defecto todos o gran parte de los ejemplares de un determinado producto”³⁸⁰. La fijación del techo pecuniario que limita el monto de la indemnización no significa que estemos ante una limitación cuantitativa de carácter absoluto, como puso de manifiesto el Auto de la AP de Castellón de 29 de marzo de 1999 (ARP 1999, 722).

En lo referente a los daños patrimoniales o no personales la cuantía indemnizatoria es bastante más reducida. El primer aspecto a destacar es que no incluyen los daños causados al propio producto defectuoso como expresamente señala el art. 142: “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”.

En este sentido, tal y como ha señalado la doctrina, “cuando se trata de reclamar la indemnización por la destrucción de un producto como consecuencia de su incorrecto funcionamiento, no será aplicable la LGDCU, ya que se tratara de daños que están fuera de su ámbito objetivo de aplicación. En tales supuestos cabrá aplicar la legislación civil correspondiente”³⁸¹.

Los daños materiales causados al propio producto podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil en general, por lo que habiéndose producido la destrucción del producto defectuoso como consecuencia de su incorrecto funcionamiento, no será aplicable la Ley de Consumidores y Usuarios. Por tanto, quedan fuera de su ámbito objetivo de aplicación los daños causados en el propio producto.

Lasarte Álvarez afirma que la exclusión parece razonable, “pues no resultaría del todo lógico que se modificase el sistema de responsabilidad contractual a través de las reglas de responsabilidad civil”³⁸². Sin embargo, quedan incluidos los daños causados en cosas distintas al propio producto defectuoso, siempre que se cumplan dos requisitos: 1) cosa destinada

³⁸⁰ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., pp. 96-97.

³⁸¹ PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, op. cit., p. 219.

³⁸² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, op. cit., p. 243.

objetivamente al uso o consumo privado y 2) que así haya sido utilizada principalmente por el perjudicado.

En segundo lugar, tampoco resulta aplicable a los daños causados por accidentes nucleares³⁸³, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea (art 129.2).

Finalmente, en cuanto a los daños materiales objeto de indemnización, hay que decir que se establece en el art. 141.a TR una franquicia de 390,66 euros, cuya finalidad es la reducción del número de litigios, por lo que la doctrina mayoritaria entiende que se trata de franquicia simple.

En el marco de la LGDCU, eran indemnizables todos los daños sufridos por los consumidores, incluidos los morales. Sin embargo, el TRLGDCU establece una restricción en el marco de la responsabilidad por productos por lo que los daños inmateriales están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la responsabilidad³⁸⁴, tanto en relación con los daños personales como con los materiales, pero quedan sujetos a las reglas generales de responsabilidad. Así lo expresa el segundo párrafo del art. 128 TRLGDCU:

“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

³⁸³ Ha señalado a este respecto PARRA LUCÁN, M. A., *Daños...*, *op. cit.*, p. 462, nota 373, que “en las hipótesis de productos alimenticios intoxicados como consecuencia de un accidente nuclear (como sucedió tras el accidente de Tchernobil) no cabe sin más negar la responsabilidad de vendedores y suministradores. Al consumidor de productos importados, o de productos contaminados en su lugar de origen, alejado del lugar de explotación de la instalación nuclear no le favorece en nada la remisión a una ley especial sobre la materia”.

³⁸⁴ “La explicación de la exclusión del daño moral – primero del ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad por productos y actualmente también del ámbito de aplicación de las normas especiales de responsabilidad por servicios – debe hallarse en el origen comunitario de la Ley 22/1994, de Responsabilidad por Productos Defectuosos, que trae causa de la Directiva 85/374 [...] Sin embargo, como ya se ha puesto suficientemente de manifiesto por la doctrina, el sentido de este art. 9 de la Directiva no era el de prohibir al legislador nacional que incluyera en el régimen específico de la responsabilidad por producto defectuoso la indemnización por daños morales, sino más bien el de atribuir a cada Estado la facultad de incluir o no dentro del mismo los daños morales que derivasen de la muerte, de las lesiones corporales o incluso de la pérdida o menoscabo de bienes destinados al consumo privado (PERTIÑEZVILCHEZ, F., “Disposiciones generales en materia de responsabilidad”, en *La Defensa de los Consumidores...*, *op. cit.*, pp. 1815-1816). Pese a ello, “la exclusión de los daños morales del régimen especial y su sometimiento a la regla general del art. 1.902 CC, no ha provocado una fractura entre la indemnización de los daños patrimoniales y los morales, a pesar de las diferencias que puedan existir entre el régimen de responsabilidad por producto defectuosos y el régimen general de responsabilidad en cuanto al título de imputación (defecto *vs.* culpa), a la carga de la prueba, a las causas de exoneración o al plazo de prescripción, habida cuenta la objetivación que ha experimentado en este ámbito el art. 1.902. Es más, concurriendo daños patrimoniales con daños morales provocados por un producto, habiéndose llegado por el juzgador a la conclusión de que el producto es defectuoso y de que existe relación de causalidad entre el defecto y los daños patrimoniales y morales cuya indemnización se pretende, hay una clara tendencia en los tribunales a fundamentar la indemnización por los daños morales en el art. 1.902 CC, sin cuestionarse, en relación a estos daños morales, si concurren en el caso concreto la negligencia que exige la imputación de responsabilidad *ex art.* 1.902” (*idem*, pp. 1817-1818).

incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

Según esta interpretación, parte de la doctrina sostiene la exclusión de los daños morales del ámbito de cobertura de la responsabilidad civil por productos defectuosos³⁸⁵, si bien para determinado sector doctrinal³⁸⁶ los referidos daños son también susceptibles de indemnización³⁸⁷.

