



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

# **La responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos en Colombia: Una perspectiva desde el Análisis Económico del Derecho (AED)**

**Alejandro Nova Cuestas**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Bogotá, Colombia  
2021

# **La responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos en Colombia: Una perspectiva desde el Análisis Económico del Derecho (AED)**

**Alejandro Nova Cuestas**

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título  
de:

**Magister en Derecho**

Director:

Doctor Javier Sanclemente Arciniegas

Codirector:

Doctor Óscar Andrés Lizarazo Cortés

Línea de Investigación:

Derecho Privado Económico

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Bogotá, Colombia

2021

*A mis padres y a mi esposa, la inspiración de  
todos mis días...*

## Declaración de obra original

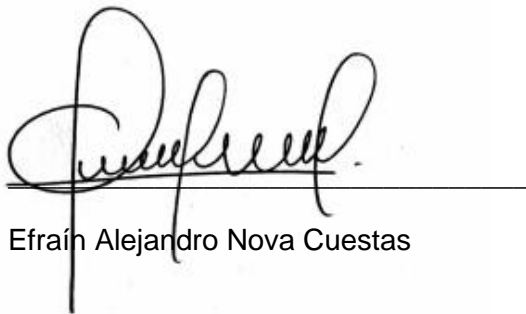
Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.



Efraín Alejandro Nova Cuestas

Fecha 16 de febrero de 2021

## **Agradecimientos**

Agradezco a la Universidad Nacional de Colombia, a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, porque gracias a las enseñanzas que me brindaron durante gran parte de mi vida en el pregrado de Derecho, en la Especialización y ahora en la Maestría, he podido cumplir con éxito cada una de las metas que me propuse cuando inicié el camino académico.

Doy las gracias al Profesor Javier Sanclemente Arciniegas por su gran sabiduría y apoyo en momentos cruciales en la elaboración del presente trabajo, igualmente a mi tutora la Profesora Andrea Alarcón Peña, por su contribución a la elaboración del proyecto de grado.

Ni qué decir de mis Maestros Hilda González Neira, Edgardo Villamil Portilla, Jesús Vall de Rutén Ruiz y John Freddy Saza Pineda, quienes siempre me han apoyado en mi vida profesional y son un modelo a seguir académica y personalmente, a ellos les agradezco la paciencia y el cariño que me han tenido en mi proceso de aprendizaje.

Por último, agradezco al Doctor Álvaro Fernando García Restrepo, quien me inspiró a retomar los estudios de la Maestría y me otorgó su confianza para culminarlos.

## Resumen

### **La Responsabilidad del Fabricante por los Defectos en sus Productos en Colombia: Una Perspectiva Desde el Análisis Económico del Derecho (AED)**

En el ejercicio de una actividad económica se pueden ocasionar daños que afectan el bienestar de los terceros (externalidad negativa), por tal razón es necesaria la intervención del Estado para corregir esa falla del mercado mediante, por ejemplo, la promulgación de normas legales que limiten o prohíban la actividad. Precisamente, en la comercialización de un producto el fabricante puede llegar a afectar la integridad del consumidor, si el bien contiene algún defecto en su fabricación, diseño, información o embalaje. La presente investigación aborda el estudio del sistema jurídico de la responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos en Colombia, a partir de un análisis de los elementos que lo componen a la luz del Estatuto del Consumidor vigente (Ley 1480 de 2011) y la naturaleza y el fundamento de aquella. Además de esa temática, el trabajo presenta una perspectiva de los daños por productos defectuosos desde el análisis económico del derecho, para de allí, reflexionar si en Colombia esa clase de responsabilidad, tal y como está consagrada en la legislación, genera beneficios para la sociedad.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho, Producto Defectuoso, Responsabilidad del Fabricante, Responsabilidad Estricta u Objetiva.

# **Abstract**

## **The manufacturers' liability for defects in their products in Colombia: A perspective from the Law of Economics**

In economic activity, damages to third parties may be caused (negative externality). For this reason, the intervention of the governments is necessary to correct that market failure. For Instance, the rules that limit or prohibit the activity. If the goods contain a defect in their manufacture, design, information, or packaging, the manufacturer may affect the integrity of the consumer. This research addresses the study of the legal system in relation to manufacturers' liability for defects in their products in Colombia. It is based on an analysis of the elements of the Consumer Statute (Law 1480 of 2011); the nature and foundation of it. In addition, the work presents a perspective from the law of economics on damages due to defective products. The research reflects on whether in Colombia that kind of responsibility, as enshrined in the legislation, generates benefits for society.

**Keywords: Law of Economics, Defective Product, Manufacturers' Liability, Strict Liability.**

# Contenido

|  |    |
|--|----|
| Resumen .....  | 6  |
| Abstract .....   | 7  |
| Contenido .....  | 8  |
| Introducción .....   | 11 |
| Capítulo 1 .....   | 14 |
| El Análisis Económico del Derecho (AED) .....                                | 14 |
| 1.1. La Necesidad de la Intervención del Estado .....                        | 14 |
| 1.2. Las Fallas del Mercado.....   | 20 |
| 1.2.1. Las Externalidades. ....  | 21 |
| 1.2.2. La falla de competencia. ....   | 22 |
| 1.2.3. Los Bienes Públicos.....  | 24 |
| 1.2.4. La Asimetría de la Información. ....                                  | 24 |
| 1.3. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho (AED)?.....                   | 25 |
| 1.4. Las Principales Escuelas del Análisis Económico del Derecho (AED). .... | 29 |
| 1.4.1. La Escuela Ortodoxa.....  | 30 |
| 1.4.2. La Escuela de New Haven o Social Choice. ....                         | 31 |
| 1.4.3. La Escuela Institucional. ....  | 31 |
| 1.4.4. La Escuela Neoinstitucional o la Nueva Economía Institucional. ....   | 32 |
| 1.5. Las Bases del Análisis Económico del Derecho (AED).....                 | 32 |
| 1.5.1. La Racionalidad de los individuos.....                                | 32 |
| 1.5.2. La Eficiencia. ....   | 34 |
| 1.5.3. Las Normas como Precios.....  | 39 |
| 1.6. Críticas al Análisis Económico del Derecho (AED). ....                  | 39 |
| Capítulo 2 .....   | 42 |



|   |    |
|---|----|
| El Régimen de la Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos de sus Productos en Colombia. ....   | 42 |
| 2.1. Breve Recuento Histórico de esta Clase de Responsabilidad.....   | 42 |
| 2.1.1. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Europa. 43   |    |
| 2.1.2. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Norteamérica. ....   | 45 |
| 2.1.3. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Colombia. ....   | 47 |
| 2.2. El Ámbito de Aplicación Esta Clase de Responsabilidad en el Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011). ....   | 48 |
| 2.2.1 La Obligación de Seguridad.....   | 48 |
| 2.2.2. El Ámbito de aplicación. ....  | 51 |
| 2.3. Los Elementos que Estructuran la Responsabilidad por Productos Defectuosos en Colombia.....  | 59 |
| 2.3.1. El Daño.....   | 59 |
| 2.3.2. La Prueba del Defecto del Producto.....  | 60 |
| 2.3.3. El Nexo Causal. ....   | 62 |
| 2.4. Las Causales de Exoneración del Productor. ....  | 64 |
| 2.4.1. Fuerza Mayor o Caso Fortuito. ....   | 64 |
| 2.4.2. Culpa Exclusiva del Afectado.....  | 65 |
| 2.4.3. Hecho de un Tercero. ....  | 66 |
| 2.4.4. Cuando el Fabricante no Haya puesto el Producto en Circulación.....  | 66 |
| 2.4.5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma..... | 66 |
| 2.4.6. El Riesgo de Desarrollo. ....  | 67 |
| 2.5. Naturaleza y Fundamento de esta Clase de Responsabilidad. ....   | 67 |
| Capítulo 3 .....  | 73 |
| La Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos en sus Productos desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED). ....   | 73 |
| 3.1. El AED de la Responsabilidad Civil. ....   | 73 |
| 3.1.1. El Origen Histórico del AED de la Responsabilidad Civil. ....  | 73 |
| 3.1.2. La Función Económica del AED de la Responsabilidad Civil. ....   | 76 |
| 3.1.3. La Noción Económica de los Elementos que Estructuran la Responsabilidad Civil. 79  |    |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Subjetiva o por Culpa. ....  | 81  |
| 3.2.1. La Precaución.....  | 82  |
| 3.2.2. El Nivel de la Actividad.....   | 83  |
| 3.2.3. La Regla Learned-Hand.....  | 84  |
| 3.3. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Estricta u Objetiva.....   | 86  |
| 3.3.1. La Precaución.....  | 87  |
| 3.3.2. El Nivel de la Actividad.....   | 87  |
| 3.3.3. Los Costos Administrativos.....   | 88  |
| 3.3.4. La Evitación de los Costos de Errores. ....   | 89  |
| 3.3.5. Los Seguros.....  | 89  |
| 3.4. El AED de la Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos en sus<br>Productos.....                           | 90  |
| 3.4.1. El AED de la Responsabilidad por Productos defectuosos. ¿Responsabilidad<br>Estricta o Subjetiva? .....             | 90  |
| 3.4.2. La Norma Eficiente de la Responsabilidad por Productos desde la Perspectiva<br>del AED. ....                        | 91  |
| 3.4.3. El AED y los Riesgos de Desarrollo en la Responsabilidad por Productos.....   | 92  |
| 3.5. Algunas Reflexiones Sobre el AED de la Responsabilidad por Productos<br>Defectuosos en Colombia. ....                 | 98  |
| 3.5.1. La Responsabilidad por Productos en Colombia no estimula la precaución.<br>99                                       |     |
| 3.5.2. La Responsabilidad por Productos en Colombia tampoco incentiva al<br>productor a reducir su nivel de actividad..... | 100 |
| 3.5.3. La Responsabilidad por Productos en Colombia y los costos administrativos.<br>100                                   |     |
| Conclusiones .....   | 102 |
| Bibliografía.....  | 105 |

## Introducción

La ley 1480 de 2011 reguló la responsabilidad por productos defectuosos, para lo cual estableció un elenco de derechos a favor de los consumidores y una serie de obligaciones a cargo del fabricante, además, fijó los presupuestos a partir de los cuales este último se encuentra obligado a resarcir los perjuicios acaecidos por los eventuales desperfectos de los bienes y servicios que elabora o presta. De otra parte, en ese estatuto se materializó el mandato contenido en el artículo 78 de la Constitución Política en cuanto a la obligación del fabricante de garantizar la seguridad de los bienes que pone en circulación en el mercado, creando de esta manera un sistema de daños, que desde el punto de vista de un sector de la doctrina, es estricto u objetivo, esto es, que el victimario -fabricante- responde por el sólo hecho de la defectuosidad del producto, pero que otra fracción de la opinión considera que no lo es porque dentro de sus disposiciones prevé la carga del consumidor de acreditar dicha defectuosidad y la eximente de responsabilidad por riesgos de desarrollo, lo que, sin duda, implica el establecimiento de un régimen subjetivo o basado en la culpa.

Pero además de la discusión jurídica sobre la definición del régimen de responsabilidad contenido en el mandato aludido y que el presente trabajo pretende exponer, la investigación también gira en torno a un tema en el que, en las últimas décadas, se ha gastado tinta y en el que se ha intentado explicar la mayoría de los ámbitos del derecho a partir de los principios y las bases de la ciencia económica, esto es, el análisis económico del derecho. Y es que, para los abogados intentar abordar esa temática de por sí resulta controversial, no sólo por el desconocimiento científico de la microeconomía que ostenta con recelo los economistas, sino, además, por lo pretensioso que sería incursionar en problemáticas ajenas a los valores y principios sobre los que históricamente descansan las instituciones jurídicas, para estudiar, a partir de la economía, la estructura de éstas o criticar sus pilares, los cuales, se reitera, desde antaño han sido profundamente estudiados.

Por tal razón, en el Capítulo 1 de este escrito se estudiará el análisis económico del derecho (AED), tomando como partida la necesidad de la intervención del Estado en la economía, porque es desde ese punto en que el derecho y la economía comienzan a relacionarse entre sí, pues con el propósito de corregir las fallas del mercado (externalidades, las fallas de competencia, los bienes públicos y la asimetría de la información), el Estado promulga leyes para establecer tributos, regulaciones o para endurecer el sistema de responsabilidad. No obstante, las normas así vistas, sin duda, siempre tendrán consecuencias en todos los aspectos de la sociedad, en especial, en la economía y la herramienta que en las últimas décadas se utiliza para medir el impacto de aquellas es, precisamente, el análisis económico del derecho (AED), por eso es que en esa misma parte del trabajo se expondrá en qué consiste esa corriente de pensamiento, las diferentes escuelas que a lo largo de su existencia se han dedicado a explorarlo, las bases en que se fundamenta y las críticas que se le hacen.

A continuación, en el Capítulo 2, se abordará desde la visión jurídica uno de los temas principales del trabajo: el régimen de responsabilidad civil del fabricante por los defectos en sus productos, comenzando con un sucinto recuento de la evolución histórica de esta institución desde el siglo XIX, cuando la solución de las controversias entre fabricantes y consumidores se regía por el acuerdo de voluntades entre éstos plasmada en un contrato, hasta la época actual en donde existe una regulación expresa sobre esta clase de responsabilidad tanto en Europa, Norteamérica y en Colombia. Una vez situados en ese escenario, se enunciará el ámbito de aplicación de la responsabilidad por productos en Colombia, después se emprenderá el estudio de los elementos que la estructuran a la luz del Estatuto del Consumidor vigente (ley 1480 de 2011) y una vez allí se explicaran las eximentes por las que el fabricante se libera de responsabilidad, para luego, finalizar con la naturaleza y fundamento de este tipo de responsabilidad, temática que se reservó para el final por dos motivos; en primer lugar, porque sobre ese punto aún existe desacuerdo en la doctrina sobre si el régimen contemplado en el estatuto es estricto u objetivo o subjetivo o con culpa; y en segundo término, porque dependiendo de lo que en este punto se plantee y la conclusión a la que se arribe, dicha institución se analizará desde la perspectiva económica del derecho en el siguiente capítulo.

Por último, en el Capítulo 3 se explicará los principales fundamentos en que se basa el análisis económico del derecho para estudiar la responsabilidad civil extracontractual, comenzado por sus orígenes históricos, luego se examinará la función económica de ésta y los enfoques desde la visión económica de los dos regímenes fundamentales: el subjetivo o con culpa y el estricto u objetivo. Una vez situados en esos dos estadios, se verá cuál de éstos resulta más apropiado desde la concepción del AED y la norma que desde esta perspectiva resulta más benéfica para la sociedad. Con tal miramiento del tema, finalmente se harán algunas reflexiones sobre el AED de la responsabilidad por productos defectuosos en Colombia.

# Capítulo 1

## El Análisis Económico del Derecho (AED)

*1.1. La Necesidad de la Intervención del Estado; 1.2. Las Fallas del Mercado; 1.3. Qué es el AED; 1.4. Principales Escuelas del AED; 1.5. Las Bases del AED; 1.6. Críticas al AED.*

### **1.1. La Necesidad de la Intervención del Estado.**

En el periodo histórico denominado el “absolutismo”, el poder político se hallaba en cabeza de un solo individuo, el “rey”, quien ejercía su mandato sin ninguna limitante o contrapeso. Se parte de esta premisa, para significar la importancia del cambio que trajo consigo la revolución francesa, pues a más de plantearse la separación de los poderes como forma de organización política del Estado y la igualdad formal de los “hombres”, también se garantizó el ejercicio de la libertad en todos sus ámbitos como derecho inmanente al ser humano, eso sí, dentro del imperio de la ley. De hecho, impulsados por la garantía a la libertad, consecuencia del nuevo Estado liberal, la sociedad en general extendió los efectos de la aplicación de esa prerrogativa a las relaciones económicas y al mercado, hasta el punto de evitar cualquier intervención innecesaria del Estado en esos ámbitos.

En sentir de Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. (2004), la nueva concepción de Estado basado en la garantía de la libertad, impulsó la idea de que la economía y el mercado se autorregulaban por los designios de la oferta y la demanda de bienes y servicios, libre de toda intervención, acompañada de la supuesta “racionalidad” de la que estaba investida la sociedad (García-Pelayo, M. 2005, p. 22), de esta manera, durante el siglo XIX y hasta principios del siglo XX, preponderaron las tesis de autores como ADAM SMITH, quien sostenía que los mercados eran perfectamente competitivos y debía proscribirse cualquier injerencia del Estado en ellos, ya que “cuando el gobierno impide que los precios se ajusten naturalmente a la oferta y la demanda, impide también que la habilidad de la mano invisible funcione para coordinar las decisiones de millones de hogares

y empresas” (Mankiw, N. G., 2012, p. 11). En definitiva, Borda, R. (1999) citado por Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. (2004, p. 75), para ADAM SMITH el Estado tenía tres obligaciones principales:

la primera, consistente en proteger a la sociedad de los violentos y de las agresiones que otros estados pudieran cometer; la segunda, velar por una exacta administración de justicia; y la tercera, la realización y conservación de determinadas obras públicas y determinadas instituciones públicas, cuya producción no es rentable económicamente a los particulares. (p. 75).

Pero, justo es decir que ADAM SMITH no rechazó caprichosamente la intervención estatal en la economía, su pensamiento estaba fundado en el derecho del hombre a ejercer la libertad en el marco del orden jurídico y, precisamente, la injerencia de los gobernantes en el escenario del mercado podría significar la imposición de prohibiciones y medidas coercitivas en la actividad mercantil “con el propósito de conseguir determinadas realizaciones, pero al margen de la regular obligatoriedad de las leyes generales” (Hayek, F. A., 2006, p. 303).

Pero ese “culto” a la libertad y al mercado condujo a que la teoría económica clásica sostuviera que las crisis económicas se solucionaban con los “mecanismos del mercado en razón de que, de acuerdo con la ley de Say, la oferta genera su propia demanda” (Plazas Vega, M. A., 2014, p. 68), mirándolo así, y teniendo en cuenta que tanto el productor y el consumidor eran agentes ‘racionales’, la producción y la adquisición de bienes y servicios zanjarían los problemas que se llegaran a presentar en los mercados, dado que, la “depresión conlleva reducciones de los salarios y de las tasas de interés que, como tales, estimulan las empresas a invertir y, en última instancia, dan origen a la movilización de la economía y a la superación de la crisis” (Plazas Vega, M. A., 2014, p. 68).

Cierto es que, aquellos postulados quedaron en duda con la crisis económica mundial de 1929; los mecanismos del mercado no sirvieron, debido a que, en primer lugar, las empresas dejaron de producir por la cantidad de bienes y servicios acumulados y listos para poner en circulación en el mercado, sumado a que los consumidores ya no contaban con un ingreso salarial para adquirir esos bienes y servicios a causa del desempleo (Plazas Vega, M. A., 2014), aunado a ello, según el autor en comento los,

ahorros acumulados por las personas en etapas de auge no fueron entregados a los empresarios a bajas tasas de interés ni permitieron que de esa manera se superara la crisis, porque los empresarios no lo requerían y porque en lugar de invertirse se destinaron al gasto de sus titulares como único recurso ante la reducción o la inexistencia de ingresos. (p.p. 68-69).