Finalmente, cabe señalar que en la legislación española existe un vacío legal en lo que concierne a los criterios orientativos para el cálculo del daño corporal, se incluya o no el daño moral, por lo que se puede aplicar en el ámbito de la responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos el sistema de valoración orientativa establecida en el “baremo” de daños personales derivados de la circulación de vehículos a motor³⁸⁸ para evaluar el daño corporal, que ha servido de parámetro para los jueces, no solo para cuantificar daños personales de origen distinto, sino también para fijar la indemnización en supuestos de responsabilidad civil por productos defectuosos.

³⁸⁵ Bajo la vigencia de la Ley 22/1994, MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad...”, en *Hacia un código del consumidor*, *op. cit.*, p. 724, ha señalado que tal circunstancia ha llevado a que “los jueces y tribunales en muchos casos eludan la aplicación de la Ley de 1994, puesto que la cuantía indemnizatoria ha de completarse ejercitando otras acciones con una legitimación pasiva distinta de la de la Ley de 1994 o acumulando acciones con plazos de prescripción más reducidos que el de tres años del art. 12 (ejercitando el art. 1902 Código Civil, por ejemplo). En el proceso civil el perjudicado busca lograr el resarcimiento íntegro del daño demandando al menor número de personas posible y esta finalidad no se logra con la legislación actual, al tener que acudir a otras acciones complementarias, lo que no era necesario con la Ley de 1984”.

³⁸⁶ GARCÍA GIL, F. J., *Suma...*, *op. cit.*, p. 133: “Las dudas que se suscitaron bajo la vigencia de la Ley 22/1994 respecto al resarcimiento de los daños morales ya no tienen razón de existir, pues obsérvese que la LDC no ha incorporado el contenido del artículo 10.2 de aquella Ley: “*Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general*”, exclusión injustificada que obligaba a acudir a la acumulación de acciones o a otros mecanismos para la determinación de la cuantía de la indemnización, por más que algunas resoluciones jurisdiccionales, aplicando directamente la Ley 22/1994, ya acogieron la petición de indemnización del daño moral (AP Las Palmas 16-12-2003 y AP Madrid 26-4-2001)”. Y remata, con plena lucidez: “Además, el régimen de responsabilidad, como hemos visto, comprende los daños personales, incluida la muerte, y en muchos casos la esencia de la indemnización por muerte radica en el daño moral sufrido por los familiares directos de la víctima (muerte de un niño, por ejemplo), de manera que, en los supuestos de fallecimiento, resultaría difícil cuantificar la indemnización sin comprender en ella el daño moral, que, de excluirse, determinaría que el “*quantum*” indemnizatorio se moviese en cifras irrisorias.” (pp. 133-134).

³⁸⁷ Véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 108-109. La autora critica la postura de los tribunales que, bajo la Ley 22/1994, han utilizado la técnica judicial de la valoración y cuantificación “en globo” de los daños como expediente o subterfugio para “dulcificar” la exclusión legal de los daños morales.

³⁸⁸ Como pone de manifiesto GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, pp. 108-109, nota 209, son muchas las resoluciones judiciales que aceptan la aplicación analógica de tal baremo a efectos de valorar los daños causados por los defectos de los productos, por lo que en esta línea cabe mencionar la SAP de Cáceres de 18 de abril 2002 [AC 2002, 1330]). Véase, igualmente, MARTÍN DEL PESO, R., “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad...”, en *Hacia un código del consumidor*, *op. cit.*, p. 724.

8.2 Indemnización de los daños y perjuicios en el ámbito del CDC

El Código de Consumo Brasileño, desde una perspectiva más global, consagra el principio del resarcimiento integral de los daños y perjuicios, estableciendo como uno de los derechos básicos del consumidor "la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos" (art. 6, inc. VI). En la dimensión individual, la reparación abarca tanto los daños materiales como los morales, comprendiendo el daño emergente y lucros cesantes, de manera que la reparación deberá ser efectiva, es decir, integral, estando prohibida la tarifación del daño, sea patrimonial o moral.³⁸⁹

Como ha puesto de relieve la doctrina³⁹⁰ y recogido la jurisprudencia, si el defecto del producto extrapola la naturaleza del objeto de la relación de consumo causando perjuicios a la vida, a la salud, a la seguridad o a algún otro derecho extrapatrimonial, cabe la reparación civil por los daños morales. De lo contrario, el defecto dará lugar exclusivamente a la responsabilidad patrimonial del fabricante/productor.

El tema de los daños morales también tuvo mucho desarrollo en Brasil. Como señala Sanseverino³⁹¹, el Código de consumo brasileño, pese a la influencia de la Directiva 85/374/CEE en la redacción de los arts. 12 a 17, se ha alejado del derecho comunitario europeo en cuanto a la fijación del montante de las indemnizaciones por los daños causados por accidentes de consumo, no estableciendo ninguna tarifación indemnizatoria, siguiendo la tradición del ordenamiento jurídico brasileño, que desde antaño (Código Civil de 1916) consagra el principio del resarcimiento integral del daño (*restitutio in integrum*) tanto para la responsabilidad contractual como para la responsabilidad extracontractual³⁹².

En este ámbito queda incluido también el daño reflejo o de rebote (el *dommage par ricochet* de la doctrina francesa), el que surge como consecuencia de un daño directo producido contra la víctima inmediata, sea moral o material³⁹³. En este caso, las normas del CDC se aplicarán a favor del tercero indirectamente afectado por el defecto, que también se encuadraría en la figura del consumidor por equiparación.

³⁸⁹SILVA NETO, O. C. da, *Comentários...*, *op. cit.*, p. 107.

³⁹⁰LISBOA, R. S., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 190.

³⁹¹SANSEVERINO, P. de T. V., *Responsabilidade civil...*, *op. cit.*, p. 240.

³⁹²Cabe señalar que el Código Civil de 2002 reiteró el principio de la reparación integral en el art. 944, pero sin embargo trajo una excepción en su párrafo único que es la reducción equitativa de la indemnización por culpa de la víctima. Sin embargo, poco tiene en común con la que se regula en el art. 6º, VI, del CDC.

³⁹³Véase SILVA NETO, O. C. da, *Comentários...*, *op. cit.*, pp. 328-329.

Respecto a los daños morales, que también han sido acogidos por la legislación, está cada vez más aceptado por la doctrina y jurisprudencia que los trastornos que no trascienden los meros sinsabores de la vida cotidiana, aquellas simples molestias o incomodidades sin trascendencia, que de no ser relevantes no configuran daño moral susceptible de reparación.

El daño moral consiste en el sufrimiento o padecimiento psíquico, el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos, creencias, afectos o sensibilidad el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos. El daño moral es subjetivo y por lo tanto no hay un criterio muy objetivo en lo referente a la fijación del *quantum debeatur*, así que queda en manos de los jueces la fijación del daño moral a falta de un baremo más exacto y común para estimar el grado de dolor o aflicción de cada persona, sin ningún otro tipo de modulación o límite más que la decisión judicial.

Se entiende que también están incluidos los lucros cesantes, suscitando dudas si en el deber de responsabilidad estarían incluidos los costos razonables con la contratación de abogado, sobre todo si la intervención del abogado es facultativa, y no obligatoria.

9 LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

Antes de nada, es conveniente hacer unas breves reflexiones sobre los límites y el alcance de la normativa española de responsabilidad por productos.

En primer lugar, teniendo en cuenta el hecho de que el TRLGDCU establece expresamente un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a los fabricantes e importadores de productos siempre que el daño sea causado por un defecto del producto, tal circunstancia no lleva a considerarla una responsabilidad absoluta, sino que se prescinde de la verificación de la culpa en la determinación de la responsabilidad, por lo que estamos en presencia de una responsabilidad objetiva relativa, pues permite al productor exonerarse de la responsabilidad en las distintas situaciones que enumera en el art. 140.

Así pues, la responsabilidad objetiva a la que se remite la ley se funda exclusivamente en el riesgo decurrente de las actividades desarrolladas por las empresas que producen, importan, comercializan, suministran o facilitan productos a los consumidores o usuarios. No obstante, conviene recordar que no constituye circunstancia exoneratoria de la responsabilidad el hecho de que el productor demuestre que no ha faltado a su deber de debida diligencia, ya que la responsabilidad es objetiva, aunque no absoluta.

El criterio de imputación, tanto de la Directiva como de la Ley, es la fabricación de un producto defectuoso que genera daños³⁹⁴. Con lo cual podemos destacar que según este criterio la responsabilidad del productor no disminuye cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 133 TRLGDCU, si bien puede reducirse o suprimirse, en función de 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. La actuación de la víctima en la causación del daño no es suficiente para la interrupción del nexo causal ni para la exoneración de él, esto es, cuando la víctima ha contribuido en la causación, se disminuye la indemnización de lo que normalmente se podría obtener en la proporción debida.

En segundo lugar, debe considerarse una responsabilidad limitada en cuanto a los bienes a los que la norma en cuestión se refiere como producto, puesto que únicamente se incluye dentro del concepto de producto los bienes muebles, aun cuando estén incorporados a otro bien mueble o inmueble. En consecuencia, aunque se puedan reconocer distintas categorías de productos, como son los productos de la ganadería y la pesca que no hayan sufrido una transformación inicial, el gas y la electricidad, este criterio distintivo que permite situar el concepto de producto en la naturaleza del bien basta para que sean excluidos del alcance de la norma los servicios y los bienes inmuebles.

Por lo demás, el propio concepto de “producto defectuoso” señalado en la Ley (Directiva), y que surge del Derecho norteamericano, basado en la falta de “la seguridad legítimamente esperada” del producto que se pone en circulación, que es inherente a todos los productos defectuosos, impone un límite a la aplicación de la norma, por lo que el productor no deberá responder en el caso de que el producto no sea defectuoso.

Y, en tercer lugar, la responsabilidad del productor es una responsabilidad limitada en el tiempo: el productor no es responsable indefinidamente. Esto suele suceder porque los derechos conferidos al perjudicado se extinguen transcurrido el plazo de diez años a partir de 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 (art 144 TRLGDCU). Esta limitación temporal de la responsabilidad, en contraste con el

³⁹⁴ TORRELLES TORREA, E., “El derecho de consumo en el siglo XXI”, en *Realidades y tendencias en el siglo XXI*, Derecho privado, tomo IV, vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, 2010, pp. 477-510.

régimen de responsabilidad de la LGDCU, supuso una restricción a los derechos regidos bajo la égida de la mencionada ley, que no establecía ningún plazo relacionado con la antigüedad del producto³⁹⁵. Se trata, en efecto, de una norma favorable a los productores, puesto que se limita el derecho a obtener la reparación a los diez años posteriores a la puesta en circulación del producto por razones de equidad³⁹⁶, ya que la responsabilidad objetiva supone para el productor una carga superior a la que establecen los regímenes tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual.

De esta manera, en los supuestos de productos con antigüedad superior al plazo establecido en la norma, que resultaran defectuosos y causaran daños, el perjudicado no podrá interponer reclamación judicial, aunque no haya transcurrido el plazo de prescripción a que se refiere el art. 143.