Ante ese escenario, en 1936 JOHN MAYNARD KEYNES se percató de que los “grandes problemas del mundo capitalista consisten en el desempleo y en la concentración de la riqueza y del ingreso” (Plazas Vega, M. A., 2014, p. 74), por tal razón, para recomponer la economía era indispensable el “aumento de la capacidad adquisitiva de las masas, que operara, a su vez como causa para el crecimiento de la producción y, por consiguiente, de la oferta de empleo” (García-Pelayo, M., 2005, p. 20). Para lograr ese objetivo, resultaba necesaria la intervención del Estado en la economía, pero no como un ente vigilante, sino, más bien como un “agente activo”, injerencia que, según Plazas Vega, M. A. (2014), estaba dada de dos maneras: en primer lugar, mediante “mecanismos necesarios para lograr la redistribución” como la creación de leyes de fijación de “tasas de interés, control de precios, régimen de arriendos etc.”; y, de otro lado, participando activamente en la “economía a través del gasto público”, pues el “paradigma Keynesiano llega a sostener que si es necesario emitir dinero para permitir que el Estado realice una gestión económica del gasto público, se debe proceder sin temor si de esa manera logra recuperar su dinámica la economía” (Plazas Vega, M. A., 2014, p. 74). En resumidas cuentas, si el Estado no toma parte de la economía, ello genera “el abuso del poder económico, la explotación de los trabajadores y la concentración de los medios de producción en pocas manos” (Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C., 2004, p. 76).

No obstante, después de la segunda guerra mundial las potencias se hallaban en dos escenarios principales; de un lado, la libertad de mercado junto a una “civilización industrial y postindustrial”, y de otro, la intervención estatal en la economía (García-Pelayo, M., 2005, p. 18). Escoger una u otra forma en la dirección de la economía resultaba problemático, pues de seleccionar el primer modelo, esto es, la economía de mercado, era retomar un sistema fallido que trajo consigo condiciones desfavorables para la sociedad (García-Pelayo, M., 2005); contrariamente, elegir una injerencia estatal plena significaba implantar un “socialismo de inspiración soviética” (García-Pelayo, M., 2005, p. 20), que era necesario evitar a toda costa.



Con el propósito de solucionar esa dicotomía, la Escuela de Friburgo ideó el concepto denominado “ordoliberalismo”, el cual supone que “la economía perseguirá el principio de libertad de toda una sociedad” (Alarcón Peña, A., 2016, p. 112), en definitiva, dicha ideología propende por un “Estado fuerte”, cuyas obligaciones en materia económica estén dirigidas, según Hofmann, H., (2002, p. 248), por: a.) una economía de mercado basada en el “orden social en su integridad con sus valores y normas”; b.) la “conformación de un orden de competencia por medio de un sistema de precios funcional”; c.) una moneda estable y un mercado abierto; d.) la protección de la “propiedad privada y la libertad contractual y, ante la tendencia de limitar responsabilidades, preocuparse por una reglamentación de la responsabilidad”; e.) la regulación de los monopolios; f.) la “tributación progresiva”; g.) la imposición de límites a la “planificación de las empresas en vistas a indeseables efectos externos”; y h.) la “protección del trabajo hasta el señalamiento de un salario mínimo”.

De esos postulados, se alimentaron las constituciones europeas promulgadas en la postguerra, modelo que llamaron la “economía social de mercado”, el cual, en palabras de Alarcón Peña, A. (2016), busca “matizar los postulados del liberalismo clásico que confiaba en la autonomía del mercado y su facultad autorregulatoria” (p. 112) y en la participación “activa” del Estado en la economía. Ese modelo es propio del “Estado Social de Derecho” y en materia de intervención en la economía, según Polo Rosero, M. (2004), citado por Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. (2004, p. 76), tiene cinco funciones primordiales, a saber:

(i) una función de redistribución del ingreso y de la propiedad; (ii) una función de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos; (iii) una función de asignación de recursos, es decir, de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado con el fin de cumplir los deberes a él asignados, principalmente, en obligaciones constitucionales indelegables e intransferibles, tales como, garantizar el acceso universal y solidario a la educación y salud; (iv) una función de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento; y (v) una función de regulación económica y social (p. 76).

De otra parte, en la visión que expone el Profesor Sanclemente-Arciniegas, J. (2018) a partir de la obra de GÉRARD FARJAT sobre el “derecho económico” en Francia, el autor en comento encontró tres estadios principales de la evolución de dicho concepto, a saber:

Un primer escenario, desde la noción de la intervención del Estado en la protección del “interés general” mediante normas de derecho público, cuya finalidad es controlar el “poder económico en las relaciones de los particulares” a través del establecimiento de un “orden público económico”, el cual, se caracteriza por un “control del poder contractual”, con el propósito de “reestablecer el equilibrio económico entre los particulares contratantes” (p.p. 42-43), brindando garantías “especiales” a la parte más débil de la relación negocial e imponiendo, al mismo tiempo, “obligaciones para la parte poderosa”, como por ejemplo, la de otorgar información, la de “someter un contrato a la aprobación previa de la autoridad como condición de su perfeccionamiento” (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018, p. 43), o la posibilidad de que el Estado establezca aspectos fundamentales del contrato como los “cánones de arrendamiento o de las tasas de interés” (p. 43).

Un segundo estadio, la intervención del Estado en los “poderes privados económicos”, esto es, las “personas privadas” que como consecuencia del funcionamiento del sistema capitalista y la acumulación de riqueza, tienen “un poder de decisión unilateral, similar, en el plano material, al de los poderes públicos” (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018, p. 44) y que, en virtud de esos poderes, tienen la capacidad de influir fuertemente en mercado para someterlo a sus condiciones. En esos eventos, el Estado toma cartas en el asunto mediante la imposición de normas sobre competencia (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018), no obstante, abandona todo intento de sancionar prácticas contrarias a la libre competencia.

Por último, un tercer escenario de la evolución del “derecho económico” según GÉRARD FARJAT, desde la visión del Profesor Sanclemente-Arciniegas, J. (2018), se denomina la “economía de derecho”, que no es otra cosa que la formación de un “dique que plantea límites al sistema jurídico ante las pretensiones hegemónicas de la economía” (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018, p. 46). En este evento, el Estado busca el “control jurídico” del “poder económico” y del “poder político”, a través de la “regulación económica”, es así que, para Sanclemente-Arciniegas, J., (2018), en sentir de FARJAT (2004), en las actuales condiciones, las sociedades requieren de “autoridades de regulación económica de naturaleza pública” (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018, p. 53), eso sí, con independencia del propio Estado y de los “poderes económicos privados”, además dotados de “competencias técnicas”, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado (Sanclemente-Arciniegas, J., 2018).

Ahora, en el caso de Colombia, el artículo 333 y siguientes de la Constitución Política establecen un modelo económico que tiende a proteger la actividad empresarial y la iniciativa privada “dentro de los límites del bien común”; también consagra la “libre competencia” como un “derecho de todos que supone responsabilidades”; además, trae a colación el concepto de “empresa” como un ente base del desarrollo de la sociedad y que “tiene una función social que implica obligaciones”; de otra parte, proscribire cualquier acto que impida el ejercicio de la “libertad económica” y faculta al Estado y a la ley para sancionar a las personas o a las empresas que abusen de la “posición dominante” en el mercado; y, en general, dispone que la “dirección general de la economía estará a cargo del Estado” y le otorga plena injerencia en la “explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados”. Basándose en lo anterior y en varios fallos de la Corte Constitucional, Alarcón Peña, A. (2018a) considera que el modelo económico implantado en la Constitución Nacional de 1991 “se ajusta a las condiciones” de la Economía Social de Mercado,

al articular las cláusulas que protegen la economía de mercado con aquellas que predicán el deber de solidaridad (arts. 1 y 95 C.P.), subsidiariedad, equidad, eficiencia e intervención que al Estado le corresponde como director de la economía (art. 334 C.P.)” (p. 166).

Bien pareciera por todo lo anterior que es necesaria la intromisión del Estado en la economía, sin embargo, independientemente que sea a mayor o a menor escala, lo importante es determinar si esa injerencia resulta apropiada y beneficiosa para el funcionamiento del mercado y para la sociedad. En efecto, en sentir de Hayek, F.A. (2006) la dinámica del mercado siempre va estar afectada por las políticas de un “gobierno”, de esta manera, bien que esas directrices intervengan en una mayor o menor medida, lo importante es “facilitar el desenvolvimiento de las fuerzas que espontáneamente actúan en dicha esfera” (p. 304), de ahí, la importancia de analizar las distintas regulaciones o políticas del Estado para intervenir en la economía, pues su objetivo radica en “adecuar sus instituciones para permitir un óptimo apoyo al mercado y promover así el crecimiento y el desarrollo económico” (De la Torre Vargas, D., 2014, p. 49).

Lo hasta aquí dicho, justifica la intervención del Estado en la economía y, precisamente, uno de esos factores en el que tiene injerencia activa es en el mercado, donde interactúan

las empresas y los consumidores; es así que, cuando se presentan fallas que afectan la asignación eficiente de los recursos entre los agentes, aparece el Estado para corregirlas a través de medidas como la imposición de impuestos, la regulación o la prohibición de la actividad o el endurecimiento de las normas sobre responsabilidad civil, por ejemplo. A continuación, se tratará el tema de las “fallas” o “fallos” del mercado y por qué se justifica la intervención del Estado para solucionarlas.

## **1.2. Las Fallas del Mercado.**

El fin primordial de los mercados es que los agentes que interactúan en él, a través de la dinámica de la oferta y la demanda, maximicen sus beneficios o incrementen su riqueza, así, el empresario o productor busca obtener la mayor ganancia a un costo menor y el consumidor satisfacer una necesidad, de esta manera, cuando los partícipes económicos alcanzan el “nivel máximo posible de beneficio” (Morales de Setién Ravina, C. *et al.* 2011, p. 48) se dice que tomaron una decisión *eficiente*, aunque sobre esta temática se ahondará más adelante, por ahora importa destacar que en un mercado de competencia perfecta, guiado únicamente por la ley de la oferta y la demanda, la eficiencia juega un factor importante para que tanto productores y consumidores tomen la decisión más favorable a sus intereses, la que, en sana lógica, será aquella que eleve al máximo su utilidad.

Sin embargo, aun cuando los

mercados sean eficientes, pueden no producir resultados socialmente deseables. Los ricos y poderosos pueden ‘explotar’ a otros en forma ‘eficiente’: las ganancias de unos son compensadas por las pérdidas de otros, y en la jerga económica tradicional, siempre que eso sucede los mercados son eficientes. Nadie puede estar mejor sin hacer que otro esté peor. Pero tales resultados son socialmente injustos, e inaceptables. Los gobiernos imponen normas para evitar esa explotación y lograr otros objetivos sociales (Stiglitz, J., 2010, p.13-28).

Entonces, suceden eventos en los cuales el mercado por sí solo no puede siempre beneficiar y asignar eficientemente los recursos a los agentes económicos, a ese fenómeno se le conoce como *fallas o fallos del mercado*, los cuales suelen solucionarse con la intervención del Estado. Las fallas del mercado más renombradas son las *externalidades*, las *fallas de competencia*, los *bienes públicos* y la *asimetría de la información*.

### 1.2.1. Las Externalidades.

Verdad es que, cuando los agentes económicos intercambian bienes y servicios buscan siempre alcanzar la mayor ganancia posible, no obstante, en pro de esa finalidad se pueden asumir costos externos que afectan a terceros (Cooter, R., & Ulen, T. 1998), se insiste, las externalidades son costos externos nocivos para los terceros, en el ejercicio de una actividad económica (Mankiw, N. G., 2012).

Dichos costos pueden ser favorables para las personas, caso en el cual se denomina externalidad positiva. Por ejemplo, cuando se construye un campo de golf que colinda con una casa, el beneficio es para el dueño de la casa por el solo hecho de tener la posibilidad de disfrutar la vista que impone el paisaje. Contrariamente, el costo puede ser negativo, verbigracia, cuando se instala un parqueadero de vehículos junto a una unidad residencial, causando ruidos molestos con sus alarmas y bocinas a los habitantes, o cuando el fabricante lanza al mercado un producto defectuoso y ocasiona un daño a los consumidores, estos ejemplos sirven a propósito de ilustrar el concepto de externalidad negativa.

El Estado se encarga de regular aquellas actividades que denotan costos externos negativos o externalidades negativas nocivas para los terceros, a través de varios mecanismos, verbigracia, la imposición de tributos, el endurecimiento del sistema de responsabilidad o, en definitiva, la prohibición cuando el daño generado por esa acción trae consecuencias insalvables. Se insiste, las externalidades surgen debido al ejercicio de una actividad económica y pueden beneficiar (beneficio externo) o afectar (costos externos) a las personas ajenas a esa actividad. En efecto, “el mercado falla en presencia de costos externos porque el generador de la externalidad no tiene que pagar por dañar a otros, de modo que se autocontrola en una medida insuficiente” (Cooter, R., & Ulen, T. 1998, p. 62).

Así es que, en materia económica, se plantea que las empresas tienen un *costo marginal privado* por cada bien que producen, valga decir, el gasto al margen o al borde que invierten para producir (Cooter, R., & Ulen, T. 1998), de igual manera, producir ese bien trae consigo un *costo para la sociedad*, el cual está dado por el *costo marginal privado* más “los costos marginales adicionales que se imponen involuntariamente a terceros, por cada unidad de

producción” (Cooter, R., & Ulen, T. 1998, p. 62). Y es que, en una economía de mercado las empresas siempre buscarán elevar al máximo su producción para obtener buenas ganancias, sin embargo, ese aumento significará mayores *costos sociales*, por tal razón, es conveniente que el Estado intervenga con el propósito de evitarlos (Cooter, R., & Ulen, T. 1998). Pero, cabe preguntar cómo hace el Estado para impedir la causación de esos *costos sociales*?. En opinión de Cooter, R., & Ulen, T. (1998):

La clave para alcanzar el óptimo social cuando hay externalidades consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea óptimo desde el punto de vista social, no desde el punto de vista privado. Esto se logra mediante políticas públicas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva de costo marginal social y no a lo largo de la curva de costo marginal privado. Cuando esto se logra, decimos que la externalidad ha sido interiorizada en el sentido de que la empresa privada la toma ahora en consideración (p. 62).

A fin de ilustrar dicha premisa teórica, visualícese el caso de una empresa que introduce al mercado un juguete. El fabricante invirtió en costos para producir muchas unidades de ese juguete con el objetivo de comercializarlo y así obtener una ganancia por ello. Sin embargo, el juguete tiene un desperfecto en su diseño que al introducirlo al mercado puede afectar la integridad de los niños que lo utilicen. El valor de la indemnización que debe asumir el fabricante de juguetes por el perjuicio acaecido es el costo social y la forma en que el Estado intervendrá para ajustar esa falla será, por ejemplo, fijando normas que lo hagan responsable de los daños ocasionados con el defecto del producto, lo cual incentivará la disminución de su actividad económica a un nivel en que no se perturbe el bienestar de la sociedad. Justamente, en el Capítulo 3 de este trabajo se ahondará sobre cómo las normas de responsabilidad son indispensables, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, para la evitación de los daños que atentan contra el bienestar social.

### 1.2.2. La falla de competencia.

Se denomina mercado perfectamente competitivo al escenario en el cual interactúan un sin número de vendedores y consumidores, además el bien o servicio ofertado es homogéneo, es decir, no existe diferencia entre uno u otro y los vendedores no tienen barreras para entrar o salir del mercado. En suma, el mercado de competencia perfecta tiene tres atributos:

a). La existencia de un sin número de agentes. Esta primera característica es fundamental en los mercados de competencia perfecta, toda vez que al existir muchas empresas ofreciendo un bien o producto y un sin número de consumidores dispuestos a comprarlo, ninguno de los agentes podrá influir en su precio. Así, el consumidor estará interesado en adquirir “una pequeña cantidad en relación con el tamaño del mercado” (Mankiw, N. G., 2012, p. 280) en tanto que, la empresa cobrará un precio limitado, porque las demás compañías ofrecerán idéntico bien o producto y de cobrar un valor elevado, el consumidor tendrá la posibilidad de adquirir el producto con otro oferente. Entonces, “compradores y vendedores en mercados competitivos deben aceptar el precio que el mercado determina y, por tanto, se dice que son tomadores de precios” (Mankiw, N. G., 2012, p. 280).

b). Un producto con características comunes. Se entiende que un bien o producto es homogéneo cuando el consumidor es indiferente al momento de elegir cuál bien comprar, sencillamente, el bien o servicio tiene cualidades idénticas, de tal manera que el comprador actúa con desdén al adquirirlo.

c). Un escenario libre, en el que el vendedor puede entrar sin ningún obstáculo con la posibilidad de salir cuando quiera, sin que se altere en el mercado el equilibrio del precio del producto.

Sin embargo, ocurre que en el mercado la competencia no siempre es perfecta. Coexiste en ese escenario una falla denominada *monopolio* en el que un solo vendedor o una empresa no tiene competidores, por lo tanto está en la capacidad de, en primer lugar, determinar la calidad del bien o servicio y, en segundo término, establecer su precio. Claro que esto no lo explica todo, según Mankiw, N. G. (2012) un *monopolio* surge por tres causas: a). Un “recurso clave” de propiedad exclusiva de la empresa para la producción; b). Una medida del Gobierno que le otorga a una compañía la explotación y la producción única de un determinado bien o servicio; y c). “una sola empresa produce a un costo menor que un gran número de productores” (p. 301).

Lo que importa destacar es que si no existiera regulación alguna al respecto, el mercado, en últimas, definiría la demanda y la oferta de productos; una empresa o compañía trataría de controlar la producción de un bien o la prestación de un servicio y fijaría unilateralmente

sus precios, por tal razón, es necesario el diseño de políticas estatales para frenar los abusos de los oferentes en relación con los consumidores.

El artículo 336 de la Constitución Política de Colombia establece que “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”. Así, el Estado colombiano impone que solamente puede establecerse un monopolio mediante ley y con observancia del interés general. Los juegos de suerte y azar y los licores nacionales son ejemplos de monopolios que fueron creados a través de la ley con un propósito público, como lo es el recaudo de recursos para garantizar la prestación de los servicios de salud y educación.

### 1.2.3. Los Bienes Públicos.

En materia económica un “bien público” es aquel que no tiene precio, el consumidor no paga nada para obtenerlo, entonces, “cuando los bienes están disponibles sin costo, las fuerzas del mercado que normalmente distribuyen los recursos están ausentes” (Mankiw, N. G., 2012, p. 217), por ende, “los mercados privados no pueden asegurar que se produzca y consuma en las cantidades apropiadas” (Mankiw, N. G., 2012, p. 218), de ahí que, pueda suceder que una persona abuse de su consumo generando un daño para los demás, quienes también tienen derecho a gozar de ese bien o servicio y es por ello que el Estado tiene la obligación de intervenir para regular su utilización. Ejemplos de bienes públicos son los parques, las calles, los árboles plantados en las zonas peatonales, las fuentes etc.

### 1.2.4. La Asimetría de la Información.

Para satisfacer las necesidades, los consumidores toman decisiones con base en sus preferencias, esto es, la capacidad de elegir entre priorizar un bien u otro, pero con el fin de llevar a cabo esa elección es indispensable que conozca todos los atributos del bien como su calidad, características, funcionamiento y garantía, sin embargo, en la mayoría de casos no tiene acceso a esa información o la búsqueda de la misma es infructuosa o simplemente la ignora, dejándolo en una situación de incertidumbre frente al bien o servicio que desea adquirir y en posición de inferioridad frente al productor o vendedor. Entonces, “cuando los vendedores saben más que los compradores acerca de un producto, o viceversa, decimos



que la información se distribuye asimétricamente en el mercado” (Cooter & Ulen 1998, p. 65).

Este fallo del mercado se presenta de dos maneras: el riesgo moral y la selección adversa. El poder de la *información* siempre está en cabeza de un agente al que llamaremos “A”, de otro lado, se encuentra el otro agente llamado “B”, a quien le resulta difícil indagar la conducta de “A”, en ese evento, “A” tendrá un incentivo para ocultar su actividad, debido a la ausencia de información de “B” (Mankiw, N.G., 2012, p. 468). Esa forma de actuar recibe el nombre de *riesgo moral* y los economistas lo ejemplifican con el teletrabajo, en donde el trabajador tiene un estímulo para eludir sus responsabilidades por la ausencia de monitoreo del empleador.

Por otra parte, se halla la *selección adversa*, la cual se presenta cuando el vendedor conoce más los atributos del bien o servicio que va a negociar, en ese evento, el comprador corre el riesgo de adquirir un producto de baja calidad precisamente porque ignora sus características, pudiendo obtener otro si estuviera bien informado (Mankiw, N. G., 2012, p. 470). El ejemplo clásico de esta clase de asimetría ocurre con la compraventa de los carros usados, en donde el vendedor tiene una mejor posición en la relación comercial frente al comprador, porque conoce el estado mecánico del vehículo.

Así que, en opinión de Stiglitz, J. (2010), cuando se presentan “grandes asimetrías e imperfecciones de información (es decir, situaciones en las que una parte sabe algo diferente de lo que saben otros), los mercados no son en general eficientes”. por tanto, para aliviar esta falla del mercado, el Estado utiliza distintos mecanismos con el fin de que los consumidores tengan derecho a informarse sobre los bienes y servicios que adquieren para garantizar el acceso efectivo de éstos al mercado, pues un consumidor bien informado conoce sus posibilidades y maximiza sus beneficios.

Pero cómo saber si las normas jurídicas cumplen el objetivo de solucionar las fallas del mercado? A continuación se abordará el instrumento que utiliza el derecho para evaluar las implicaciones de los estatutos legales en la economía.

### **1.3. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho (AED)?.**

Desde el punto de vista de la teoría contemporánea, el *derecho*<sup>1</sup> está compuesto por reglas, las cuales, a su vez, constan de dos pilares principales, en primer lugar, una conducta positiva o negativa de obligatorio cumplimiento para la sociedad y, en segundo término, de una sanción<sup>2</sup>. En palabras de Hoffmann H. (2002):

el derecho puede concebirse como un sistema de preceptos de conducta, de imperativos o proposiciones de deber, de proposiciones prescriptivas en lugar de descriptivas, y hacer finalmente de la ciencia de la naturaleza del derecho una ciencia simplemente de estructura y conexión sistemática de normas jurídicas como proposiciones de deber (p. 23).

En ese escenario, esto es en el marco de las normas jurídicas, las personas ejercitan su libertad, de ahí la máxima del derecho *libertatis est potestas faciendi id quod iure licet*, es decir, la “libertad es la facultad de hacer lo que la ley permite” (Mans Puigarnau, J., 1979, p. 139) y lo que no ha de consentir la ley lo sanciona, o por lo menos, así lo deja entrever Dworkin (1986):

Vivimos dentro y según la ley. Ella nos convierte en lo que somos: ciudadanos y empleados, doctores y cónyuges, personas que poseen cosas. La ley es espada, escudo y amenaza: insistimos en nuestro salario o nos negamos a pagar la renta, o nos vemos forzados a pagar multas o nos encierran en la cárcel, todo en nombre de lo que nuestro etéreo y abstracto soberano, el derecho, ha decretado. (...) Somos súbditos del imperio de la ley, vasallos de sus métodos e ideales, amarrados de espíritu mientras debatimos qué hacer (p. 11).

De esta manera, las personas ejercitan su libertad en el marco del ordenamiento jurídico, así, eventualmente, pueden guiar su forma de actuar por impulsos, deseos, pasiones o preferencias, pero todo dentro de los límites de la ley, lo que en la visión de Laporta, F. (2007), citando a KANT, denominó el “sentido negativo de la libertad”, que no es otra cosa que la ‘autonomía personal’ para interactuar dentro de los límites de las normas (Laporta, F. 2007, p. 24).

---

<sup>1</sup> Para Atienza, M. (2006), el derecho moderno se caracteriza por el formalismo, lo que Max Weber denominó, según este autor, ‘*racionalidad formal*’, lo cual significa que el derecho “*consiste esencialmente en reglas, o sea, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias*”.

<sup>2</sup> Aquí se ha expuesto un concepto formal del derecho con el propósito de identificar la relación con la ciencia económica, sin que sea dable descartar otras concepciones del derecho como el *ius naturalismo*, el *realismo jurídico* o las teorías sistemáticas del derecho planteadas por Habermas, Luhmann y Teubner.

Con tal restricción, esto es, la ley, las personas buscan satisfacer sus necesidades de todo tipo mediante *relaciones jurídicas*, ya sea con las cosas “de donde dimanen la propiedad, la posesión y los derechos reales desmembrados” (Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A., 2010, p. 2) o con sus semejantes, estas “relaciones suelen llamarse corrientemente ‘obligaciones’, en razón de suponer un vínculo jurídico entre personas. Un grupo se refiere a la satisfacción de necesidades de orden económico y otro a las necesidades de tipo heterosexual” (Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A., 2010, p. 2).

A la par del *derecho*, la ***economía*** también estudia el comportamiento de las personas. La palabra *economía* que tiene su origen el griego *oikonomos*, cuyo significado es “*el que administra una casa*” (Mankiw, N. G., 2012, p. 3), para Mankiw, N. G. (2012) la economía se trata de eso, de administrar un hogar en donde se distribuyen “los recursos, que son escasos, entre los diferentes miembros según sus habilidades, esfuerzos y deseos” (p. 3). Entonces, es la ciencia económica la encargada de estudiar cómo esos recursos (bienes y servicios) escasos deben ser repartidos de la manera más *eficiente y equitativa* en la sociedad.

Con antelación se dijo que las *preferencias* orientan el actuar de las personas, de modo que, éstas se encuentran en la capacidad de priorizar sus necesidades según las restricciones de orden legal, personal o económico. Así por ejemplo, en este último evento (económico) pueden elegir entre comprar un café o una bebida gaseosa, eso dependerá de la restricción presupuestal que posea y que está dispuesto a pagar por el bien, eso sí, siempre buscando *maximizar* su beneficio.

En resumidas cuentas, el *derecho* y la *economía*, convergen para estudiar el comportamiento de las personas. La primera, desde un punto de vista sancionatorio; la segunda, analiza cómo la conducta de las personas repercute en el precio de un bien o servicio, de ahí que, en sentir de Coote, R., & Ulen, T. (1998):

Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones a una manera muy similar a como responden a los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más

caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada (p. 13-14).

Es a partir de este pensamiento, que los economistas comenzaron a evaluar los efectos de las leyes en la economía, los distintos ámbitos jurídicos en que se desenvolvían las personas, como la propiedad sobre las cosas, los contratos, la familia, los procesos judiciales, los daños etc., de ahí surge el análisis económico del derecho, como una corriente de pensamiento para analizar, bien sea, las consecuencias de normas jurídicas en el campo económico o la formulación de las mismas. Para Cooter, R., & Ulen, T. (1998) el AED se encarga de estudiar la conducta humana a partir de cómo los individuos responden a una norma jurídica (teoría del comportamiento) y, desde allí, utilizar las bases científicas de la economía para analizar el derecho y las políticas públicas (teoría científica del comportamiento), de modo que:

Las leyes no son sólo argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes en esas metas, los jueces y otros legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un costo menor (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 14).

Según Schäfer, H.-B., & Ott, C. (1991) si el propósito de la ciencia económica es lograr que las personas satisfagan sus necesidades a través de la utilización de los recursos escasos que provee la sociedad, el objetivo del derecho y la teoría política económica, entonces, deberá ser la formulación de normas cuyo fin estimulen la eficiencia en el uso de esos recursos, precisamente, el AED evalúa las “normas del ordenamiento jurídico considerando como tarea legítima y necesaria de la ciencia jurídica, analizar en qué medida las reglamentaciones jurídicas evitan el despilfarro de recursos y aumentan la eficiencia” (Schäfer, H.-B., & Ott, C., 1991, p. 21). Pero el AED no solamente tiene por objeto el estudio del por qué las normas pueden llegar a malgastar los recursos, sino también examina las leyes en función a las consecuencias que generan en el campo económico, por tal razón, los autores en comento consideran que esta corriente del pensamiento se identifica con las “Teorías sociales consecuencialistas”, valga decir, aquellas que evalúan los efectos en “los actos y decisiones de la Administración, de los tribunales, e incluso los negocios de los particulares” (Schäfer, H.-B., & Ott, C., 1991, p. 21).

Ahora bien, existen varios enfoques del AED, los principales son el positivo y el normativo. El *positivo* busca describir la realidad del mercado a fin de elaborar un modelo para predecir las consecuencias de una determinada disposición legal, de esta manera, según Lorenzetti, R. L. (1999), el objetivo de esa corriente del AED es la eficiencia y la “función del Derecho es hacer que el Mercado funcione para lograrla” (párr. 42), así que el derecho “se transforma en una estructura redundante, que sólo adopta y repite las reglas económicas a fin de facilitar la actividad de los particulares” (Lorenzetti, R. L., 1999, párr. 44). En otro sentido, Arjona, A. M., & Rubio, M. (2002) explican que dicho enfoque intenta estudiar las normas jurídicas existentes y a partir de allí “establecer qué leyes permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables” (p. 120), en esa misma dirección, Alarcón Peña, A. (2018b) citando a Domenech (2014, p. 141), expone que esa perspectiva del AED pretende evaluar, de un lado, las “reacciones que tendrán los individuos frente a una norma determinada” (p. 141) y, de otra parte, “estudiar la forma en que determinadas circunstancias influyen en el contenido y forma de algunas decisiones jurídicas” (p. 141). Por otra parte, la corriente *normativa* busca analizar los preceptos legales para determinar cuáles situaciones son mejores para la sociedad en el ámbito económico y “en base a ello establecer escalas comparativas entre los efectos y un deber ser” (Lorenzetti, R. L., 1999, párr. 46), en otras palabras, el análisis normativo se encarga de estudiar cómo los agentes

(el legislador, la Administración, los tribunales, las partes contratantes, etc.), a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias (Domenech Pascual, G., 2014, p. 105).

A la par de las perspectivas acabadas de mencionar, también coexisten otras escuelas que basan sus investigaciones en el AED, las cuales se expondrán en el siguiente subtema del presente capítulo.

#### **1.4. Las Principales Escuelas del Análisis Económico del Derecho (AED).**

Entre las escuelas más representativas del AED se encuentran la *escuela Ortodoxa*, la *escuela de New Haven o Social Choice*, la *escuela Institucional* y la *escuela Neoinstitucional*.

#### 1.4.1. La Escuela Ortodoxa.

La *escuela ortodoxa* o también denominada *escuela de Chicago* fundamenta sus estudios, según Arjona, A. M., & Rubio, M. (2002), en la aplicación de la microeconomía y “en particular de la teoría de precios neoclásica” (p. 123) al análisis de las norma jurídicas, además, la *eficiencia* económica es el eje central del análisis económico, al igual que la racionalidad de los individuos para maximizar sus beneficios a través de los incentivos del mercado o los previstos en las leyes, de esta manera, la

idea de racionalidad es concomitante con la noción del comportamiento como un mecanismo de respuesta a los incentivos, y en particular al sistema de precios. Las leyes y las normas, por su parte, establecen sanciones que, en últimas, constituyen incentivos para el individuo y que el AED asimila a los precios (Arjona, A. M., & Rubio, M., 2002, p. 123).

Según Alarcón Peña, A. (2018b), esta escuela surge a partir del año 1960 con el trabajo del premio Nobel de Economía Ronald Coase titulado “El problema del Costo Social”, basado en el análisis económico del derecho de propiedad, posteriormente se fortalece con las contribuciones de Richard Posner y Guido Calabresi, quienes realizaron investigaciones orientadas al estudio del derecho a partir de los fundamentos de la economía.

En sentir de Morales de Setién Ravina, C., *et al* (2011), esta primera vertiente se dedicó a la observación del comportamiento de los individuos “en el mercado tradicional de bienes y servicios como son el derecho de la competencia, el derecho tributario o el derecho de los servicios públicos” (p. 17) y en la aplicación de la teoría económica en esos ámbitos. En esta corriente, el componente fundamental del AED es el *mercado*, el cual puede llegar a solucionar sus propias fallas sin necesidad de la regulación estatal, tal y como lo asegura Alarcón Peña (2018b):

Para esta escuela el fin último es la asignación eficiente de recursos, por ello es reconocida por su visión conservadora respecto al mercado, en la que la intervención del Estado en la economía resulta nociva por los problemas y costos a ella asociada. Las fallas del mercado resultaban ser una circunstancia que por la dinámica misma del mercado serían resueltas sin necesidad de un marco regulatorio que promoviera o facilitara la competencia y la competencia (p. 147).

#### 1.4.2. La Escuela de New Haven o Social Choice.

Esta escuela parte de la base de que el mercado es el escenario ideal para la asignación de los recursos, no obstante, reconoce que en él existen múltiples fallas que deben ser corregidas por el Estado, así que, las “políticas de corrección de las fallas de mercado deben, en la medida de lo posible, estar basadas en un análisis de todos los costos y los beneficios sociales” (Arjona, A. M., & Rubio, M., 2002, p. 124). Para Alarcón Peña, A. (2018b) esta vertiente del AED considera que la fallas del mercado deben ser reguladas por el “gobierno” a través de sus instituciones con el fin de evitar los “problemas de equidad que ocasionan serios problemas en el desarrollo social” (p. 149).

El principal exponente del criterio en comento es GUIDO CALABRESI (Alarcón Peña, A., 2018b), quien a partir del estudio de las reglas de los daños causados por accidentes, concluyó que éstas no solamente debían mirarse desde la eficiencia sino, además, desde la distribución y la justicia. Mercurio y Medena (1997), citados por Arjona A.M. y Rubio M. (2002), exponen el pensamiento de Calabresi, G. (1981), para quien los objetivos fundamentales del sistema de accidentes deben ser:

Primero (...) justo y segundo, debe reducir el costo de los accidentes (...) ningún sistema legal de daños puede operar si no toma en cuenta cuáles acciones se consideran buenas, cuáles malas y cuáles neutras. Cualquier sistema legal de daños que estimule acciones malas parecerá injusto a la opinión pública y a la comunidad aun cuando desde el punto de vista económico sea muy eficiente (pp. 124-125).

#### 1.4.3. La Escuela Institucional.

La tercera escuela se denomina *Institucional*, cuyo pensamiento se fundamenta en la relación entre los procesos legales y económicos, restándole importancia a la aplicación de la teoría microeconómica (Arjona A.M. y Rubio M., 2002). Esta relación, para Arjona A.M. y Rubio M. (2002), se descompone en dos fases; en primer lugar, “la manera como el sistema jurídico afecta (y se ve afectado) por el comportamiento de los agentes de una economía mixta” (p. 127); y, en segundo término, “cómo estos comportamientos afectan (y se ven afectados) por el desempeño económico” (p. 127).

#### 1.4.4. La Escuela Neoinstitucional o la Nueva Economía Institucional.

La *escuela Neoinstitucional* o la *Nueva Economía Institucional*, se centra en tres aspectos fundamentales: los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción (Arjona A.M. y Rubio M., 2002). Según Arjona A.M. y Rubio M. (2002) citando a North (1990), este enfoque del AED analiza la interacción entre las *organizaciones* y las *instituciones*, la interacción de estos agentes determina el “sendero institucional, la forma como se van configurando las instituciones en una sociedad” (p. 128). En el mercado participan un sinnúmero de personas quienes poseen información sobre sus derechos de propiedad y se interrelacionan según las reglas impuestas por las instituciones (la Constitución, la ley, los reglamentos etc.), estas *reglas de juego* establecen los *costos de transacción* en que deben incurrir las personas para negociar sus derechos, por tal razón una definición clara de esas *reglas* y el cumplimiento de éstas son indispensables para que los intercambios en el mercado sean eficientes. En este mismo sentido, Alarcón Peña, A. (2018b) opina que para la corriente en comento:

La existencia de un sistema económico con reglas claras que encuentren una fuente confiable, abierta y flexible –Constitución– permitirá un desarrollo económico más eficiente, en contraste con uno rígido y con dificultades para amoldarse y contemporizarse con las modificaciones y variaciones requeridas (p. 153).

En el presente trabajo, se acudirá a las escuelas *ortodoxa* y *New Haven* o *Social Choice*, a fin de estudiar, desde esas perspectivas del análisis económico del derecho, el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, por tal razón a continuación se expondrán las bases económicas en que se fundamentan sus premisas teóricas.

### 1.5. Las Bases del Análisis Económico del Derecho (AED).

Según Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011), existen tres presupuestos principales para el Análisis Económico del Derecho: la *racionalidad* de los individuos, la *eficiencia* y las “*normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios*”.

#### 1.5.1. La Racionalidad de los individuos.



En líneas anteriores, se dijo que de la autonomía de la voluntad de las personas se deriva la posibilidad de que los individuos adopten, en el ámbito de sus vidas, las decisiones que mejor les parezcan y beneficien. En el campo económico, ello se traduce en la racionalidad del sujeto en la elección de sus preferencias. Para Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011), citando a Ulen & Korobkin (2000), la racionalidad de los individuos se resume en cuatro premisas, a saber:

- a) “las personas que participan en el sistema jurídico actúan como maximizadoras racionales de sus deseos” (p. 45).
- b) Los sujetos escogen sus preferencias teniendo en cuenta la utilidad que les pueda aportar esa elección.
- c) Los individuos “intentan maximizar sus propios deseos” (p. 46).
- d) Los sujetos buscan maximizar su riqueza.

En sentir del autor en comento, esta concepción del comportamiento *racional* en materia económica, choca con estándares tradicionales del derecho como “el buen padre de familia” o la “conducta razonable” (p. 46). Así, para definir la “culpa leve” el artículo 63 del Código Civil recurre al concepto de “buen padre de familia”, esto es, la persona que emplea una diligencia cualificada en el cumplimiento de sus deberes, pero ese criterio de “racionalidad” que establece el ordenamiento jurídico colombiano, es totalmente diferente a la visión de “racionalidad” en la economía, en cuyo campo, un individuo es “racional” siempre que trate de “aumentar al máximo su interés propio” (Posner R., 2007, p. 26), en esa misma dirección, Mankiw, N. G. (2012) considera que las personas son racionales cuando “dadas las oportunidades, sistemática y deliberadamente hace todo lo posible por lograr sus objetivos” (p. 6).

Precisamente, uno de los principios de la economía plantea que: “las personas racionales piensan en términos marginales” (Mankiw, N. G., 2012, p. 6); la palabra marginal quiere decir en el margen o el borde, por lo tanto las “decisiones marginales” son aquellas que se toman en las fronteras bien sea, de los beneficios que se pueden alcanzar (*beneficio marginal*), ora, en los costos en que se puede incurrir (*costo marginal*), de ahí que, para los economistas, un “tomador de decisiones racional emprende una acción si y sólo si el beneficio marginal de esta acción es mayor al costo marginal” (Mankiw, N. G., 2012, p. 7).

### 1.5.2. La Eficiencia.

Desde el punto de vista de la *teoría del bienestar*, la *eficiencia* significa la “actividad que produce el nivel máximo posible de beneficio” (Morales de Setién Ravina, C., *et al.* 2011, p. 48), y para ello la sociedad “busca extraer lo más posible de sus recursos escasos” (Mankiw, N. G., 2012, p. 5). Desde una perspectiva liberal, el mercado tiene por objetivo que los individuos que participan en él tengan una ganancia en el desarrollo de su actividad económica; así por ejemplo, los fabricantes invierten tiempo, capital y trabajo a fin de posicionar un producto en el comercio; dicho producto entra en juego con las leyes de la oferta y de la demanda hasta llegar al consumidor final, luego, se evalúa el costo de producción del producto elaborado y la ganancia que se obtiene de éste, de ahí, surge el beneficio para el actor económico. Reitérese, la *eficiencia* desde el punto de vista puramente económico evalúa si el agente que participa en el mercado tomó la mejor o la peor decisión. Pero, cuáles son los criterios o la manera de examinar si las decisiones o las elecciones económicas son eficientes?