Y aquí, una vez más surge la duda cuando nos encontramos con la cuestión de la “puesta en circulación”, que, en este contexto, tiene interpretación distinta, puesto que en el sentido del art. 140 es una de las causas de exoneración de la responsabilidad del productor, mientras que en el art. 144 (art. 11 de la Directiva 85/374 CEE) se habla de extinción de la responsabilidad (“extinción de los derechos”). Pero, en general, las resoluciones mantienen una línea de equiparación entre puesta en circulación y puesta en el mercado.

Además de eso, la acción de reparación de los daños y perjuicios está sujeta a un plazo de prescripción de tres años, de acuerdo con lo establecido en el artículo 143.1 del TRLGDCU, 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, puesto que, tal como señala la norma, el plazo no se empieza a contar si la víctima no conoce la identidad del productor. En efecto, el plazo de prescripción previsto por el artículo 143.1 comenzará a transcurrir a partir de la fecha en que el perjudicado

³⁹⁵ El art. 12 de la Ley 22/1994 que, a su vez, traspuso lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 85/374/CEE, también establecía un plazo de tres años para interponer la demanda. Como ha señalado la doctrina, este no es un plazo de caducidad ni de prescripción – tampoco se trata de un plazo de garantía –, sino que lo que se establece es un plazo para el ejercicio de la acción. En efecto, tal plazo no se computa desde el momento de la producción del daño, sino desde un momento anterior: el momento de la puesta en circulación del producto. Véase PARRA LUCÁN, M. A., Comentario al art. 144 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido... op. cit.*, p. 1714, quien recuerda que “se trata de un plazo copiado por los autores de la Directiva comunitaria de la experiencia angloamericana, de una figura que se conoce como ‘statute of limitation’, que atiende a razones, fundamentalmente, de naturaleza económica”.

³⁹⁶ Como señala TORRELLES TORREA, E., “El derecho de consumo en el siglo XXI”, en *Realidades..., op. cit.*, pp. 477-510, “la responsabilidad objetiva conlleva para el productor una carga superior a la que establecen los regímenes tradicionales de responsabilidad contractual y extracontractual. Se trata de equilibrar esto mediante una limitación temporal para que no se desmotive la innovación tecnológica y haga accesible una cobertura por medio de seguros”.

tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor.

La segunda parte del art. 143.1, a su vez, establece que 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.

Y por último, se destaca también la cuestión sobre el alcance de la ley respecto de los diferentes daños que se pueden presentar. En este sentido, también es una responsabilidad limitada, tanto en lo relativo a los daños indemnizables como a la cuantía de la indemnización.

Como vimos en el apartado 8.1, en el ámbito de protección contemplado en el TRLGDCU se incluyen los daños por muerte o lesiones corporales, así como los daños o destrucción causados en cosas, pero no se incluyen los daños que ha sufrido el propio producto defectuoso. La exclusión de la cobertura de los daños morales se extiende tanto a los daños personales como a los materiales. Asimismo, por lo que se refiere a los daños materiales causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, se exige que la cosa dañada se encuentre objetivamente destinada al uso o consumo privados³⁹⁷ y en tal concepto haya sido utilizada por el perjudicado, lo que supone la exclusión de los daños causados a los bienes de uso no privado, como la de aquellos bienes utilizados normalmente con fines profesionales o comerciales, ya que la norma alcanza apenas a los bienes de consumo.

Respecto de la reparación de los daños materiales se establecen dos requisitos:

- a) Un requisito de carácter objetivo: que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privado; y
- b) Un requisito subjetivo: que la cosa dañada haya sido utilizada principalmente por el perjudicado (art. 129.1).

Por otro lado, por lo que se refiere a la cuantía del resarcimiento, en el art. 141 del TRLGDCU se establecen las siguientes franquicias³⁹⁸:

³⁹⁷ Como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Daños causados por productos defectuosos...*, *op. cit.*, p. 113, nota 217: “Aunque el tenor de la norma no admite dudas, conviene destacar, antes de nada, que lo que el art. 129.1 exige que sea de uso o consumo privado es el bien dañado, pero no necesariamente *el producto defectuoso, que puede ser tanto un bien de consumo como un bien de producción o un bien empresarial*”.

³⁹⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., en “Aporías y distorsiones en el carácter ‘objetivo’ de la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.1/2014 parte Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2014, observa que el tema de las franquicias ha sido objeto de crítica por parte de la

- 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.*

Además, conforme al artículo 128 del TRGLDCU, los daños inmateriales están expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la responsabilidad, tanto en relación con los daños personales como con los materiales, aunque quedan sujetos a las reglas generales de responsabilidad. La Ley tampoco se aplica a 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 (art 129.2)

Es preciso, además, señalar, y este es uno de los puntos más relevantes de la directiva, que la responsabilidad del productor frente al perjudicado no podrá quedar limitada o excluida por cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad, es decir, la responsabilidad no se puede suprimir por voluntad de las partes (art. 130 TR).

En líneas generales, los límites establecidos por la ley pueden analizarse de acuerdo a los siguientes rasgos o principios:

- 1) La responsabilidad civil del productor es objetiva: prescinde de la verificación de la culpa en la determinación de la responsabilidad;
- 2) La responsabilidad civil del productor es relativa: permite al productor exonerarse de la responsabilidad en los supuestos que enumera en el art. 140;
- 3) limitada en el tiempo: el productor no es responsable indefinidamente.
- 4) también es una responsabilidad limitada, tanto en lo relativo a los daños indemnizables como a la cuantía de la indemnización.
- 5) la responsabilidad no se puede suprimir por voluntad de las partes.

doctrina, invocándose, entre otros argumentos en pro de su supresión, “la inexistencia de franquicia alguna en otros campos de la responsabilidad de los profesionales”, la revitalización del arbitraje de consumo y el principio de la reparación íntegra del daño (regla general del Derecho de Daños).