Con tal fin, los economistas acuden a varios criterios de eficiencia y entre los más destacados se encuentran el *teorema de Coase*, el *óptimo de Pareto* y el criterio de *Kaldor-Hicks*.

#### 1.5.2.1. El Teorema de Coase.

El materia jurídica, el derecho a la propiedad le otorga a sus titulares los siguientes atributos:

(i) el *ius utendi*, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el *ius fruendi* o *fructus*, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación; y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien (sentencia C-133-09, Corte Constitucional).

En líneas anteriores, se dijo que en el desarrollo de una actividad económica se puede lesionar el bienestar de los terceros (externalidad negativa), precisamente, cuando en el ejercicio de los atributos que otorga el derecho de propiedad se afecta negativamente los

derechos demás, lo lógico es que se presenten problemas entre las partes y ello conduzca al surgimiento de costos para lograr solucionarlos. Aquí, se retoma el ejemplo del parqueadero y del edificio residencial enunciado en el numeral 1.2.1. para explicar cómo pueden entrar en pugna el derecho de propiedad de los sujetos A y B.

El sujeto “A” decide instalar un parqueadero de buses y camiones de carga para funcionar las 24 horas del día en un lote de terreno contiguo a un edificio de apartamentos “B”, pero varias de esas unidades residenciales cuentan con ventanas hacia el nuevo parqueadero. Los camiones de carga y los buses ingresan al parqueadero a cualquier hora, en muchas ocasiones activan sus bocinas para que el vigilante abra el portón; una vez situados en su lugar, los conductores dejan activadas las alarmas de los vehículos por seguridad. Los residentes de la Propiedad Horizontal se quejan por el ruido de los vehículos del estacionamiento, pues entre las 10:00 p.m. y las 4:00 a.m. las alarmas de los coches se activan accidentalmente, además del estruendo generado a diario cuando se inician los motores de combustión de éstos.

El ordenamiento jurídico protege la actividad de “A” de explotar económicamente el lote de terreno contiguo al edificio de apartamentos “B”, a su vez, la ley también garantiza a los residentes de esta última propiedad el derecho a la tranquilidad. En esas condiciones, si “A” y “B” acudieran a reclamar ante los estrados judiciales, bien el derecho de explotar lícitamente la propiedad privada, ora, el derecho a la tranquilidad y al ambiente sano de la misma, resultaría altamente costoso para las partes la definición judicial de sus pretensiones, pues deberán incurrir en abogados, tiempo y gastos judiciales.

Precisamente, RONALD COASE a partir de su teorema sostiene que “en ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico” (Morales de Setién Ravina, C., *et al.* 2011, p. 51). Llámese *costos de transacción* al “costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un derecho con valor económico. Muchos de los costos de transacción están relacionados con la intervención del derecho (minutas de abogados, pago de licencias, documentos públicos notariales, registros [...])”(Morales de Setién Ravina, C. *et al.* 2011, p. 51). También esos costos abarcan el tiempo que se emplea para realizar un acuerdo y en general, “están ligados a

problemas de información: racionalidad limitada, oportunismo o conocimiento valioso que no se quiere difundir” (ib.).

En este sentido, si en la práctica “A” llegara a un acuerdo con “B” y ambos cooperaran para superar sus diferencias antes de acudir al aparato judicial, eventualmente, podrían incurrir en menos costos y, por ende, en una decisión eficiente. En este evento, las posibles soluciones a sus controversias serían:

- a) La instalación de ventanas que disminuyan el ruido en cada uno de los apartamentos contiguos al parqueadero (solución más costosa).

-Si el empresario asume la totalidad de la adquisición de esas ventanas, los costos por la prestación del servicio de estacionamiento se incrementaría con el fin de financiar los sobre costos que implica la instalación de las ventanas. El costo de la externalidad es alto para el empresario.

-Si los residentes asumen los costos de instalar ese tipo de vidrios, tendrán que pagar por una externalidad que no generaron.

-Si tanto el empresario como los residentes asumen en partes iguales el valor de adquisición de las ventanas, de igual manera, resultaría aún costoso para ambos agentes.

- b) La compra de cámaras y el pago de un vigilante adicional para que otorgue mayor seguridad al parqueadero y los conductores desactiven las alarmas de los vehículos (solución de costo medio).

- c) La fijación de un horario máximo de entrada y mínimo de salida de los carros para que no molesten el sueño de los habitantes del edificio, podría ser máximo a las 10: p.m. y mínimo 5:00 am. (Solución de menor costo).

- d) El pago de un dinero a la copropiedad por la explotación del parqueadero y las incomodidades generadas por el ruido.

Ahora bien, aunque el *Teorema de Coase* invita a los agentes a acordar sus derechos de propiedad para lograr una asignación eficiente de estos, no siempre ese objetivo se alcanza. Según Mankiw, N. G. (2011), los acuerdos privados a veces no funcionan porque los costos de transacción son elevados “cuando el número de partes interesadas es grande, debido a que es costoso coordinarlas” (p. 212), este último evento ocurre, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por productos, en el que un bien o servicio defectuoso puede ocasionar daños a un sinnúmero de consumidores, pues, como se explicará en el Capítulo 3, le corresponderá al ordenamiento jurídico determinar quién debe acarrear el costo social de esos accidentes. Así, para Morales de Setién Ravina, C. *et al.* (2011),

la segunda parte [del teorema de Coase] afirma que si los costos de transacción van a impedir celebrar una negociación que produzca una redistribución eficiente de los derechos, entonces el sistema jurídico podría efectuar una asignación de derechos que condujera a la situación más eficiente (p. 53).

Entonces, para Coase, R. (1960), si los costos de transacción son nulos los agentes del mercado pueden acordar una asignación eficiente de sus derechos de propiedad en busca de maximizar sus beneficios, independientemente de la regulación del sistema jurídico respecto de esos derechos. Sin embargo, cuando esos costos de transacción no pueden ser evitados, el sistema jurídico será el encargado de asignar los derechos de propiedad de manera eficiente. En palabras de dicho autor:

En vez de instituir un sistema legal que puede ser modificado por transacciones en el mercado, el gobierno puede imponer regulaciones que establezcan lo que la gente debe hacer o no y cuáles deben ser obedecidas. Así, el gobierno (mediante leyes o, quizá más probablemente, a través de una agencia administrativa) puede encarar el problema del perjuicio del humo, decretar que ciertos métodos de producción deben usarse o no (...) o pueden confinar algunos tipos de negocios a ciertos distritos (p. 100).

#### 1.5.2.2. El Óptimo de Pareto.

Otro de los criterios que emplean los economistas para medir la eficiencia de una decisión económica lo planteó VILFREDO PARETO a través del *óptimo de Pareto*, según el cual, “una asignación eficiente sería aquella en la que al menos una persona ve mejorada su posición y ninguna persona la ve empeorada” (Morales de Setién Ravina, C., *et al.* 2011, p. 49).

Cooter, R., & Ulen, T. (1998) sostienen, por su parte, que una situación es eficiente en el sentido de *Pareto* si “es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)” (p. 26). En esa misma línea de pensamiento, Sarmiento Lotero, R. & Castellanos, P. (2008) consideran que una asignación Pareto-eficiente es aquella en la que “no se deja de aprovechar ninguna oportunidad de realizar intercambios mutuamente beneficiosos, es decir, una asignación en la que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra” (p. 21).

Sin embargo, para Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011) lograr que una asignación sea eficiente en el sentido de Pareto es difícil en el mundo real, ello porque la dinámica de la oferta y la demanda algunas veces conlleva a que en un intercambio o decisión económica sirva para mejorar el bienestar de un agente y, a la vez, empeorar a otro. En sentido similar, Posner, R. (2007) opina que el óptimo de Pareto opera muy poco en la vida real debido a que “la mayoría de las transacciones (y si no una sola transacción, entonces una serie de transacciones semejantes) tiene efectos sobre terceros, aunque sólo sea porque cambian los precios de otros bienes” (p. 39). Y aquí volvemos al caso recientemente expuesto, en el que la empresa fabrica un producto defectuoso que pone en riesgo la vida o la salud del consumidor, por tal razón, la ciencia económica acude a otro criterio de eficiencia también basado en el concepto *paretiano* denominado el *criterio Kaldor-Hicks*.

#### 1.5.2.3. El Criterio Kaldor-Hicks.

Para Posner, R. (2007) cuando los economistas utilizan el término *eficiencia* en el campo del libre comercio, de la competencia o del “control de la contaminación” o de una determinada medida estatal, “nueve veces de cada diez se estará refiriendo a la eficiencia de Kaldor-Hicks” (p. 40). NICHOLAS KALDOR y JOHN HICKS plantearon que un “un resultado es más eficiente si los que quedan en mejores condiciones podrían en teoría compensar a los que quedan en peores y así llevarlos a una asignación eficiente en el sentido de Pareto” (Sarmiento Lotero, R. & Castellanos, P., 2008, p. 21). Para Schäfer, H.-B., & Ott, C. (1991), una decisión es eficiente según *Kaldor-Hicks* cuando:

al menos, un miembro de la sociedad resulta favorecido y, como mínimo, otro resulta perjudicado sólo debe ponerse en práctica si resulta posible indemnizar al perjudicado con

el beneficio del favorecido y si, a pesar de ello, éste último sigue teniendo alguna ventaja (p. 46).

Por último, Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011) dice que cuando se toma una medida legal siempre hay unos que resultan beneficiados y otros a quienes se le perjudica y, en ese sentido, la disposición jurídica será eficiente bajo el criterio *Kaldor-Hicks* si “las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado, es decir, que las ganancias de unos compensen las de otros” (p. 49).

### 1.5.3. Las Normas como Precios.

Otra de las bases del AED es que las normas jurídicas se comportan como los precios. En líneas atrás se mencionó que las personas responden a incentivos, así, cuando una disposición legal impone un deber y una sanción por ello, los individuos actúan absteniéndose de realizar esa acción; de lo contrario, si la ley decretara que un determinado comportamiento generará una consecuencia positiva, las personas procurarían por ejercer en mayor grado esa acción. Por ejemplo, el “estipular responsabilidad legal por una determinada acción sube el precio de la conducta prohibida y teóricamente debería disminuir el ‘consumo’ de esa actividad” (Morales de Setién Ravina, C., *et al.* 2011, p. 59 y 60).

## 1.6. Críticas al Análisis Económico del Derecho (AED).

Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011) sintetiza en tres grupos las críticas al Análisis Económico del Derecho (AED). En primer lugar, las “críticas a los supuestos en los que se basa la teoría”, según las cuales el AED parte de premisas que no atienden a la realidad como la atinente a la racionalidad de los individuos y a “la consideración de la norma como precios”; de esta manera, el

modelo de racionalidad del sujeto sería imperfecto e incapaz de describir el comportamiento real de los sujetos frente a sus decisiones y, en consecuencia, incapaz también de predecir con un cierto nivel de precisión las decisiones futuras de los sujetos (p. 62).

De otra parte, las normas jurídicas no solamente están basadas en un criterio de económico, sino que también contienen una inspiración social y moral (Morales de Setién Ravina, C., *et al.*, 2011).

El segundo grupo de críticas se relacionan con las “pretensiones académicas del movimiento”, pues las

limitaciones existentes para medir en el mundo real las afirmaciones que se derivan de sus pretensiones analíticas, como el aumento general de la eficiencia, o la reducción de los costos de transacción si se tomaran ciertas medidas, o la imposibilidad de verificar con algún grado de precisión el proceso mental de decisión de los sujetos hace que las pretensiones ‘científicas’ o de elaborar una ‘teoría positiva’ sean en gran medida realizables, al menos con los medios disponibles actualmente (Morales de Setién Ravina, C., *et al.*, 2011, p. 64).

Finalmente, Morales de Setién Ravina, C., *et al.* (2011) expone un tercer grupo de cuestionamientos que se le hacen al AED que tiene que ver con la “posición política del análisis económico”. Este último compendio de observaciones refieren a las consecuencias políticas del AED, concretamente al estudio del derecho desde la economía y la “versión neoclásica de la economía que promueve el libre mercado y el individualismo” (p. 64). De este modo, el AED “arrinconaría lo social de las consideraciones legislativas y judiciales (...) y se tendería a aceptar las asignaciones de recursos que el mercado determina” (p. 65).

A esas digresiones también se une Doménech Pascual, G. (2014) y agrega que en el análisis económico del derecho la “eficiencia no lo es todo”, obtener la maximización de los beneficios de una decisión económica para aumentar la riqueza de los agentes no es un objetivo preponderante para el derecho, a la par se encuentra problemáticas como la distribución equitativa de esa riqueza entre el conglomerado de personas y el “bienestar social” de éstas. Además, dicho autor opina que no todos los ámbitos jurídicos pueden explicarse a partir del análisis económico, como el derecho de familia y los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, pese a las objeciones que se le hacen al análisis económico del derecho, la pretensión inicial de este trabajo, como ya se dijo, es exponer una perspectiva desde aquella postura aplicada al derecho de responsabilidad por productos defectuosos



en Colombia, por tal razón, a continuación se examinará las bases fundamentales de esta figura jurídica a la luz del Estatuto del Consumidor.

## Capítulo 2

# El Régimen de la Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos de sus Productos en Colombia.

*2.1. Breve recuento histórico esta clase de responsabilidad; 2.2. El Ámbito de Aplicación esta Clase de Responsabilidad en el Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011); 2.3. Los Elementos que Estructuran la Responsabilidad por Productos Defectuosos en Colombia ; 2.4. Las Causales de Exoneración del Productor; 2.5. Naturaleza y Fundamento de esta clase de Responsabilidad.*

### **2.1. Breve Recuento Histórico de esta Clase de Responsabilidad.**

Los siglos XVIII y XIX fue una época importante para la humanidad en general, no solamente en el campo político con la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos de América y el movimiento independentista en la mayoría de las colonias de España en América, sino también, el inicio de otra: la *revolución industrial*. Esta nueva era trajo consigo un cambio en el comportamiento y en la forma de vivir de las personas, en la manera en que se trasladaban de un lugar a otro, en cómo se comunicaban, en la creación de empresas de manufacturas y en la producción a gran escala de bienes y servicios (Plazas Vega, M., 2014). Sobre esto último, con antelación a la era industrial, las relaciones de consumo estaban reguladas por el derecho a través de contratos bilaterales, luego, debido al crecimiento masivo de la producción comenzaron a aparecer otros participantes en el mercado: los *intermediarios*, quienes entraron a mediar entre el fabricante y el consumidor (Oyaque, O.D.W., 2007). Esa participación de los *intermediarios* produjo que se abandonara la idea de un vínculo comercial exclusivo entre el productor y el usuario, hasta ese momento regulado por el derecho de los contratos, así lo explica Oyaque, O.D.W. (2007):

La respuesta inicial del derecho ante los nuevos acontecimientos no podía sino revelarse insuficiente, en la medida que venía formulada desde una perspectiva contractual. En efecto, era claro, que en la nueva sociedad los daños que generan los productos no sólo tienen lugar

al interno de una relación contractual, sino que, más bien como consecuencia de la intervención de nuevos sujetos en la cadena productivo-distributiva, es decir, de los intermediarios, la víctima del daño no se halla más en relación formal directa con el productor (p.17).

De esta manera, hasta gran parte del siglo XX los casos relativos a los desperfectos de los productos y el daño ocasionado con estos a los consumidores se dirimían a partir del *contrato* o acudiendo a las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual. En la primera solución, las controversias eran zanjadas de acuerdo a lo convenido por las partes o falta de ello, por lo que la ley establecía de manera supletoria o, en algunos casos, bajo la figura de los *vicios ocultos de la cosa* y de la responsabilidad del empleador frente a sus dependientes. A continuación, se expondrá a manera de síntesis la evolución histórica de la responsabilidad por productos en las principales legislaciones de Europa, en Norteamérica y, por último, en Colombia.

#### 2.1.1. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Europa.

En ALEMANIA, según Hernández, H. (2018):

Hasta mediados del siglo XX los jueces alemanes aplicaban sin vacilaciones el BGB para resolver las controversias de carácter jurídico interpuestas en sus despachos; cuando se trataba de relaciones contractuales, se basaban, o bien en la responsabilidad del empleador por sus dependientes quien se liberaba probando diligencia en la elección o en la vigilancia, o a partir de las reglas concernientes al contrato de compraventa y la aplicación de las normas relativas al saneamiento por los vicios de la cosa, con las reglas propias del derecho privado alemán (p. 89).

Y en materia de responsabilidad extracontractual, los jueces alemanes decidieron los casos bajo la óptica de la “cláusula general de responsabilidad”, según la cual el que genera un daño a otro de manera dolosa o culposa debe repararlo, por lo que, en principio, la responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos se rigió por el factor de atribución de responsabilidad subjetivo. En ese sentido, el autor en comentario afirma que:

el juez alemán basó sus decisiones en el deber de seguridad hacia el público, la cual se traduce en la cláusula general de la responsabilidad por actos ilícitos, ‘quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la

propiedad, o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por éste'. Cuando el producto es peligroso y el productor no lo advierte, 'se entiende por ese solo hecho que violo esa cláusula general de responsabilidad' . En todo caso, el régimen siempre se mantuvo bajo la prueba de la culpa; esto es, un régimen subjetivo. (p. 90).

En FRANCIA, en un principio, también se resolvieron las controversias entre fabricantes y consumidores a partir de la responsabilidad contractual y *aquiliana*. Dentro de este contexto, los jueces de este país acudieron a las disposiciones previstas en el Código Napoleónico referidas a la ejecución de contratos de compraventa para superar las contiendas entre los empresarios y usuarios (Hernández, H., 2018) y, en el plano extracontractual,

la jurisprudencia desentrañó los preceptos normativos del código Napoleónico, analizando e interpretando los artículos 1382 y 1384 instituyendo la denominada culpa profesional bajo dos criterios fundamentales: por un lado, la responsabilidad por culpa y por el otro, la responsabilidad por el hecho de las cosas. (p. 95).

A la par de lo anterior, el legislador francés promulgó varias leyes para la protección de los consumidores. Así, mediante la ley del 1º de agosto de 1905 se buscó evitar "las compraventas y las falsificaciones en los productos alimenticios" (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 9). Luego, con la expedición de la ley del 27 de septiembre de 1973, las asociaciones de consumidores tuvieron la posibilidad de acudir judicialmente para solicitar la protección de los "intereses colectivos de los consumidores por ellas representados" (ib.). Un lustro después, entró en vigor la ley de "Protección e Información de los Consumidores" del 10 de enero de 1978, la cual fue actualizada en la ley del 21 de julio de 1983 (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 10) y a través de la ley del 23 de junio de 1989 se reguló lo referente a la "obligación de seguridad en relación con los productos que hacen parte del equipamiento de inmuebles" (ib.).

Similar situación se presentó en ITALIA en gran parte del siglo XX. Hernández, H. (2018) explica que con la expedición del Código Civil de 1942:

se aplicaron las normas clásicas respecto de los vicios ocultos; se hace efectiva la garantía al vendedor por los vicios no declarados, siendo obligado a la restitución del precio y a la indemnización de perjuicios si fuere el caso, respecto a los vicios apreciables responde

cuando las afirmaciones hechas contrarían la realidad, salvo que el comprador pueda distinguirlos y a pesar de ello consienta la celebración del contrato, en el primer caso al comprador se le otorgan las acciones de reducción del precio o la resolutoria del contrato, en el segundo se presume la convicción del comprador en querer las cosas en el estado en que las adquirió (p. 98).

Y en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, en autor en comentario afirma que:

los casos (...) del productor fueron escasos, casi inexistentes, y los tribunales aplicaban sin vacilaciones las tradicionales soluciones dadas por la jurisprudencia para la responsabilidad civil Aquiliana en donde la prueba de la culpa se encuentra radicada en cabeza de la víctima del daño sufrido, resultado de lo anterior fue una palmaria injusticia. (p. 99).

Sin embargo, con la Directiva Comunitaria 374 del 25 de julio de 1985, Europa unificó el sistema de la responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos; dicho ordenamiento, estableció el régimen de responsabilidad objetiva “en contra de las personas que participaban en la producción y distribución de productos defectuosos” (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 10), pero de una manera atenuada, pues a la víctima le corresponde probar el defecto del producto y el nexo causal entre éste y el daño generado, “de forma tal que el productor podrá eximirse de responsabilidad si prueba alguna de las causales de exoneración o medios de defensa implementados en la directiva” (Hernández, H., 2018, p. 106), añadiendo a las ya conocidas (fuerza mayor o caso fortuito y culpa exclusiva de la víctima), los perjuicios imputables a los riesgos de desarrollo y los productos que no se encuentren aún en circulación (Tamayo Jaramillo, J. 2016).

2.1.2. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Norteamérica.

Hacia el siglo XIX en el *common law* la solución de las controversias surgidas entre el fabricante frente a la víctima por productos defectuosos, se circunscribió en el principio denominado “privity of contract”, es decir, a lo pactado por el vendedor frente al consumidor directo, liberando así de responsabilidad a la empresa productora. En palabras de Oyaque O.D.W., (2007):

Esta regla determinaba que la responsabilidad de los operadores económicos no se extendiera más allá de lo expresamente estipulado. El riesgo de la producción por la mercancía defectuosa era distribuida entre el revendedor y el adquirente efectivo, mientras que la empresa venía exenta de los daños provocados a los consumidores no adquirentes. (p. 26).

Sin duda, la época decimonónica estuvo marcada por el avance tecnológico y el crecimiento científico, lo cual incentivó el nacimiento a gran escala de empresas manufactureras, por tal motivo, imponer a estas nacientes compañías la obligación de reparar a las víctimas por un producto defectuoso, ciertamente, ocasionaba el incremento en los costos de producción, lo cual, sin duda, iba en detrimento del derecho a libre iniciativa y a la libertad de empresa (Oyaque O.D.W., 2007).

Lo anterior comenzó a cambiar hacia finales del siglo aludido, pues los jueces norteamericanos desarrollaron el concepto de las llamadas “garantías implícitas de comerciabilidad y adecuación al fin para el cual el producto era creado” (Oyaque O.D.W., 2007, p. 28), las cuales se caracterizaban porque a) estaban desprovistas de connotación contractual, en vez de ello, se asimilaban a un “tipo de responsabilidad objetiva porque su violación se producía cuando el vendedor haya sido diligente, o sea, se haya comportado según el standard del reasonable care” (Oyaque O.D.W., 2007, p. 28); b) solamente era responsable el comerciante y únicamente por la comercialización de bienes muebles; y c) la condición para hacer efectivo este mecanismo era que la “inspección del producto sea imposible” (Oyaque O.D.W., 2007, p. 29).

En este punto, el sistema jurídico norteamericano sufre un cambio trascendental, pues con el desarrollo de la industria y los avances tecnológicos del siglo XX, se fue abandonado la idea de que la responsabilidad del productor se regulaba bajo el criterio “privity of contract” para, entonces, evolucionar a un régimen fundado en el concepto “peligro inherente a la cosa que causa daños a las personas y a la propiedad”<sup>3</sup> (Oyaque O.D.W., 2007b, p. 129). Sin embargo, para este autor, el caso más representativo del abandono de la “privity of contract” fue el de “Escola v. Coca Cola Bottling Co of Fresno (1944)”, en el cual,

---

<sup>3</sup> Caso McPherson v. Buick Motor Co (1916).

una camarera, víctima de la explosión de una botella de coca cola acciona en negligence contra el productor. El juez Traynor sostuvo que se debía permitir a las víctimas como la del caso, demandar en la vía extracontractual sobre la base de la strict liability del productor y que, se debía destacar la política de la implied warranty of merchantability para construir una independiente strict liability for products in tort. (p. 54).

Posteriormente, en 1960, según Villalba Cuéllar J.C. (2014):

el caso Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc. determinó la superación de la teoría contractual, a partir de ella se creó la garantía implícita de comerciabilidad declarando su aplicación a terceros que no hayan comprado el producto y admitiendo su pertinencia para todo tipo de productos” (p. 20).

Luego, en 1965 el American Law Institute promulgó la *Restatement (Second) of Torts, Sección 402A*, el cual, para Oyaque O.D.W (2007) “señaló el inicio de una orientación revolucionaria de la jurisprudencia norteamericana, caracterizada por la nota pro-víctima, hacia la consagración de una responsabilidad objetiva del productor” (p. 68) y, finalmente, se expidió la “Restatement of torts: product liability que es mucho más precisa en cuanto a la noción de defecto y tipos de defecto, deberes de información, reglas de causalidad, etc.” (Villalba Cuéllar J.C., 2014, p. 20).

2.1.3. La evolución histórica de la responsabilidad por productos defectuosos en Colombia.

En Colombia, con antelación al Estatuto del Consumidor Vigente (Ley 1480 de 2011), los perjuicios derivados de los defectos de los productos eran regulados por el Código Civil y la legislación comercial en materia del contrato de compraventa (Tamayo Jaramillo, J. 2016), luego se expidió el Decreto 3466 de 1982 y en el artículo 8º se refirió a la responsabilidad en que puede incurrir el “productor de un bien y servicio”, para Lafont Pianetta, P. (2009), ese compendio normativo,

consagra no solo aquella responsabilidad propia de la actividad productiva y de los contratos que celebran, sino también aquella que ocurre cuando ocasiona un daño, caso en el cual surge la obligación de procederse a la indemnización correspondiente. Ello se encuentra corroborado cuando se habla de la posibilidad extrajudicial (Art. 29, inc. 1 parte final del Dec.

3466 de 1982) y judicial (Art. 36 del Dec. Citado) de solicitar la “indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar” (p. 126).

Incluso, dicho autor afirma que el artículo 8º de ese mandato legal imponía un régimen objetivo en esa clase de responsabilidad al disponer:

como fundamento un elemento objetivo, como es la “calidad e idoneidad del servicio”, la “garantía mínima presunta”, la marca, las leyendas y la propaganda. Y de manera negativa cuando, no incluye en su contenido, ningún elemento subjetivo, especialmente de dolo o culpa, en la producción del daño correspondiente. Y corrobora lo anterior el Art. 26 del Dec. 3466 de 1982, el cual no contempla ninguna causa de exoneración de carácter subjetivo, como sería la inexistencia de culpa o dolo por parte del productor, como causa de exoneración de la responsabilidad. Lo que, por tanto, permite concluir que dicha responsabilidad no es de carácter subjetivo. Es una garantía de inocuidad (Lafont Pianetta, P., 2009, pp. 113-114).

Pero en sentir de Tamayo Jaramillo, J. (2016) el Decreto 3466 de 1982 “no regulaba este tipo de responsabilidad”, más bien, era un “tímido y desordenado estatuto”, por eso antes de la vigencia de la Ley 1480 de 2011 “no existía en Colombia legislación expresa que permitiera una coherente solución para regular la responsabilidad por productos defectuosos” (p. 17) y los daños ocasionados por esos accidentes fueron solucionados por las altas Cortes a través de pronunciamientos jurisprudenciales, en los que establecieron los principios fundantes de esta clase de responsabilidad. Con la entrada en vigor de este nuevo estatuto se reguló lo relativo a la responsabilidad del fabricante incluso extendiéndola a otros participantes de la cadena de comercialización, adicionalmente, como se expondrá a continuación, se establecieron las clases de los defectos de los bienes y servicios y se delimitaron las eximentes de responsabilidad del fabricante.

Ahora se abordará el estudio de este nuevo régimen de responsabilidad civil en Colombia.

## **2.2. El Ámbito de Aplicación Esta Clase de Responsabilidad en el Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011).**

### **2.2.1 La Obligación de Seguridad.**



El artículo 78 de la Constitución Política establece que :

*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

***Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.***

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.*  
(Resaltado propio).

La norma es clara es establecer un régimen de responsabilidad basado en una *obligación de seguridad*, la cual debe ser asumida tanto por el productor como por el comercializador, colocador del bien o servicio en el mercado frente al consumidor, así que para la Corte Constitucional:

Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro. (Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000).

A esa misma conclusión llegó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 30 de abril de 2009, al considerar que el mandato constitucional aludido se refiere a:

una obligación de seguridad a favor de los consumidores, esto es, que el conjunto de prestaciones a su cargo no se agota con el deber de poner en circulación cosas con la calidad e idoneidad requeridas, sino que incorpora, también, la garantía de que el consumidor no sufrirá en su persona o sus bienes ningún daño por causa de estas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

Lo anterior, se materializó con la expedición del nuevo estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011), pues en esa normatividad quedó establecido que la responsabilidad civil del fabricante por los defectos en sus productos tiene origen en el incumplimiento de una obligación de seguridad, tal y como se infiere de la lectura del artículo 6º de la obra en mención:

Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

Al respecto, Espinosa Apráez, B. (2015) agrega que el legislador contempló en los demás cánones de ese estatuto el deber de seguridad del productor, es más, para dicho autor, esta clase de responsabilidad, incluso, también “surge cuando se ha incumplido con la obligación de garantizar la integridad personal del consumidor y de sus bienes, por haber puesto en circulación productos que no presentan la razonable seguridad a que toda persona tiene derecho” (p. 383).

En esa misma línea de pensamiento, Villalba Cuéllar, J.C. (2014) considera que la obligación o el deber de seguridad es aquel que “tiene el productor y/o el proveedor de poner solo productos seguros en el mercado y dado el caso, responder por la salud e integridad física del consumidor o de sus bienes” (p. 20). En sentir de este autor, dicha obligación es aplicable tanto para productos como servicios, incluso, expone varios casos que sucedieron en Argentina a fin de ejemplificar hasta dónde puede llegar el deber de seguridad, de esta manera expone que en el caso *Ledesma*, “se sancionó al prestador del servicio de transporte masivo por las lesiones que sufrió un consumidor-pasajero al ser arrollado por una multitud que desciende del vagón del tren (María Leonor Ledesma vs. Metrovías S. A., 2008)” (Villalba Cuéllar, J.C., 2014, p. 21); y en el caso *Mosca*, también en Argentina, “se extendió la responsabilidad para proteger a quien sin haber ingresado a un

estadio de fútbol y hallándose en las inmediaciones, resultó dañado por una piedra arrojada desde el interior” (Villalba Cuéllar, J.C.,2014, p. 21); de hecho, afirma este doctrinante que “la obligación de seguridad puede suministrarse cuando un consumidor es agredido o violentado dentro del almacén del productor o proveedor” (Villalba Cuéllar J.C.,2014, p. 21).

Ahora bien, la pregunta es en cabeza de quién se encuentra la obligación de seguridad? A ese respecto, el artículo 20 *ejusdem* dispone que el “productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos” y los destinatarios de esa protección son los consumidores y usuarios. Nótese que en esta clase de responsabilidad el causante del daño estará obligado a indemnizar a la víctima, independientemente de la existencia de una relación contractual. Según , Espinosa Apráez, B. (2015):

el hecho de que, desde la perspectiva del consumidor, para ser sujeto de la protección que otorga el régimen de responsabilidad por producto defectuoso, no se requiera haber suscrito un contrato con quien lo puso en circulación, y que, desde la perspectiva del empresario, para ser responsable frente al consumidor no es necesario haberse obligado contractualmente con este, ponen en evidencia, no solo la irrelevancia del vínculo contractual a efectos de estructurar esta clase de responsabilidad, sino también que el derecho del consumidor en general, y en particular el régimen bajo estudio, no obedecen a la lógica del llamado principio de relatividad de los contratos, llegándose incluso a hablar un “desmoronamiento” del mismo en estos ámbitos. (p. 389).

Dentro de este contexto, es decir, a partir de que el Estatuto del Consumidor establece como fuente de la responsabilidad civil del fabricante el incumplimiento de un deber de seguridad, a continuación se describirá el ámbito de aplicación de esta clase de responsabilidad en el derecho colombiano.

### 2.2.2. El Ámbito de aplicación.

Como ya se dijo, la Norma Fundamental parte del desconocimiento del deber de seguridad para derivar de allí la responsabilidad por productos defectuosos y, teniendo como objetivo ello, se proscribió a los “productores y comercializadores” atentar contra la salud e integridad de los consumidores. Por eso es que, Mallaver Gallo, J.P. (2017), citando a Arango Perfetti (2012), considera que la función principal de esta clase de responsabilidad es evitar y

resarcir los perjuicios ocasionados debido a “situaciones en las cuales el producto adolece de vicios de seguridad, que terminen causando daños a personas o a sus bienes” (p.13). Con fundamento en lo anterior, es que se ha dicho que esta institución jurídica se aplica “cuando a consecuencia de un error de fabricación, diseño o información, el consumidor o usuario de un bien o servicio (producto) sufre un daño en su integridad física o en sus bienes” (Villalba Cuéllar J.C.,2014, p. 22).

Con el propósito de determinar en qué eventos es que opera y se desarrolla este régimen, resulta indispensable conocer las nociones de “producto”, “producto defectuoso” “fabricante o productor” y “consumidor o usuario”.

#### 2.2.2.1. El Producto.

Conforme al artículo 5 numeral 8º del Estatuto del Consumidor, producto es “todo bien y servicio”, sin embargo, para Tamayo Jaramillo, J. (2016) esta definición resulta demasiado extensa, porque de ser así, “no hay productos que queden por fuera de las garantías reguladas en el Estatuto” (p. 40), con lo que, sin duda, puede generarse un conflicto de aplicación entre las normas del estatuto y otras de carácter civil o comercial que regulan la responsabilidad por “bienes o servicios”. Y qué decir del agregado a la definición de producto del concepto “servicios”, el cual, para Tamayo Jaramillo, J. (2016) es inconveniente en la medida en que envuelve la

enorme heterogeneidad de los diferentes tipos de servicios públicos o privados, sobre todo, en su distinto régimen probatorio, pues no todos los servicios pueden tener un sistema probatorio único, ya que habrá unos que generan una responsabilidad objetiva, mientras que otros como los servicios de salud, generalmente exigen la comisión de una culpa para que se genere la responsabilidad del causante del daño. (pp. 59-60).

No obstante lo dicho, pese a que la disposición en comento dispone que la protección del consumidor incluye la prestación de un servicio defectuoso, para el tratadista en mención este régimen de responsabilidad no lo abarcó, pues el numeral 17 del artículo 5º de la misma obra establece que “producto defectuoso” es “aquel bien mueble o inmueble”, dejando por fuera a los “servicios” (Tamayo Jaramillo, J., 2016).

En cambio, en sentir de Villalba Cuéllar J.C. (2014) la inclusión de los “servicios” en el concepto de “producto” es novedosa, porque significa que este tipo de responsabilidad civil también ampara al consumidor por “servicios defectuosos, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos donde se excluyen expresamente” (p. 22), de esta manera, afirma, que la responsabilidad por producto defectuoso comprende “los servicios públicos domiciliarios (agua potable, gas y electricidad), los servicios de salud (médicos u odontológicos), los servicios de transporte público, entre otros” (Villalba Cuéllar J.C., 2014, (p. 22).

Pero más allá de la generalidad y la confusión que genera el concepto señalado en nuestra legislación, para Lois Caballé, A. I. (1996), productos “son bienes que han sido objeto de una transformación, entendiendo transformación en sentido amplio, es decir, incluyendo tanto la transformación mecánica como la manual, en el marco de una actividad industrial o comercial” (pp. 41-42). A partir de esta definición, se puede establecer el alcance de esta clase responsabilidad, pues el “producto” es el resultado de una transformación que implica un proceso industrial en que el fabricante emplea su conocimiento para obtenerlo y por el que, además, percibe una utilidad económica, aspectos fundamentales a la hora de determinar el factor de atribución de responsabilidad del productor, como se explicará más adelante.

#### 2.2.2.2. El Producto Defectuoso.

El numeral 17 del artículo 5º del Estatuto del Consumidor dispone que “producto defectuoso” es aquel “bien mueble o inmueble que en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

Para (Tamayo Jaramillo, J., 2016), el producto defectuoso es el que no brinda seguridad a las “personas y a las cosas de terceros”, por tal razón, “cuando el productor irrazonable o ilegítimamente, no le imprime esa seguridad al producto, podemos hablar de producto defectuoso” (p. 69). En similar sentido, Lois Caballé, A. I. (1996), opina que un producto es defectuoso siempre y cuando no ofrezca

la seguridad que legítimamente se espera de él, condición que, en consecuencia se predica no por su falta de aptitud para el uso para el que fue adquirido, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el público, excluyendo, por supuesto, cualquier utilización abusiva. (pp. 41-42).

De igual manera se refiere Barrientos Camus, F.M. (2010) al afirmar que:

la defectuosidad de un producto se relaciona con la seguridad, o sea, con los daños producidos a los consumidores o su patrimonio. La noción de defecto hace alusión al mal estado de las cosas. El concepto de defecto no obedece a un concepto unívoco y determinado, sus características dependerán de los avances científicos, de la estructura tecnológica vigente y, en definitiva, de cada sociedad, que regulará la responsabilidad civil por productos defectuosos de conformidad a sus intereses. (p. 10).

Sorprende comprobar que los autores en comento vinculan la “defectuosidad” de un producto con la “seguridad”, pues esa noción también está relacionada con los “productos nocivos” y los “productos peligrosos”, por manera que, la duda que surge es en qué se distinguen estos tres conceptos.

Para Villalba Cuéllar J.C. (2014), el *producto nocivo* es aquel que por su “naturaleza” causa, eventualmente, un perjuicio al consumidor, por ejemplo “el tabaco o las bebidas alcohólicas” (p. 22). Por otra parte, el *producto peligroso* “puede provocar mayores daños por su naturaleza misma, por ejemplo, un cuchillo y un pesticida” (p. 22). En tanto que, el *producto defectuoso* lo es “por conductas atribuibles al productor o proveedor del bien” (Villalba Cuéllar J.C., 2014, p. 22), por tal razón es que, pueden existir productos nocivos o peligrosos, pero correctamente elaborados, o por el contrario, con defectos que pongan en riesgo la salud e integridad del consumidor. Piénsese al respecto, en la producción de un licor, si uno de sus componentes no se encuentra en perfectas condiciones o si el diseño de la botella o la forma en que fue empacado presenta algún defecto, además de su nocividad, podría ser un producto defectuoso, de ahí que, como lo asegura Tamayo Jaramillo, J. (2016), el producto “no se considera defectuoso en la medida en que el productor lo diseñe, fabrique y embale adecuadamente, de acuerdo con los conocimientos existentes al momento de su fabricación, y cumpla otra serie de medidas de tipo preventivo” (p. 73).

Con el fin de dilucidar con claridad cuáles son los productos que a la luz del Estatuto del Consumidor pueden ocasionar un daño para de allí derivar la responsabilidad del fabricante o productor, se comenzará por analizar brevemente cada uno de los elementos citados en el numeral 17 del artículo 5º del Estatuto del Consumidor.