CONCLUSIONES

PRIMERA

El aumento de la producción masiva de bienes en las fábricas, así como el progresivo incremento de la tecnología y la propia complejidad de las relaciones contractuales y comerciales han puesto de relevo la necesidad de adoptar un régimen de responsabilidad basado en el riesgo de la actividad que desarrolla y de la que se beneficia.

Algunos autores han sostenido que la regulación de la materia en la legislación española es confusa por falta de coherencia y muchas veces tiene fallos de técnica legislativa que acaban generando dificultades hermenéuticas. Por otra parte, otros autores han sostenido que la transposición de los principios y directivas vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea (CEE) no siempre se ha hecho de forma correcta, puesto que a la hora de realizar esta operación, algunos Estados miembros incumplieron su obligación de absoluta incorporación de la norma uniforme al ordenamiento nacional.

El Derecho español, en materia de responsabilidad por productos defectuosos, adopta la responsabilidad objetiva, fundamentada en el riesgo decurrente de las actividades desarrolladas por las empresas que producen, importan, comercializan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, o sea, todos aquellos que forman parte de la cadena de distribución de los productos y ponen en el mercado productos de consumo, por lo que la responsabilidad se rige por factores objetivos de atribución.

SEGUNDA

La adopción de un régimen de responsabilidad objetiva en los casos de daños por productos, aunque no sea absoluta, lo cual prescinde de la culpa como criterio de responsabilidad, es sin duda un gran avance en la legislación, teniéndose en cuenta el hecho de que muchas veces resulta prácticamente imposible que el consumidor pueda comprobar la culpabilidad de la empresa responsable por la fabricación o comercialización de un producto defectuoso. Tal imposibilidad ocurre por motivos muy distintos y principalmente por el hecho de que el consumidor no tiene conocimientos y condiciones técnicas para demostrar y asegurar que el producto adquirido es defectuoso o impropio para el uso o consumo.

Aun siendo muchos los avances obtenidos hasta ahora en el ámbito del Derecho de consumo en diversos países de la Unión Europea y, particularmente, en lo que se refiere a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, el estudio de la materia no solo presenta múltiples matices, sino que también adquiere especial relevancia a medida que aumentan las reclamaciones judiciales, y la doctrina y jurisprudencia ponen de manifiesto algunas de las principales cuestiones conflictivas en los supuestos de daños por productos defectuosos, debatidos en los tribunales.

TERCERA

El ordenamiento jurídico español, en lo que se refiere a la responsabilidad civil por los daños causados por los productos defectuosos, coincide en aspectos fundamentales con el ordenamiento jurídico brasileño, de los que queremos destacar algunos. Entre las convergencias existentes entre ambas leyes podemos destacar que el sistema jurídico brasileño responde al modelo de definición general de producto defectuoso, según lo establecido en la directiva comunitaria 85/374/CEE, resaltándose que tal concepción ha sido plasmada en el párrafo primero del artículo 12 del CDC, con arreglo al cual, se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, tomándose en consideración las circunstancias relevantes, entre ellas: 1) su presentación; 2) el uso y los riesgos que razonablemente se puedan esperar de él; y 3) el momento en que fue puesto en circulación. La génesis de esta concepción de producto defectuoso se sitúa en la referida directiva comunitaria que ha servido de inspiración para el desarrollo de los artículos 12 a 17 del CDC.

En esta línea de pensamiento, el “producto peligroso” se define en forma negativa, es decir, en contraposición al concepto de “producto seguro”. El producto es peligroso cuando

presenta una amenaza para la salud o la seguridad de los consumidores por no adecuarse al nivel de sus legítimas pretensiones, sin embargo, la mera peligrosidad de un producto no significa, a contrario sensu que el mismo adolezca de un defecto de seguridad.

CUARTA

El producto defectuoso no es aquel con algún vicio de calidad que le haga impropio al consumo o le disminuya el valor, sino el que presente un desperfecto que lo haga inseguro. Sin embargo, es preciso tener muy claro que el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios nace a partir del momento en que estos se producen. Un producto puede ser defectuoso, pero no generar ningún daño a la salud o a la incolumidad física o psíquica del consumidor o usuario, por lo que el daño como consecuencia del uso o consumo de un producto configura uno de los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad del empresario, porque de lo contrario, si no se produce el daño, serán de aplicación las normas de garantía de los productos, bien por vicio o defecto oculto, bien por defecto de calidad o cantidad, puesto que no nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad por producto, sino por incumplimiento de una obligación contractual.

QUINTA

Al igual que en España, se trata de una responsabilidad objetiva que deriva de la producción de un daño causado por el producto defectuoso como consecuencia de la puesta en circulación de un producto con defecto. El fabricante, el productor, el constructor y el importador responden de los daños que cause un producto defectuoso desde el momento en que el producto fue puesto en circulación, de manera que el productor quedará exonerado de responsabilidad cuando acredite que el defecto alegado no existe o cuando no ha sido el responsable de introducir el producto en el mercado. Por tanto, lo que se recoge en la Ley no es más que la concreción del deber general impuesto al productor de no colocar en el mercado de consumo productos o servicios que sabe, o debería saber, que presentan alto grado de nocividad o peligrosidad para la salud (art. 10 del CDC).