#### 2.2.2.2.1. Tipos de Defectos.

##### a) *Error en el Diseño.*

El error de diseño o de concepción del producto abarca “aquellos referentes a su estructura, concepción o incluso estética” (Malaver Gallo J.P., 2017, p. 14), o “cuando a pesar de haber sido correctamente fabricado, fue diseñado sin que atendiera las expectativas de seguridad esperadas, de acuerdo con las necesidades, los costos o el desarrollo tecnológico” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01). Tamayo Jaramillo, J. (2016), expone dos ejemplos de este tipo de defecto:

Un medicamento estaría mal diseñado si, por ejemplo, se incluye en él un componente venenoso o si se incluye por error una molécula nociva para la enfermedad que se busca curar, o se introduce en el diseño una sobre dosis de un componente que causa daño a lo pacientes, y, por lo tanto, no era apropiada para el fármaco. Lo mismo puede predicarse del automotor cuyos vidrios de protección desfiguran el rostro de las víctimas de un accidente por no haber sido diseñados sus componentes y forma de fabricación de acuerdo con los avances de la tecnología en materia de seguridad (p. 75).

##### b) *Defecto de Fabricación.*

Según Tamayo Jaramillo, J. (2016), un producto será defectuoso por fabricación cuando en su manufactura no se atiende el “diseño correctamente concebido” o, “sin cumplir las normas desarrolladas hasta ese momento por el estado del arte” o, por último “si no posee las cualidades y características prometidas o anunciadas por el fabricante” (p. 78). En este sentido, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que este tipo de error sucede “cuando el desperfecto obedece a fallas originadas en la fase de producción, que alteran el resultado final del proceso; desde esa perspectiva, carece de las características y condiciones de otros pertenecientes a la misma

línea de fabricación” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

*c) Defecto de Embalaje y de Información.*

Esta deficiencia se ocasiona cuando el fabricante omitió empacar adecuadamente el producto o “no introdujo en el envase o embalaje en idioma castellano” (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 78) u olvidó incluir las “instrucciones de manejo” y las “advertencias de peligro o los riesgos si el producto no es bien utilizado” (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 78). A este respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia a estimado que este tipo de defecto ocurre “cuando el bien manufacturado ocasiona un daño al consumidor por causa de haber omitido el fabricante las instrucciones e informaciones necesarias para su cabal utilización, mayormente si se trata de cosas peligrosas” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

2.2.2.2.2. La Razonable Seguridad.

Como se recuerda el numeral 17 del artículo 5º del Estatuto del Consumidor establece que el “producto defectuoso” es aquel “bien mueble o inmueble que en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

Para Tamayo Jaramillo, J. (2016) esta disposición legal carece claridad, pues de la misma se puede interpretar que aunque el producto se encuentre bien diseñado, fabricado o embalado, si no ofrece una seguridad razonable al consumidor, por ese solo hecho, es defectuoso. Así por ejemplo, “un componente químico para fabricar pinturas puede ser venenoso y, por lo tanto, según la doctrina y la jurisprudencia, no ser razonablemente seguro para los niños” (Tamayo Jaramillo, J. 2016, p. 72). Por tal razón, para este autor la hermenéutica probable de esta norma es que como consecuencia del defecto del producto (en su diseño, fabricación, embalaje o información), este resulta irrazonablemente seguro para el consumidor o usuario, dicho de otro modo, “la falta de seguridad razonable no se presenta mientras el daño no se deba a una de esas causas de fallas en el producto” (p. 75).



### 2.2.2.3. El Fabricante o Productor.

Según Barrientos Camus F.M. (2010), el fabricante o productor es “el primer agente que pone en circulación, fabrica, manufactura o elabora un producto a gran escala de producción. Los defectos o la inseguridad del producto deben, por tanto, atribuirse a él” (p. 110). Esta definición se destaca porque, en sentido estricto, el fabricante es aquel profesional que utiliza sus conocimientos para transformar una materia prima y convertirla en un producto, con el fin de ponerlo en el mercado y obtener una utilidad por ello.

Sin embargo, la anterior noción dista mucho de la prevista en el numeral 9º del artículo 5º del Estatuto del Consumidor, el cual establece que *productor* es “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria”. Para Tamayo Jaramillo, J. (2016), esta regulación legal es demasiado general y “lacónica” porque “hace responsables a todas las personas consideradas como productores y al expendedor, en forma solidaria, sin detenerse en la persona o personas que realmente son causantes o coautores del defecto del producto” (p. 91), por eso es que, en opinión de este autor, la responsabilidad por productos defectuosos solamente debe aplicarse al “productor que pone el producto en circulación y en toda otra persona que realmente sea causante o coautora del defecto del producto” (p. 91), eso sí, siempre y cuando ejerza el comercio profesionalmente, porque de lo contrario, si una persona no comerciante causa daño a otro como consecuencia del defecto de un producto elaborado por ésta, el régimen de responsabilidad aplicable es el contemplado en el Código Civil y no el previsto en el Estatuto del Consumidor (Tamayo Jaramillo, J., 2016).

### 2.2.2.4. El Consumidor o Usuario.

El numeral 3º del artículo 5º de la Ley 1480 de 2011, establece que consumidor es:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial

cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De una lectura desprevenida de la norma, bien pareciera que el concepto de consumidor es suficiente a la hora de otorgar protección a través del régimen de responsabilidad en comento a aquella persona que al haber adquirido un producto defectuoso sufre un perjuicio a su salud e integridad o a sus cosas. En efecto, según se infiere:

tanto el comprador y adquirente en general como el usuario y el destinatario final de un producto defectuoso pueden demandar por vía extracontractual, basados en la responsabilidad por productos defectuosos, todos los perjuicios directos que sean consecuencia del defecto de un producto que genere una lesión a la vida y a la integridad personal o que produzca el deterioro o la destrucción de bienes corporales e la misma víctima o de terceros. (Tamayo Jaramillo, J., 2016, p. 107)

Sin embargo, en sentir de Tamayo Jaramillo, J., (2016) la salvaguarda otorgada por el Estatuto del Consumidor, tal como está consagrada, deja de lado a las personas que, no habiendo adquirido el producto defectuoso, resultan afectadas con él. Y eso es así, porque, según dicho autor, el artículo 2º del Estatuto del Consumidor establece tajantemente que los mandatos allí contenidos sólo regulan “las relaciones de consumo y la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor” (p. 108), dejando de lado a las demás personas que no sean consumidores y usuarios, quienes deberán “acudir a las normas de responsabilidad civil del Código Civil” (p. 110). Pero sobre esto último, Tamayo Jaramillo, J., (2016) opina que el régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil es más conveniente, incluso, en muchos aspectos que el Estatuto del Consumidor, de esta manera

la prescripción, la indemnización de perjuicios y la carga de la prueba en las garantías de idoneidad o eficiencia y en la responsabilidad por actividades peligrosas, entre otras, son mucho más ventajosas en el Código Civil que en el Estatuto del Consumidor. (p. 18).

Por último, el mandato legal en comento también excluye del concepto de consumidor y, por ende, al régimen allí contemplado, a los empresarios que adquieran productos necesarios para el ejercicio de su actividad económica, así que, en resumidas cuentas “si la actividad para la cual se adquirió el producto es empresarial, pero esa necesidad

empresarial no está ligada intrínsecamente a su actividad económica, se aplica el Estatuto del Consumidor” (Tamayo Jaramillo, J., 2016, p. 111), de *contrario sensu*, se debe acudir a las normas sobre responsabilidad civil del Código Civil, en caso de ocurrir un daño por producto defectuoso.

Con esto en mente, valga decir, el ámbito en que se desarrolla la responsabilidad por productos defectuosos, preciso es, ahora, analizar los elementos que estructuran y en los que se edifica el régimen de esta clase de responsabilidad en Colombia.

### **2.3. Los Elementos que Estructuran la Responsabilidad por Productos Defectuosos en Colombia.**

El artículo 21 del Estatuto del Consumidor (ley 1480 de 2011) establece que para “determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”.

#### **2.3.1. El Daño.**

El inciso 2º del artículo 20 del mandato legal referido consagra que se entiende por *Daño* en esta clase de responsabilidad, en primer lugar, la “Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso” y, en segundo término, “Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso”.

En opinión de Tamayo Jaramillo, J., (2016), constituye *Daño* para esta clase de responsabilidad, toda clase de perjuicio que atente en contra de la “integridad física de las personas o del deterioro o destrucción de bienes de uso privado o público” (p. 111), eso sí, siempre y cuando esa afectación sea “consecuencia del producto defectuoso”. Contrariamente, según este autor, el daño que eventualmente pueda sufrir el producto mismo por su defecto “no es indemnizable con base en la responsabilidad por productos defectuosos” (p. 112) sino “alegando un vicio redhibitorio o la violación de la garantía o eficiencia o idoneidad consagrada en el mismo estatuto” (p. 112). Ahora bien, tampoco es compensable el detrimento generado por el simple hecho del defecto del producto, esto es, cuando a pesar de la defectuosidad del bien no se ocasiona ningún menoscabo a la integridad física del consumidor o de sus bienes (Tamayo Jaramillo, J., 2016). En suma,

solamente serán indemnizables los daños ocasionados a la salud, a la vida o a la integridad del consumidor, si aquellos tienen origen en el desperfecto del bien o producto, caso en el cual, le corresponderá al usuario demostrarlos, según lo prescribe el Estatuto del Consumidor.

### 2.3.2. La Prueba del Defecto del Producto.

Este es uno de los temas más controversiales de esta clase de responsabilidad, es más, debido a que el Estatuto del Consumidor impone en cabeza del consumidor la carga de demostrar el defecto del producto, es una de las razones por las cuales se pone en entredicho el régimen objetivo de la responsabilidad por productos defectuosos. Y es que, a la luz de esa normatividad, según Villalba Cuéllar J.C. (2014), el consumidor le corresponde acreditar que “el producto no operó en las condiciones que debía funcionar o que no satisfacía las medidas de seguridad normales o las indicadas por el productor” (p. 29), convirtiéndose de esta manera, en una traba para la víctima, quien deberá asumir la labor “técnica” de probar el “error” en el diseño, fabricación, embalaje o información en que incurrió el productor.

Precisamente, antes de la expedición del actual Estatuto del Consumidor, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, puso de presente el inconveniente que sería imponerle la carga al consumidor de acreditar el defecto del producto. Al respecto dijo que:

le corresponde al actor acreditar, también, que la falta de seguridad del producto le causó la lesión que lo afectó, así como las consecuencias que de ella se desprende; y aunque en algunas ocasiones no será menester acudir a específicos medios probatorios, en no pocos casos, por el contrario, será necesario recurrir a exigentes experticias que pongan de presente la causalidad existente entre el bien fabricado defectuosamente y el detrimento alegado, esto, precisamente, porque la fijación de la relación causal suele concernir con complejas cuestiones científicas que requieren conocimientos especializados. (sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-1141-00, con antelación a la vigencia de la ley 1480 de 2011, consideró que:

La posición del consumidor no le permite conocer en detalle el proceso de producción, más aún si éste se desarrolla en condiciones técnicas que solamente son del dominio del empresario industrial. La ley, por lo tanto, desconoce las circunstancias de inferioridad del consumidor cuando, en estos supuestos, exige a la persona perjudicada con un producto defectuoso, puesto en circulación por un empresario profesional, cargas adicionales a la prueba del daño, del defecto y del nexo causal entre este último y el primero, puesto que acreditado este extremo, corresponderá al empresario demostrar los hechos y circunstancias que lo eximan de responsabilidad y que, en su caso, conforme a las reglas legales y a las pautas jurisprudenciales, le permitan excluir la imputabilidad causal del hecho dañoso sufrido por aquélla.

Ninguna utilidad práctica, en verdad, tendría el derecho del consumidor, elevado a norma constitucional, si las leyes que lo desarrollan no se notifican de las situaciones de inferioridad del consumidor y restablecen el equilibrio con los actores de la vida económica, principalmente permitiéndole franquear las instituciones procesales de resarcimiento de perjuicios sin que se le impongan condiciones excesivamente gravosas que escapen a su control y que se erigen en obstáculos mayúsculos para deducir la responsabilidad a los productores que quebrantan las condiciones de seguridad a las que tiene derecho. (Corte Constitucional, C-1141-00).

Nótese que, entre los argumentos empleados por la Corte Constitucional en su momento al revisar la constitucionalidad de los artículos 11 y 29 del Decreto 3466 de 1982 (antiguo Estatuto del Consumidor), se destacó la necesidad de evitar que fuera el consumidor o usuario quien debiera acreditar la defectuosidad del producto, por razones muy simples y de ordinario, como la falta de conocimientos especializados para detectar el error, con los cuales sí contaba el productor, además, de su inferioridad frente a éste, justamente, por su posición desigual en la relación de consumo. Por eso es que, con sano criterio, Villalba Cuéllar J.C. (2014), citando a Munar, P. O. (2013), afirma que “no incumbe a la víctima especificar ni probar las omisiones o fallas en que hubiese incurrido el fabricante en el proceso de manufacturación, posición que compartimos en la medida que comprometería finalmente la demostración de la culpa del demandado” (p. 30).

Del mismo modo, Malaver Gallo J.P. (2017) citando a Shina (2014), afirma que:

el consumidor rara y difícilmente está en condiciones de explicar o probar la causa de un accidente. Las víctimas no tienen conocimientos técnicos de los procesos de producción de

los bienes que adquieren, ni de sus características específicas, mucho menos de posibles efectos que puedan tener sobre su salud. Es por esto que el Estado debe asegurar la responsabilidad de los productores cuando estos han incurrido en alguna violación a la legislación del consumidor y liberar a las víctimas de las exigentes pruebas que deben acreditar para que les acepten sus pretensiones. (p. 19).

No obstante lo anterior, el Estatuto del Consumidor, tal y como quedó redactado, claramente le otorgó una ventaja al productor, esto es, la de quitarle el deber de probar el defecto; desde este punto de vista, entonces, corresponderá al Juez, eso sí, con miramiento al principio de imparcialidad, atenuar la carga del consumidor a través de la “facultad-deber”<sup>4</sup> del decreto oficioso de pruebas, prevista en el artículo 170 del Código General del Proceso, con el fin de esclarecer técnicamente la defectuosidad del producto.

### 2.3.3. El Nexo Causal.

En el régimen de la responsabilidad civil, cualquiera que sea su especie, siempre es necesario, además de acreditar el daño, demostrar el nexo causal entre éste y el hecho que lo originó, lo que en materia de la responsabilidad por productos defectuosos, se traduce en probar que efectivamente el perjuicio ocasionado a la vida, a la salud o a la integridad del consumidor provino del defecto del producto, carga que corresponde a este último sujeto.

Mirado así, prontamente refulge que acreditar el nexo causal no resultaría difícil, pues teniendo demostrado el daño, el defecto del producto, haría falta solamente probar la relación entre estos dos elementos. Sin embargo, para Villalba Cuéllar J.C. (2014),

La prueba de este nexo causal se torna relativamente fácil cuando son daños ocurridos en masa o en series numerosas de un producto, mientras que en aquellas situaciones en que

---

<sup>4</sup> En relación con las pruebas de oficio, la Corte Constitucional: “ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal” (Sentencia SU-768 de 2014).

solo un número limitado de productos padece el defecto, la carga de la prueba para el consumidor es alta. (p. 30).

Otro de los inconvenientes que puede presentarse es cuando existen varios productos pero se ignora cuál fue el verdaderamente causante del daño al consumidor, en este último evento, Tamayo Jaramillo, J., (2016) plantea la noción de “culpa colectiva”, que no es otra cosa que responsabilizar a todos los que participaron en la producción y comercialización del bien, no obstante, el mismo autor considera que para que ésta opere resulta necesario la existencia de una “comunidad de intereses, concertada previamente al daño” (p. 126), pues, en su sentir, resulta “injusto” responsabilizar a aquel empresario que no tuvo injerencia en el daño irrogado al consumidor.

Otro caso que plantea Tamayo Jaramillo, J., (2016) es cuando un número determinado de fabricantes “suministran habitualmente el mismo producto” (p. 127) y la víctima no pueda demostrar cuál los productores fue quien elaboró el producto defectuoso, o, cuando “todos los fabricantes elaboraron el mismo tipo de producto y todos eran defectuosos” (p. 127), sin que se conozca quién de todos ellos elaboró el bien defectuoso; en esos eventos, opina el autor en comento, es indispensable acudir a la “teoría de la responsabilidad conjunta” del derecho norteamericano, según la cual, se “presume el nexo de causalidad en contra de todos los fabricantes” (p. 127), pues allí, afirma, la responsabilidad tiene como fuente la “culpa: no en la fabricación del producto defectuoso, sino en la generación de dificultades probatorias a la víctima” (p. 127), empero, con todo, Tamayo Jaramillo, J., (2016), dice que:

El inconveniente de esta teoría es que la víctima debe aportar la prueba de que todos los fabricantes del tipo de producto defectuoso colaboraron en el objetivo común de dificultar la prueba, lo que no siempre es posible (p. 128).

En este punto, se vuelve al inicio de esta discusión y es que para el usuario resultaría prácticamente imposible probar, en la mayoría de los casos, el nexo causal entre el daño y el defecto del producto. Para zanjar esa dificultad, Villalba Cuéllar J.C. (2014) propone que:

en algunos casos razonablemente ponderados, los jueces podrían aplicar la carga dinámica de la prueba del nexo causal a favor de la víctima, trasladando esta prueba al productor (...) [de esta manera], [t]al y como lo decreta el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) creemos que es posible desplazar la carga de la prueba del nexo causal al productor,

con la exigencia de que se suministre verdaderamente en circunstancias de dificultad probatoria para el consumidor. Un grato servicio le prestó la reforma procesal a los consumidores colombianos en este sentido. (p. 31).

Con vista en lo anterior, ahora corresponde estudiar la causales de exoneración del productor para eximirse de la responsabilidad por productos defectuosos.

## **2.4. Las Causales de Exoneración del Productor.**

El artículo 22 de la Ley 1480 de 2011 establece que:

Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito;
2. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del afectado;
3. Por hecho de un tercero;
4. Cuando no haya puesto el producto en circulación;
5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma;
6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.

**PARÁGRAFO.** Cuando haya concurrencia de causas en la producción del daño, la responsabilidad del productor podrá disminuirse.

### **2.4.1. Fuerza Mayor o Caso Fortuito.**

El productor o fabricante tiene la posibilidad de exonerarse de este tipo responsabilidad siempre y cuando demuestre que el daño ocasionado al consumidor o usuario se originó en una causa distinta al desperfecto del producto, esto es, el que se:

deriva de una circunstancia que le resultaba impredecible, irresistible y ajena a su órbita de actividad. Debe tratarse de una circunstancia externa al producto, ya que el defecto de este por más de imprevisible e irresistible que sea, no constituye un evento ajeno a la órbita del empresario. (Ramírez Sierra, D.F., 2018., pp. 89-135).



Sin embargo, en sentir del autor en comento, cuando concurren tanto el defecto del producto como la fuerza mayor o el caso fortuito, el fabricante seguirá siendo el responsable por los perjuicios irrogados a la víctima.

De otra parte, en opinión de Tamayo Jaramillo, J., (2016) la fuerza mayor o caso fortuito no puede ser alegada por el productor en esta clase de responsabilidad, por la sencilla razón de que “el defeco del producto es interno física y jurídicamente a su actividad” (p. 67). Y es que si se tomara en cuenta la definición de fuerza mayor o caso fortuito planteada por Ramírez Sierra, D.F., (2018), valga decir, aquel evento “impredecible e irresistible”, no sería posible derivar, en ninguna caso, la exoneración de la responsabilidad del fabricante, precisamente, porque en la elaboración de un bien o en la prestación de un servicio, interviene el conocimiento y la habilidad de aquél, no siendo posible, entonces, que se descargue de la responsabilidad por producto defectuoso.

#### 2.4.2. Culpa Exclusiva del Afectado.

Como en el anterior evento, se requiere que el perjuicio irrogado provenga de una situación impredecible e irresistible distinta al defecto del producto y que el comportamiento de la víctima sea la única causa que le generó el daño. Por ejemplo, “podría el empresario demostrar que las lesiones que sufrió el consumidor no tienen vinculación con un defecto del producto sino que son consecuencias de que este no atendió las instrucciones sobre la forma adecuada o segura de usarlo” (Ramírez Sierra, D.F., 2018, p. 123).

En sentir de Tamayo Jaramillo, J., (2016), esta causal de exoneración se configura cuando el afectado “a sabiendas del defecto del producto, lo utiliza y causa su propio daño” (p. 173). Además, puede haber “culpa parcial de la víctima” en los casos en que “manipula sin pericia o con negligencia, no graves, el producto defectuoso y sufre daño” (Tamayo Jaramillo, J., 2016., p. 173). De igual manera, en opinión de Ramírez Sierra, D.F. (2018), el fabricante podrá invocar este motivo de exoneración cuando la víctima realizó un indebido uso del producto para el que no estaba destinado.

Ahora, cuando concurren tanto el defecto como la indebida utilización del producto, “no procederá la exoneración de la responsabilidad, sino su reducción en proporción a la

incidencia causal del defecto y el comportamiento del afectado en la producción del daño” (Ramírez Sierra, D.F., 2018., pp. 123-124).

#### 2.4.3. Hecho de un Tercero.

En este evento, el productor tiene la posibilidad de liberarse de la responsabilidad alegando que un tercero fue quien, de manera irresistible e impredecible, alteró o modificó el producto. Para Ramírez Sierra, D.F. (2018), el tercero es una “persona distinta al demandado y a la víctima” (p. 122). Además, en esta clase de responsabilidad no se consideran *terceros* entre sí:

el productor, el distribuidor y el expendedor. Tampoco procede invocar esta excepción cuando el empresario ha dado lugar al comportamiento de ese tercero, por ejemplo cuando el empresario lo ha autorizado, designado o encargado para que dirija, coordine, realice o intervenga en alguna etapa del proceso de producción. (Ramírez Sierra, D.F., 2018, p. 122).

Pero, en sentir de Tamayo Jaramillo, J., (2016):

La única forma de exoneración por el hecho de un tercero se produciría cuando, pese a existir el defecto del producto, el hecho del tercero tiene una incidencia causal tan fuerte que, con o sin defecto, el daño de todas formas se habría producido (pp. 170-171).

#### 2.4.4. Cuando el Fabricante no Haya puesto el Producto en Circulación.

En este caso, el fabricante podrá demostrar que el bien no fue elaborado por él o que se trata de una imitación o falsificación defectuosa, o que a pesar de haber sido producido en sus dependencias, aún no estaba colocado en el mercado.

2.4.5. Cuando el defecto es consecuencia directa de la elaboración, rotulación o empaquetamiento del producto conforme a normas imperativas existentes, sin que el defecto pudiera ser evitado por el productor sin violar dicha norma.

Las legislaciones de los países imponen regulaciones acerca de la manera en que se elaboran, rotulan y embalan los productos. Si el empresario en cumplimiento de esas disposiciones fabrica un producto y este contiene una imperfección que ponga en riesgo a

la comunidad, deberá acreditar que ese defecto fue consecuencia directa de las regulaciones previstas en la ley para su confección, sin embargo, “no logrará exonerarse si el defecto hubiera podido ser evitado por el productor sin violar dicha norma” (Ramírez Sierra, D.F., 2018, p. 125).

#### 2.4.6. El Riesgo de Desarrollo.

Las tecnologías a todo nivel se van incrementando y perfeccionando a través de los años, por tal razón a medida que el conocimiento humano se enriquece, la civilización avanza y abarca cada vez más los aspectos de la vida. Sin embargo, lo que en el pasado fue una novedad hoy día es obsoleto. Justamente, cuando un fabricante manufactura un producto lo hace con fundamento en los avances que para ese momento predominan en la ciencia y el conocimiento, de esta manera, se exonerará de responsabilidad si para el momento en que elaboró el producto el “estado de los conocimientos científicos y técnicos disponibles, en el nivel más avanzado, no le permitía descubrir la existencia del defecto” (Ramírez Sierra, D.F., 2018, p. 125).

Entonces, en opinión de Ramírez Sierra, D.F. (2018), el fabricante “debe establecer, por tanto, cuál era el estado del arte en la respectiva disciplina, es decir, acreditar el nivel de desarrollo en la ciencia y de la técnica al momento de lanzar el producto al mercado” (p. 125). Ahora, en caso de que el productor con los nuevos avances tecnológicos descubre que el bien es defectuoso y potencialmente riesgoso para los consumidores está en la obligación de retirarlo del comercio e informarlo a la autoridad competente, de lo contrario, el “empresario incurrirá en culpa y, por tanto, será responsable de los daños que llegue a causar el producto” (Ramírez Sierra, D.F., 2018, p. 126).

### **2.5. Naturaleza y Fundamento de esta Clase de Responsabilidad.**

El saber es una herramienta que utilizamos las personas para obtener una ganancia económica, así, quien conoce las pautas para elaborar un aparato electrónico, un vehículo automotor, un licor o un producto de charcutería, por ejemplo, aprovecha su erudición para producirlo en masa y comercializarlo. Justamente, lo que adquiere mayor valor es el conocimiento, porque solamente el fabricante lo tiene; en primer lugar, está informado de los insumos que debe utilizar para preparar o construir correctamente el producto, además,

sabe paso a paso el proceso industrial que llevará la fabricación del mismo y, finalmente, está en la capacidad de dilucidar los daños que puede ocasionar con la elaboración y utilización de éste.

Por eso es que para un sector de la doctrina, la responsabilidad civil por productos defectuosos tiene fundamento jurídico en la teoría del riesgo creado y por ende en el factor de atribución objetivo de la responsabilidad, ello es así porque se considera que el fabricante o productor, con el fin de obtener una utilidad económica, pone su empeño, conocimiento y esfuerzo para elaborar y posicionar en el mercado un producto, creando de esta manera un potencial riesgo para el consumidor o un tercero. Según Messineo, F. (1955):

El fundamento de la responsabilidad objetiva se reconduce al principio del “obrar a propio riesgo”, o bien, con otro giro de pensamiento, a la utilidad que, de un determinado acto, o de una determinada situación, que da lugar al evento dañoso, obtiene el determinado sujeto; y, por tanto, debe él responder del daño por el solo hecho de esa utilidad (ubi commoda, ibi et incommoda; riesgo profesional). (p. 483).

Bien puede decirse, entonces, que el productor crea un eventual peligro a partir de su actividad ya sea que haya actuado con diligencia o no, en todo caso, esa actividad le genera una utilidad económica, de ahí que, esta clase de responsabilidad se mire desde la perspectiva del riesgo creado, que en palabras del autor en comento, es aquel en el que:

no se incurre por casualidad en el riesgo, como ocurre de ordinario, sino que da ocasión a él, o se lo determina, mediante el propio comportamiento, esto sirve para significar que quien realice una determinada actividad o se sirva de una determinada cosa, lo hace asumiendo la responsabilidad; y por eso debe sentir también todos los efectos de ella, o sea, que debe soportar el peso del resarcimiento del daño que aquella actividad suya, eventualmente, procure al tercero; y esto, aun cuando su actividad esté inmune de culpa y por el solo hecho de que se trata de actividad que corresponde a él. Tal soportar, es el aspecto económicamente pasivo, complementario, y, por tanto, inextinguible, de aquella actividad. (Messineo, F., 1955, p.p. 483-484).

Al respecto, Kelly J.A. (1987), para explicar el fundamento del sector de la doctrina que circunscribe este tipo de responsabilidad a la teoría del riesgo creado, cita textualmente a Josserand, L. (1950), para indicar que:

el creador de un riesgo debe asumir las consecuencias de su realización...; el director de un organismo industrial, comercial, administrativo, judicial, universitario, profesional, queda constituido por la ley en su propio asegurador por razón de los riesgos que ha creado; nada tiene que ver en este asunto la idea de mérito o demérito; el problema de imputabilidad, para convertirse en un esfuerzo de repartición de los daños; la justicia distributiva, repartitiva, sustituye a la justicia individual; a cada uno según sus actos y según sus iniciativas, a cada uno la responsabilidad que atrae sobre él la autoridad y fiscalización de que dispone, o si se quiere, es la idea de la reparación la que sustituye a la responsabilidad (p. 43).

En esa misma línea de pensamiento, Mosset Iturraspe, J. (2004) estima que en la responsabilidad por riesgo creado debe valorarse la “fuente del daño”, entonces, será la persona que tiene el poder sobre dicha fuente quien deba asumir los costos de los perjuicios resultantes de su actividad, en palabras de este autor:

Si bien es cierto que riesgo, según el diccionario, ‘es contingencia o proximidad de un daño’ debe atenderse a la fuente de ese riesgo, a cómo se crea el mismo; es imputable quien conoce y domina en general la fuente del riesgo; quien es el centro, al decir de Barassi, ‘de una organización’ –no en sentido técnico, claro está-, de una empresa: porque emplea personas, unas cosas muebles o inmuebles, automotores, etcétera. Y “por este simple hecho” debe esa persona cargar con las resultancias dañosas. (p. 181-191).

Del mismo modo, Santos Britz, J. (1993), citando a Esser, predica que la responsabilidad por riesgo es:

responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligro representada por una empresa o explotación permitida en interés propio las consecuencias derivadas de la inminencia de producción o causación de los daños derivados de tal empresa o explotación, o, dicho de otro modo, es la imputación de un daño a la esfera de la responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes. (p. 551-552).

Así y todo, la responsabilidad por riesgo dimana, a su vez, en la “justicia distributiva”, pues “la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos” (Santos Britz, J. 1993, p. 553). Pero, cuál es el régimen de atribución de la responsabilidad civil del fabricante en el derecho colombiano?.

El artículo 21 del Estatuto del Consumidor establece que para determinar la responsabilidad por daños por productos defectuosos la víctima “deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”, asimismo, el canon 22 de la misma obra enumera las causales por las cuales el productor o fabricante tiene la posibilidad de exonerarse de este tipo especial de responsabilidad. Bajo el anterior panorama es que en sentir de Tamayo Jaramillo, J., (2016), el régimen de atribución de la responsabilidad por productos defectuosos en Colombia es objetivo o sin culpa, pues aunque el primero de los citados mandatos normativos impone al afectado el deber de probar el defecto del producto y, por lo tanto, posiblemente la “falta o culpa del productor”, esta clase de “responsabilidad es objetiva pero siempre y cuando la causa del daño sea un defecto de fabricación, diseño o de presentación” (Tamayo Jaramillo, J., 2016, p. 67).

De igual manera, Espinosa Apráez, B. (2015) opina que el Estatuto del Consumidor al señalar la causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima), como motivo para que el fabricante se exonere de la responsabilidad por productos defectuosos, claramente está haciendo referencia a un sistema objetivo de responsabilidad, incluso, aunque el Estatuto del Consumidor define al “producto defectuoso” como el resultado de un “error” en el “diseño, fabricación, construcción, embalaje o información” (resaltado propio), ese término

no puede traducirse en el establecimiento de una exigencia adicional para el afectado consistente en probar que el empresario cometió un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o suministro de la información de un producto que hace que este sea defectuoso, pues esta prueba resulta prácticamente imposible, y haría nugatoria para el afectado la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños padecidos, siendo que este aspecto hace parte de la esencia del derecho del consumidor. (Espinosa Apráez, B., 2015., p. 393).

Contraria a esta postura, Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios F. (2014) consideran que al haberse consagrado el “riesgo de desarrollo” como motivo de exoneración a favor del productor, la responsabilidad por productos defectuosos es “necesariamente, un régimen subjetivo de responsabilidad”, lo anterior, porque como está concebida esa causal en el derecho colombiano, se le exige un deber de conducta determinado al productor, esto es,

si el productor no se comportó como un profesional avisado y muy bien informado, debe indemnizar los daños. Si, por el contrario, fue diligente y prudente en la utilización de la tecnología más avanzada conocida para garantizar la seguridad de sus productos, pero, aun así, no le fue posible evitar el defecto, el sistema le permite exonerarse alegando un riesgo de desarrollo. (Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios F., 2014, p. 55).

Sin embargo, en sentir de Espinosa Apráez, B. (2015), el riesgo de desarrollo como causal de exoneración de responsabilidad del fabricante, no le resta la atribución objetiva al régimen por productos defectuosos, puesto que:

esta causal de exoneración no tiene que ver con consideraciones subjetivas relacionadas con la diligencia observada por el empresario. todo lo contrario: la causal está referida al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento de la puesta en circulación del producto, aspectos que escapan a la voluntariedad del productor o el proveedor, lo que permite afirmar que los riesgos de desarrollo configuran también una causa extraña no imputable. (p. 393).

Pero, por qué concluir que el régimen objetivo es más conveniente para la responsabilidad civil por productos defectuosos?

Kelly J.A. (1987), expone varios argumentos que explican por qué la responsabilidad por productos defectuosos debe mirarse desde el régimen objetivo de atribución de la responsabilidad. En primer lugar, en torno a la dificultad de la víctima para probar la culpa del fabricante, dicho autor opina que las industrias cuentan con complejos procesos de manufactura en donde intervienen un sinnúmero de personas en la producción de un determinado bien, de tal manera que “cuando sale un producto vicioso no se puede identificar dónde existe la precisa instancia de culpa” (p. 47).

En segundo lugar, los fabricantes utilizan medios publicitarios para poner en circulación y comercializar el producto y, cuando lo hacen, “generalmente promocionará o de cierta forma tratará de transmitir la idea de que es seguro” (Kelly J.A.,1987, p. 50), de ahí que, el consumidor confiará en que el bien ofrecido no va producirle un detrimento a su salud o integridad, por tal razón al generar esa expectativa “parece justo que sea responsable cuando en los hechos no se cumpla con ella” (Kelly J.A.,1987, p. 50).

Un tercer argumento a favor de la conveniencia de un régimen objetivo en la responsabilidad civil por productos defectuosos, está dada por la evidente situación de debilidad del consumidor frente al productor. Para Kelly J.A. (1987) dicha inferioridad se presenta debido al “gran número y complejidad de productos que deben ser usados o consumidos para que una persona pueda ‘funcionar’ en la sociedad moderna” (p. 50).

Una cuarta razón es que los fabricantes poseen el conocimiento y la habilidad para la elaboración de un producto, de tal manera que, a aquellos se les facilita identificar y controlar los desperfectos de éste (Kelly J.A.,1987).

Hasta aquí, se realizó una descripción del régimen de responsabilidad por productos defectuosos en Colombia, ahora corresponde analizar este sistema desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED).



## Capítulo 3

# La Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos en sus Productos desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED).

*3.1. El AED de la Responsabilidad civil; 3.2. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Subjetiva o por Culpa; 3.3. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Estricta u Objetiva.; 3.4. El AED de la Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos de sus Productos; 3.5. Críticas al AED de la Responsabilidad Civil.*

### **3.1. El AED de la Responsabilidad Civil.**

#### 3.1.1. El Origen Histórico del AED de la Responsabilidad Civil.

Se tiene noticia que el antecedente más remoto del Análisis Económico del Derecho (AED) en materia de responsabilidad proviene del siglo XVIII; en efecto, CESARE BECCARIA (1764) comenzó a cuestionarse la *eficiencia* de los delitos y las penas en el derecho penal clásico, para lo cual propuso que se abandonaran los criterios religiosos y revanchistas que para ese entonces contemplaban las normas jurídicas, a fin de ser reemplazados por elementos “utilitaristas” como “la efectividad de la pena en la disuasión de los futuros delincuentes y el costo de la administración del sistema de justicia, junto con el grado de eficacia de la misma” (Núñez Trujillo, A.J. 2000, pp. 69-70). En opinión de Núñez Trujillo, A.J. (2000):

Lo que Beccaria propone es una ecuación para determinar en qué momento una pena deja de cumplir su función. El valor esperado del delito es igual al ‘bien’ perseguido por el delincuente, multiplicado por la probabilidad de que dicho ‘bien’ se obtenga (o, lo que es lo mismo, el valor absoluto del ‘bien’ perseguido menos la probabilidad de no obtenerse). Acto seguido debe tomarse el ‘mal’ de la pena prevista y multiplicarse por la probabilidad de que la pena resulte impuesta (la infalibilidad de la pena). Si el valor resultante es mayor al primero, entonces la pena prevista consigue su objeto. (p. 68).

Aunque el anterior antecedente dimana del derecho continental, De Calvalho Leal, V. (2016) considera que el AED “surge casi exclusivamente en los países del *common law* (Gran Bretaña, Estados Unidos, Canadá y Australia, los principales)” (p. 1), cuya tradición se enmarca en el realismo jurídico, teoría que es resumida por Dworkin, R. (1986) en la siguiente frase: “En Inglaterra y Estados Unidos, entre otros lugares, las decisiones judiciales les afectan también a muchas otras personas porque la ley a menudo se convierte en lo que el juez sostiene que es” (p. 15).

Es así que en materia de responsabilidad civil, fue Jeremy Bentham quien comenzó a adaptar los principios económicos a las “reglas que regulan comportamientos no sujetos al mercado” (Landes, W. M. & Posner R.A., *et al.* 2011, p. 127). Luego en 1881 Oliver W. Holmes publicó la obra “The Common Law, en la cual, planteó que “la única diferencia entre la culpa y la responsabilidad objetiva” (p. 127) es que esta última “proporciona una forma de seguro en caso de accidente” (Landes, W. M. & Posner R.A., *et al.* 2011, p. 127), no obstante, en sentir de Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* (2011) la perspectiva del derecho de daños en estos primeros balbucesos del AED estaba enfocada a su función preventiva más que a determinar “criterios de conducta que promuevan la asignación eficiente de recursos” (p. 127).

En un segundo momento, esto es, en los años veinte del siglo XX, el movimiento del “realismo jurídico” sostenía que el objetivo primordial de la responsabilidad civil extracontractual “era proporcionar un seguro” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 128), por tal razón, planteaban que antes de averiguar por la negligencia del victimario, debía mirarse si este tenía “dinero de sobra” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 128), de ahí que,

Los realistas jurídicos reclamaban que se estableciera la responsabilidad objetiva (o el seguro obligatorio de accidentes) porque creían que la única función apropiada del derecho de la responsabilidad extracontractual era ofrecer un seguro a aquellos que no podían asegurarse frente a la posibilidad de sufrir lesiones en un accidente. (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 129).

Posteriormente, el tercer momento fundamental del AED de la responsabilidad civil fue a partir de 1960, gracias a las investigaciones de Ronald Coase y Guido Calabresi sobre la materia. Ronald Coase, utilizando el criterio de “costo social” de Pigou, expuso a partir del

caso de la locomotora que con sus chispas quemaba los cultivos del granjero, que éstos podrían solucionar su contienda “hasta conseguir una distribución eficiente de recursos” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 129) independientemente de la responsabilidad legal del ferrocarril (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011). Calabresi, por su parte, “buscaba elaborar un sistema eficiente de derecho de accidentes a partir de principios fundamentales, y no evaluar el funcionamiento del sistema vigente de derecho de accidentes” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 131), por tal razón, su principal contribución fue realizar una “síntesis descriptiva de un modelo de derecho eficiente de accidentes” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 132); de esta manera, en su escrito ‘*Some thoughts on risk distribution and the Law of torts* (1960)’ y luego en su obra: ‘*The cost of accidents: a legal and economic analysis* (1970)’, Calabresi plantea de manera rotunda que la finalidad del derecho de daños es “reducir el costo de los accidentes y alcanzar la eficiencia” (De Calvalho Leal, V., 2016, p. 6), por tal motivo, luego de comparar los estatutos subjetivo y objetivo, concluye que “se debe preferir la responsabilidad objetiva a la responsabilidad por culpa, porque aquella es menos costosa de operar. Es decir, una es económicamente más deseable y en ese sentido más eficiente que la otra” (De Calvalho Leal, V., 2016, p. 6-7).