SEXTA

Por lo que se refiere a la carga de la prueba, en especial a la inversión del onus probatorio, constátase que los afectados por los productos defectuosos en España se encuentran en posiciones de mayor desventaja, ya que a menudo el demandante se encuentra con la dificultad añadida de acreditar el defecto del producto. De ahí que en este punto, más que en otro cualquiera, la legislación brasileña se ajusta mejor al objetivo de facilitar la defensa del consumidor. En contraste con el sistema jurídico español, el Código de Consumo Brasileño establece la presunción legal *iuris tantum* de que el defecto existe, debiendo el perjudicado acreditar el daño y el nexo de causalidad entre el defecto y el evento dañoso, de modo que la diferencia más significativa la encontramos en el campo de la prueba y consiste en la atribución del *onus probandi* al proveedor, por lo que se refiere al defecto del producto, a quien cabe acreditar la inexistencia del defecto (art. 12, § 3º, II del CDC). La inversión de la carga de la prueba deriva directamente de la propia ley (*ope legis*), y por lo tanto no se confunde con la que se opera a criterio del juez (*ope iudicis*), en el curso del proceso. El demandante perjudicado está dispensado de probar el defecto alegado (que es presumido por la Ley), imponiéndose esa carga al proveedor, pero en cambio debe acreditar el daño y el nexo de causalidad entre el defecto y el evento dañoso.

En cambio, en el derecho comunitario europeo, la Directiva 85/374/CEE, en su art. 4, atribuye al perjudicado la prueba del daño, del defecto y del nexo de causalidad entre el defecto y el daño. Este también es el contenido del art. 5 de la derogada Ley 22/1994 que se ha incorporado en el art. 139 del TRLGDCU. Si bien algunas sentencias ya adoptan una postura flexible en cuanto a la prueba del concreto defecto del producto, admitiendo la existencia del defecto por otras vías como la de las presunciones, la prueba del defecto o, si se prefiere del nexo causal, se hace especialmente difícil en el ámbito de la responsabilidad por productos, convirtiéndose en una prueba casi diabólica.

SEPTIMA

Como rasgo común a los dos ordenamientos, se encuentra la superación del modelo dualista o binario de responsabilidad (contractual y extracontractual), que siempre estuvo presente en las codificaciones privadas modernas. Nos hallamos, pues, ante un nuevo paradigma, que, rompiendo la regla de la responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa *lato sensu*, que engloba el dolo y la culpa, impone la responsabilidad del fabricante de productos frente a los daños sufridos, aunque, sin embargo, su responsabilidad se acerca más a la

responsabilidad extracontractual. Intentando encontrar el equilibrio entre dos intereses contrapuestos – la tutela de la empresa y la protección del consumidor –, el legislador brasileño puso mayor énfasis a la *consumer protection*, teniéndose en cuenta las peculiaridades del mercado brasileño, vislumbrando el hecho de que las relaciones de consumo en un país emergente como el Brasil presentan un desequilibrio mucho mayor que los países del primer mundo, pudiéndose afirmar que la legislación brasileña responde a las expectativas de los consumidores y de la sociedad.

Sin embargo, es necesario matizar que, aunque se establezca en la Ley una presunción de responsabilidad, el ordenamiento jurídico brasileño consagra la responsabilidad inmediata del fabricante y la responsabilidad subsidiaria del suministrador del producto, pero sin embargo sostiene parte de la doctrina que, si el daño se produce como consecuencia de una inadecuada conservación del producto, la responsabilidad del suministrador en este caso es directa e inmediata, y no meramente subsidiaria.

OCTAVA

En materia de responsabilidad por productos, el contenido normativo del TRLGDCU queda restringido en su esfera de aplicación a los supuestos de hecho en los cuales se ha generado un daño en virtud del carácter defectuoso de un producto, con independencia de que la víctima sea o no necesariamente un consumidor estándar.

Para lograr una protección más efectiva, la ley contempla un concepto amplio de consumidor cuando se refiere a la responsabilidad derivada de los productos defectuosos (fabricados y suministrados), englobando en su campo de protección no solo al consumidor en sentido estricto, sino también al llamado *bystander*, del derecho anglosajón. Dicha solución, a su vez, guarda consonancia con la legislación de Brasil, al establecer en el art. 17 que “se equiparan a consumidores todas las víctimas del hecho”, con lo que se extiende la protección legal a las personas que, aunque no estén directamente involucrados en la relación de consumo, sufran daños o perjuicios como consecuencia de las fallas o defectos en el bien, de manera que se amplían los destinatarios de la norma contemplados en el art. 12. Este mismo criterio se recoge en el art. 2º, párrafo único, del CDC.

NOVENA

La adopción de la responsabilidad objetiva como criterio de imputación por los daños causados por los productos defectuosos y la inversión de la carga de la prueba son algunos de los aspectos más novedosos de la materia y ha representado una importante evolución en el tratamiento de la responsabilidad por producto. Consígnese además que el régimen de responsabilidad que se diseña en la Ley tiene por finalidad la facilitación de la tutela de los derechos del consumidor, en favor de la reparación integral de los daños, y que viene a constituir un aspecto sustancial del derecho de acceder a la justicia.

DÉCIMA

El segundo aspecto importante a mencionar por su estrecha ligazón con la reparación integral, es la consagración de la responsabilidad solidaria de los diferentes agentes involucrados en el proceso productivo. De esta manera, la fundamentación de la responsabilidad solidaria aparece perfectamente definida en el art. 138 del TRLGDCU y en el art. 12 del Código de Consumo Brasileño (reforzada en el § 1º del art. 25). Si son varios los posibles causantes del daño (fabricante, productor, constructor e importador) la responsabilidad es solidaria.

La solidaridad entre los responsables del daño viene a solucionar muchos de los problemas tradicionales que tienen que afrontar los consumidores en esta materia por lo que se refiere al reparto de la responsabilidad por los daños materiales sufridos entre los distintos intervinientes en la cadena productiva. La regla de la responsabilidad solidaria posibilita a los consumidores el obtener la justa y total indemnización de cualesquiera de los que se benefician de las ganancias de la actividad productiva, dentro de la cual ocupa un lugar fundamental el propósito de promover la tutela de los derechos del consumidor por pérdidas o daños causados en su persona o en sus bienes. En segundo lugar, permite mayor agilidad en los trámites procesales de los consumidores, evitando el enjuiciamiento de los responsables por separado, ya sea de forma individual o condicionada.

La responsabilidad del comerciante/vendedor por los daños ocasionados es igualmente objetiva y solidaria, pero, sin embargo, el comerciante será responsable de los daños en las situaciones expresamente contempladas en el art. 13 y, en este sentido, se enmarca en lo que la doctrina ha llamado de solidaridad condicionada.

UNDÉCIMA

El modelo de responsabilidad por productos adoptado por el ordenamiento brasileño coincide con el español, al menos, en cuatro puntos fundamentales: a) la superación del modelo dual de responsabilidad; b) la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran; c) la solidaridad entre los responsables del daño, aunque con diferentes matices; y d) la inversión de la carga probatoria a favor del consumidor en lo que se refiere a la conducta negligente del productor, atendiendo fundamentalmente a las dificultades que entraña la prueba, aunque, en España, no se libera al perjudicado de la carga de acreditar el defecto del producto.

DUODÉCIMA

La dificultad de acreditar la existencia de un defecto en un producto adquirido de una entidad empresarial ha sido una de las causas por las cuales el legislador ha optado por establecer en la legislación una regla especial de imputación objetiva de responsabilidad para determinados supuestos, dejando al margen la aplicación de los criterios tradicionales de imputación de responsabilidad. En definitiva, son los consumidores los verdaderos receptores de los beneficios legales. Así, cuanto mayor sea el nivel de eficacia de una ley, en lo que se refiere a la reparación de los daños y perjuicios sufridos, mayor será su campo de protección frente a los productores y fabricantes de productos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Ángel, *Contratos y responsabilidad civil: Cuestiones jurídicas actuales. Supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2007.
- ALMEIDA, João Batista de, *A proteção jurídica do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2009, 7. ed.
- AZPARREN LUCAS, Agustín, Comentario a los arts. 128 a 149, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dir. CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2011.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada, Comentario al artículo 28 TRLGDCU, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. LLAMAS POMBO, E., La Ley, Madrid, 2005.
- BENJAMIN, Antônio Herman de V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe, *Manual de direito do consumidor*, RT, São Paulo, 2009, 2. ed.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- BOTANA GARCÍA, Gema, Comentario al artículo 1 TRLGDCU, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, coord. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2005.
- BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia, PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de consumo: Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- BUSTO LAGO, José Manuel, REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2013, 2. ed.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- CAMARGO MANCUSO, Rodolfo de, *Manual do consumidor em juízo*, Saraiva, 3. ed.
- CARRASCO PERERA, Ángel (dir.), *Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2011.
- CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B., *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*, Del Rey, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2006, 6. ed.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “Responsabilidad civil y riesgo”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coords. CUENA

- CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L. A., ORTEGA DOMÉNECH, J., Dykinson, Madrid, 2013.
- CHAVES DE FARIAS, Cristiano, ROSENVALD, Nelson, *Direito das Obrigações*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, 4. ed.
- CILLERO DE CABO, Patricia, *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.
- COLEMAN, Jules L., *Riesgos y daños*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- CORRIENTE CORDOBA, Jose Antonio, *Estudios sobre el derecho de consumo*, Iberdrola, Bilbao, 1991.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos", en *Estudios sobre el Derecho de consumo*, Bilbao, 1991.
- DENARI, Zelmo, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luís, *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 2. ed., v. 4.
- FILOMENO, José Geraldo Brito, *Manual de direitos do consumidor*, São Paulo, Atlas, 2000, 4. ed.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros, *Direito do consumidor*, Niterói, Impetus, 2007, 3. ed., p. 62.
- GARCÍA GARCÍA, Luz María, *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA GIL, F. Javier, *Suma de la Protección y defensa de los derechos de los consumidores*, DAPP, Publicaciones Jurídicas, Navarra, 2007.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de, Comentario al art. 931 CC, en *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*, coord. PELUSO, C., Manole, São Paulo, 4. ed.
- GOMEZ CALERO, Juan, *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 1994.
- GOMES, Marcelo Kokke, *Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*, Del Rey, 2001.
- GÓMEZ LAPLAZA, M^a del Carmen, "Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea", en *Estudios de Responsabilidad Civil*, coords. ÁNGEL YAGÜEZ, R. de y YZQUIERDO TOLSADA, M., Dykinson, Madrid, 2001.

- GONZÁLEZ LEÓN, Carmen, “La protección del adquirente de vivienda”, en *Estudios sobre consumo*, dir. SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GRASSI NETO, Roberto, *Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva nas relações de consumo*, em *Temas atuais de responsabilidade civil*, org. GAVIÃO DE ALMEIDA, J. L., Atlas, São Paulo, 2007.
- GRINBERG, Rosana, *Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo*, RDC 35/160.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman, FINK, Daniel; FILOMENO, José Geraldo de Brito, WATANABE, Kazuo, NERY JR., Nelson, DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- GUILLEN CARAMES, Javier, *El Estatuto Jurídico del Consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, Civitas, Madrid, 2002.
- GUILARTE GUTIERREZ, Vicente, “La responsabilidad por daños causados al consumidor”, en *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1992.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *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)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.
- ____ *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2006, 2. ed.
- ____ Comentario al artículo 335 CC, en *Comentarios al Código Civil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Navarra, 2009.
- HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, coord. REYES LÓPEZ, María José, Aranzadi, Navarra, 2005.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- KHOURI, Pablo Roberto Roque Antonio, *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*, São Paulo, Atlas, 2013, 6. ed.
- LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, *Derecho de Consumo: Protección legal del Consumidor*, El Derecho, Madrid, 2011, 2. ed.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 2013, 5. ed.

- LEÓN ARCE, Alicia de, MORENO-LUQUECASARIEGO, Carmen, AZA CONEJO, M^a Jesús, *Derecho de consumo*, Editorial Forum, Oviedo, 1995.
- LISBOA, Roberto Senise, *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, RT, São Paulo, 2006, 2. ed.
- LOUIS CABALLÉ, Ana Isabel, *La responsabilidad del fabricante por lo defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid, 2006.
- MARCO MOLINA, Juana, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007.
- MARINS, James, *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, Biblioteca de Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, v. 5, p. 153-154.
- MARTÍN DEL PESO, Rafael, “Algunas cuestiones jurisprudenciales sobre la ley de responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad del prestador de servicios desde el punto de vista del consumidor”, en *Hacia un código del consumidor*, dir. AZPARREN LUCAS, A., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *La responsabilidad civil*, Colex, Madrid, 2004, 3. ed.
- MELO, Nehemias Domingos de, *Da defesa do consumidor em juízo: por danos causados em acidente de consumo*, Atlas, São Paulo, 2010.
- MIGLIORA, Luiz Guilherme, BASTOS, Felipe, FRANÇA, Thomas Belitz, *As ações indenizatórias movidas por fumantes contra empresas que produzem cigarros no direito comparado e brasileiro*, Revista dos Tribunais, núm. 846, abr., São Paulo, 2006.
- MUNAR CADENA, Pedro Octavio, “La responsabilidad por productos. Los grandes hitos de su evolución”, Gual Acosta, José Manuel, en *Derecho del consumo: problemáticas actuales*, GUAL ACOSTA, J. M., VILLALBA CUÉLLAR, J. C., Bogotá, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Summa de Probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2008.
- OLIVEIRA, James Eduardo, *Código de defesa do consumidor anotado e comentado*, Atlas, São Paulo, 2004.
- PAÑOS PÉREZ, Alba, *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería, Almería, 2010.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990.

____ Comentario a los arts. 128 a 149 TRLGDCU, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Navarra, 2009.

____ *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, “Daños causados por productos”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dirs. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, Madrid, 2011.

PERTIÑEZ VILCHEZ, Francisco, “Disposiciones generales en materia de responsabilidad”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dirs. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., Iustel, Madrid, 2011.

PICATOSTE BOBILLO, Victoria, *La Protección de los Consumidores en la Compraventa de Vehículos Automóviles*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

PRIETO MOLINERO, Ramiro José, *El riesgo de desarrollo: un supuesto paradójico de la responsabilidad por productos*, Dykinson, Madrid, 2005.

PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo, *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2006.

REYES LÓPEZ, María José, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del 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.

____ *Manual de derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luis Antônio, *Curso de direito do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 2011, 6. ed. rev. e atual.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis, *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, RGD, Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*, Aranzadi, Navarra, 2002.

RUBIDO DE LA TORRE, Carlos, *Derecho del Consumo*, RGD, Valencia, 2000.

RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, “Diez años de litigación del tabaco en España”, en *Apéndice 2009 al Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Civitas, Navarra, 2010.

RUIZ GARCÍA, Carlos Alb. y MARÍN GARCÍA, Ignacio, “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”, *Indret*, Octubre, 2006.

- RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLEFELIU, Josep, *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid-Barcelona, 2004.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II”, *Indret*, Octubre 2002.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, SALGUERO, José Piñeiro, PUIG, Antoni Rubí, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Lawenforcement)”, *Indret*, octubre, 2003.
- SÁNCHEZ BARRI, José Luis, “Las garantías de los productos en el TR-LGDCU”, SÁNCHEZ BARRIOS, M^a Inmaculada (dir.), en *Estudios sobre consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- SANCHIS CRESPO, Carolina, “La prueba en los procesos de consumo”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. BARONA VILAR, S., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A., *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.
- SEUBA, Joan Carles, “Comentario a la STS, 1^a, 22 mayo 2001, sobre responsabilidad por productos”, *Indret*, Abril 2002.
- SILVA NETO, Orlando Celso da, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Forense, Rio de Janeiro, 2013.
- SIMÃO, José Fernando, “Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do Consumidor”, São Paulo, Atlas, 2003.
- TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, Forense, São Paulo, 2013, 2. ed.
- TÉLLEZ ROCA, Julia, “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, dirs. ARIZA COLMENAREJO, M. J., GALÁN GONZÁLEZ, C., Reus, Madrid, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 8. ed.
- TORRELLES TORREA, Esther, *Las garantías de los productos en el TR-LGDCU*, *Estudios sobre consumo*, dir. SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ____ Comentario al art. 117 TRLGDCU, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- ____ “El derecho de consumo en el siglo XXI”, pp. 477-510, en *Realidades y tendencias en el siglo XXI*, Derecho privado, tomo IV, vol. 1, Editorial Temis, Bogotá, 2010.

ULHOA COELHO, Fábio, *Curso de direito comercial*, Saraiva, 3. ed., v. 1.

VEGA GARCÍA, Fernando L. de la, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1998.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Granada, 2004.

VICENTE DOMINGO, E., “Apuntes sobre la responsabilidad del fabricante por los llamados riesgos del desarrollo”, en *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1992.

____ *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994.

VIEIRA DE MELLO, Sônia Maria, *O direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*, Renovar.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, São Paulo, Saraiva, 2010.

VILLAÇA AZEVEDO, Marcos de Almeida, *Aids e responsabilidade civil*, São Paulo, Atlas, 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, ACOSTA MÉRIDA, María del Pino, *Derecho del Consumo*, Cálamo, Madrid, 2005.