Posteriormente, con fundamento en esa labor, en 1972 Richard Posner y otros doctrinantes del AED comenzaron a estudiar “varias áreas del derecho de la responsabilidad extracontractual con el objetivo de evaluar su eficiencia” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 133) y desde entonces el AED de la responsabilidad civil se ha ocupado de analizar las reglas de atribución subjetiva y objetiva, así como,

Los ilícitos contractuales intencionales, las normas de derecho anglosajón de creación judicial relativas a los responsables solidarios y mancomunados en casos de responsabilidad extracontractual, la causación, las demandas de responsabilidad extracontractual por violación de la intimidad y difamación, las molestias a terceros, la representación engañosa, el problema del ‘buen samaritano’ y la publicidad engañosa (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.*, 2011, p. 134).

Ahora, si se echara un vistazo al recuento histórico realizado en el Capítulo 2 de este trabajo sobre la responsabilidad por productos, se observa que los estudios del AED de la responsabilidad civil en Estados Unidos, en especial los orientados a los factores de atribución objetivo y por culpa, son sincrónicos al *Restatement (Second) of Torts, Sección*

402A, en el cual se estipuló la responsabilidad objetiva del productor por los defectos de sus productos, de donde se sigue que, la visión económica del derecho muy seguramente tuvo incidencia en la determinación de la clase de responsabilidad en este último evento, o, por lo menos, de no ser así, es una casualidad que justo cuando el AED ultima que el régimen estricto del derecho de daños en ciertos accidentes resulta más eficiente para la sociedad, éste sea el escogido para regular los eventos de perjuicios ocasionados por los fabricantes.

Tras esa breve exposición histórica, es oportuno ahora abordar la función económica del AED de la responsabilidad civil.

### 3.1.2. La Función Económica del AED de la Responsabilidad Civil.

En el primer capítulo de este trabajo se mencionó que las personas en el ejercicio de una actividad económica o en el disfrute de su propiedad, pueden causar daños a los demás; así, el que fabrica un bien defectuoso y lo pone en circulación en el mercado, tiene alta probabilidad de afectar la integridad del consumidor, o también, el que conduce un vehículo tiene la potencialidad de generar un perjuicio a otro y qué decir de la empresa que contamina el aire o las vertientes de agua en el desarrollo de su objeto social. Nótese aquí, que el derecho de daños o el “derecho de los ilícitos culposos”<sup>5</sup> como se le conoce en el *common law* a los *torts no intencionales* (Cooter, R., & Ulen, T., 1998), siempre tiene como fuente una externalidad negativa. También se dijo que para la solución de esas externalidades, los individuos siempre incurren en *costos* y cuando los agentes no pueden superar sus diferencias por los *costos* elevados que implica celebrar un acuerdo privado para la logar la reparación del daño causado, se acude a las normas de la responsabilidad civil (Cooter, R., & Ulen, T., 1998). En similar sentido, Papayannis, D. M. (2009) considera que en la responsabilidad civil no es posible la “negociación entre las partes”, en la medida en que

los agentes dañadores y las víctimas no se conocen o no pueden determinar ex ante el valor del daño, por tanto, no pueden negociar. Así las cosas, los sistemas de responsabilidad civil protegen los derechos con reglas de responsabilidad y no con reglas de propiedad. (p. 464)

---

<sup>5</sup> A lo largo de este capítulo se utilizará indistintamente los términos “ilícitos culposos”, “derecho de daños” y “derecho a la indemnización” para significar la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Pero, cómo explica la teoría económica el derecho de daños o de los ilícitos culposos?. En opinión de Cooter, R., & Ulen, T., (1998) en el derecho de los ilícitos culposos las personas “internalizan los costos del daño que causan” (p. 371), a fin de tener “incentivos para invertir en la seguridad al nivel eficiente” (ib.). Entonces,

[l]a esencia económica del derecho de los ilícitos culposos es que utiliza la responsabilidad para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. La responsabilidad de los ilícitos culposos es sólo uno de varios instrumentos disponibles para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. Otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales. (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 371).

Claro que esto no lo explica todo. Para Schäfer, H.-B., & Ott, C. (1991) el análisis económico del derecho tiene cuatro objetivos primordiales en la responsabilidad civil: (i) en primer lugar, se enfoca en las consecuencias económicas del daño, cuáles son los costos que asumieron los agentes y los gastos que hicieron para prevenirlo, adicionalmente, evalúa “cómo se comportan los causantes y perjudicados potenciales ante sanciones alternativas del derecho de la responsabilidad civil” (p. 148); (ii) en segundo término, adecua las normas jurídicas al concepto económico de “indemnización”, para lo cual, toma como base el “principio de la eficiencia en la asignación de recursos y de la acentuación de su función preventiva” (p. 148); (iii) de otro lado, describe los elementos que conforman un “derecho de responsabilidad civil eficiente”, tomando para ello la “prevención” y la manera en que ésta influye en la “asignación de recursos” con el fin de lograr “la obtención de un beneficio para toda la sociedad” (p. 148) y; (iv) finalmente, a partir de “supuestos jurídicos concretos” el AED de la responsabilidad civil realiza “propuestas para la aplicación y perfeccionamiento del Derecho vigente” (p. 148).

Al respecto conviene decir, que el AED de la responsabilidad civil parte de la base de la “teoría del bienestar” y la “microeconomía”, las cuales, según Schäfer, H.-B., & Ott, C. (1991), tienen por objetivo “controlar la utilización de recursos”, para de esta manera lograr la “eficiencia en su asignación” y paralelamente generar “bienestar para la sociedad en su conjunto” (p. 149). Cabe entonces preguntarse, cuál es la función económica del derecho de daños?

Para los autores en comento, la función económica de la responsabilidad civil es establecer incentivos a fin de “aplicar los recursos en las cantidades socialmente útiles para protegerse ante daños futuros” (Schäfer, H.-B., & Ott, C., 1991, p. 149) y de este modo evitar que la víctima cubra la totalidad de los costos del daño ocasionado por una externalidad negativa, “puesto que esto sólo conduciría a una redistribución de pérdidas y a producir costos adicionales” (Schäfer, H.-B., & Ott, C. 1991, p. 149), por eso es que, el principal cometido del derecho de daños es “compensar las pérdidas del perjudicado mediante el traspaso del daño al causante” (Schäfer, H.-B., & Ott, 3C. 1991, p. 149), sin embargo, este objetivo se obtiene, desde la perspectiva del AED, solamente si la indemnización que debe pagar una persona por haber ocasionado un perjuicio a otro “sirve para hacer ver al causante las consecuencias de su proceder y proporcionarle un estímulo material para que se abstenga de ocasionar perjuicios” (Schäfer, H.-B., & Ott, C. 1991, p. 105), de este modo, “se establece implícitamente un desincentivo al descuido (porque debe asumir el costo de los daños subsecuentes) y un incentivo a los gastos de prevención” (Barros Bourie, E., 2009, p. 47). Sobre esto último, Papayannis, D. M. (2009) opina que desde el AED, son dos las razones por las cuales la persona que genera un daño debe resarcir económicamente al perjudicado, de un lado, con el propósito de que tome “medidas precautorias” para no cometer el “cuasidelito” y, en segundo término, para limitar su “nivel de actividad”, pues, “[s]in responsabilidad, no tendría motivación alguna para prevenir daños” (p. 466).

Ahora bien, atribuirle la reparación completa del daño a su autor, dejando de lado la “función preventiva” del resarcimiento, provocará “una pérdida neta de bienestar para el conjunto de la sociedad” (Schäfer, H.-B., & Ott, C. 1991, p. 105), por ende, el AED se ocupa de evaluar el derecho de daños desde la perspectiva del agente que se encontraba en una mejor posición para evitarlo, con el fin de establecer quién tiene que asumir los costes del percance y, a partir de allí, determinar cuál es la regulación más eficiente para compensar la salud y la riqueza del perjudicado y, de esta manera, maximizar el beneficio de la sociedad. Dentro de ese contexto, la finalidad última del AED del derecho de daños “no es evitar a toda costa que se produzcan accidentes, sino impedirlos en la medida en que los costos que producen esos accidentes excedan los costos asociados a su prevención” (Barros Bourie, E., 2009, p. 45), de ahí que en el campo económico se considere a las normas sobre responsabilidad civil como “regulaciones que deben ser juzgadas por su eficiencia en un balance final de bienestar” (Barros Bourie, E., 2009, p. 46).

Sin más preámbulos, a continuación se expondrá la noción económica de los elementos jurídicos que estructuran la responsabilidad civil.

### 3.1.3. La Noción Económica de los Elementos que Estructuran la Responsabilidad Civil.

Según Cooter, R., & Ulen, T., (1998), dentro de la estructura tradicional de los “*ilícitos culposos*” se encuentran tres elementos esenciales: a.) el daño; b) la causa; y c) el incumplimiento de una obligación.

#### 3.1.3.1. El Daño.

Desde la perspectiva económica, el *Daño* es definido como “un descenso de la función de utilidad o beneficio de la víctima” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 373), *utilidad o beneficio* que se encuentra estrechamente relacionado con la *salud* y la *riqueza*, y es que la afectación de estos dos bienes, ciertamente, genera un perjuicio; en efecto, una persona que, por ejemplo, a causa del defecto de un producto, pierde el sentido de la visión, no solamente dejará de disfrutar de un paisaje o la autonomía para desplazarse de un lugar a otro, sino, del mismo modo, tendrá dificultades para seguir desempeñando su actividad económica, cualquiera que sea. De manera que, desde el punto de vista económico, la responsabilidad civil propende por la compensación de la salud y la riqueza que la víctima pierde a causa de un accidente, la cual se encuentra representada por “una suma de dinero suficiente para que la víctima de un perjuicio se encuentre igualmente bien con el dinero y el perjuicio que sin el dinero y el perjuicio” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 375). Pero, cuáles son los costos que están asociados al daño?

Schäfer, H. B., & Ott, C. (1991), citando a Calabresi, G. (1970), señalan que en la responsabilidad civil “a cada daño se encuentran vinculados tres tipos de costes” denominados “costes primarios, secundarios y terciarios”; los primeros hacen referencia al valor de “todos los daños causados a la víctima de un perjuicio” (p. 99) como los “inmateriales y a terceros, con independencia del tipo de menoscabo” (p. 99); los *costes secundarios* hacen referencia a los que incurren los sujetos para prevenir el daño, por ejemplo, los seguros; por último, están los *costes terciarios*, o sea aquellos que las personas emplean para “la liquidación y distribución del daño producido” (p. 105), verbigracia, los costes judiciales. A esos costes se le llaman los *daños esperados* (A), los cuales también

aumentarán si la precaución disminuye. Ahora, la sumatoria de los costos de los daños esperados y los costos de precaución ( $wx$ ) se llaman *costos sociales esperados de los accidentes (CS)*, los cuales están representados por la siguiente fórmula matemática: “ $CS = wx + P(X)A$ ” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 385).

### 3.1.3.2. La Causa.

La causa o el hecho generador del perjuicio, está dada por “las funciones de los modelos económicos”, las cuales, “describen las preferencias del consumidor por una función de utilidad, mientras que la tecnología del productor se describe por una función de producción” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 378). Esta noción económica de la causa del daño enseña que existen variables en la “función utilidad” que maximiza el beneficio de consumidor, asimismo, co-existen variables que aumentan la “función de producción” del productor, así, una persona ocasiona un perjuicio a otra cuando “las variables que controla reducen la utilidad o producción de otra persona” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 378). Para ilustrar lo anterior, téngase en cuenta, por ejemplo, el caso de una empresa que produce un medicamento defectuoso. Una de las variables de producción para el laboratorio fabricante son las ganancias que por esa actividad percibe, las cuales aumentarían si el producto tiene éxito y por lo tanto aumentará su producción, sin embargo, como consecuencia de esa actividad, se pueden generar daños si uno de sus productos es defectuoso, en el último evento, la función de utilidad del consumidor se verá afectada porque al usar el medicamento su salud no mejorará, por el contrario, se afectará debido al desperfecto del bien.

### 3.1.3.3. El Incumplimiento de una Obligación.

Este último elemento es indispensable para establecer la responsabilidad de la persona en la generación de un daño, eso sí, siempre que el régimen de atribución al que se refiere sea el de la responsabilidad por culpa o subjetiva, pues una “regla de responsabilidad basada en el daño y la causación es una ‘responsabilidad estricta’ [u objetiva]” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 378). Puestas en esa dimensión las cosas, en los casos del derecho de daños cuyo factor de atribución es la culpa “el demandante en un juicio de ilícito culposo debe demostrar que el demandado incumplió una obligación que debía al demandante. Una obligación de obrar con cuidado es una norma legal que prescribe el nivel mínimo de la



precaución aceptable” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 380). De este modo, para Cooter, R., & Ulen, T., (1998):

Bajo una regla de negligencia, los tomadores de decisiones que toman precauciones tan grandes o mayores que la norma legal no son responsables de los daños accidentales de otra persona. Los que tomen menos precauciones que la norma legal pueden verse obligados a pagar daños compensatorios por los daños accidentales de otra persona. (p. 380)

Y aunque, en la responsabilidad civil subjetiva es fundamental el nivel de precaución de los sujetos involucrados en un accidente, esas medidas para evitar la probabilidad de los accidentes tienen costos, los cuales aumentarían entre más se apliquen medidas de precaución, eso sí, será menor la probabilidad de que ocurra un siniestro; en términos económicos expuestos por Cooter, R., & Ulen, T., (1998): “La probabilidad de un accidente, que denotamos por  $P$ , disminuye cuando aumenta la precaución, que denotamos por  $X$ . Por lo tanto,  $P=P(X)$  es una función decreciente de  $X$ ” (p. 380). Sin embargo, puede suceder que, o bien las personas no tomen precauciones para prevenir accidentes, ora incurran en costos elevados para aumentar los niveles de precaución. Justamente allí es donde el AED entra en juego, ya que para lograr la *eficiencia* del sistema de responsabilidad se requiere “minimizar los costos sociales del accidente” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 385), de tal manera que, “[c]uando la precaución es eficiente, el costo de un poco más de precaución (costo marginal) es igual a la reducción resultante en el costo esperado del daño (beneficio marginal)” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 386).

A continuación, se analizará desde la perspectiva del AED los estatutos de responsabilidad civil por culpa y el estricto u objetivo.

### **3.2. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Subjetiva o por Culpa.**

Desde la perspectiva económica y jurídica, para Schäfer, H. B., & Ott, C. (1991) el derecho de daños basado en la responsabilidad por negligencia o culpa se refiere al “control del nivel de diligencia. Mediante la responsabilidad se proporciona estímulos materiales para adaptar el gasto de evitación del daño a las exigencias de diligencia postuladas, para escapar al gravamen de los costes del daño”. (p. 222)

Como se recuerda, al estudiar la función económica del derecho de daños se dijo que son dos los motivos por los que desde el análisis económico del derecho se justifica la reparación de la víctima, de un lado, para que el causante del daño tome medidas de *precaución* y, en segundo término, con el fin de limitar el *nivel de la actividad* fuente del perjuicio (Papayannis, D. M., 2009). A continuación, se analizará cada uno de esos elementos desde la perspectiva del AED de la responsabilidad civil subjetiva o por culpa.

### 3.2.1. La Precaución.

La *precaución* significa “Reserva, cautela para evitar o prevenir los inconvenientes, dificultades o daños que pueden temerse” (Diccionario de la Lengua Española)<sup>6</sup>. Para el AED la *precaución* tomada por el agente que ocasiona el daño es la que “objetivamente tendría que haber hecho para realizarlo” (Schäfer, H. B., & Ott, C., 1991, p. 222), es decir, el costo en que debía incurrir el victimario y que “razonablemente hubo que prever teniendo en cuenta el peligro amenazante” (Schäfer, H. B., & Ott, C., 1991, p. 222). Ahora, La *precaución* del hecho dañoso puede ser *unilateral* o *bilateral*. En el primer evento, esto es la *unilateral*, quien asume las medidas precautorias es el victimario o el generador del daño en tanto que, en la *precaución bilateral*, los correctivos son realizados por el victimario y la víctima (Papayannis, D. M., 2009).

En materia de responsabilidad civil subjetiva o por culpa, la *precaución* es *bilateral*, porque tanto el victimario como la víctima actuaran con cautela para evitar el accidente. De este modo, el generador del daño costeará medidas correctivas “al nivel de la norma legal a fin de evitar la responsabilidad por los daños causados” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 394), en consecuencia, no será responsable y el perjudicado no recibirá indemnización alguna; de otro lado, la víctima, con conocimiento de ello, también adoptará los correctivos necesarios para prevenir el accidente. Sobre esto último, Cooter, R., & Ulen, T., (1998), describen tres tipos de *negligencia*: la simple, la contributiva y la comparativa.

- a) *La Negligencia Simple*. En esta clase de *negligencia*, como ya se dijo, el autor del daño toma las precauciones que le indica la ley para evitar el daño y la víctima actúa de igual manera.

---

<sup>6</sup> <https://dle.rae.es/precauci%C3%B3n?m=form>

- b) *La Negligencia Contributiva*. En este tipo de *negligencia*, el victimario aunque es responsable del daño por desatender una norma de cuidado, puede liberarse de la responsabilidad acreditando que la “precaución de la víctima fue menor que la norma legal de cuidado” (p. 395). Por ejemplo, en una pista de patinaje existe un bache y no hay advertencia de ello. La víctima al tropezar sus patines con ese obstáculo cae y sufre un trauma en la cabeza porque no tenía puesto el casco, en ese evento, el dueño de la pista puede alegar que la víctima contribuyó al daño por no llevar puesto el casco, pues de haberlo hecho, no se hubiese lesionado.
- c) *La Negligencia Comparativa*. En este último caso, la *negligencia* se aprecia igual que en la figura jurídica de la *concurrency de culpas*, es decir, tanto el generador del perjuicio como la víctima fueron negligentes y desconocieron el nivel de cuidado previsto en la norma y deben asumir la responsabilidad proporcionalmente (Cooter, R., & Ulen, T., 1998). Ejemplo: es de noche y un carro invade el carril contrario en un lugar donde no es permitida esa maniobra y choca de frente con una moto que no llevaba luces, causándole la muerte al motociclista. En este caso el conductor del vehículo es responsable en un cierto porcentaje por haber adelantado en un sitio prohibido y la víctima también lo es en otro tanto, porque la moto debía transitar con luces. Así que en la negligencia comparativa “se divide el costo del daño entre las partes en proporción a la contribución de su negligencia al accidente” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 395).

Con todo, en sentir de Cooter, R., & Ulen, T., (1998), “las diversas formas de la regla de la negligencia crean incentivos para la precaución eficiente por parte del victimario y de la víctima”, porque ambos trataran de prevenir el daño acudiendo a medidas precautorias.

### 3.2.2. El Nivel de la Actividad.

Es oportuno aquí recordar que la función principal del AED de la Responsabilidad Civil es impedir la producción de daños que excedan el costo para prevenirlos (Barros Bourie, E., 2009). Y para cumplir ese objetivo el AED no solo se vale de la precaución sino también del *Nivel de la Actividad*.

El nivel de actividad se relaciona con la *cantidad* de veces en que se desarrolla una situación que puede generar riesgos (Papayannis, D. M., 2009). El ejemplo clásico utilizado por autores como Papayannis, D. M., (2009) y Cooter, R., & Ulen, T., (1998), para explicar este elemento, es la conducción de automóviles; en ese caso, cuantas más veces la persona utilice el vehículo para transportarse se aumenta la probabilidad de causar un accidente.

Si se utilizara el anterior ejemplo y fuera aplicado a la responsabilidad subjetiva o por culpa, el victimario no tendría incentivos para disminuir el nivel de la actividad, puesto que se liberaría de responsabilidad siempre que cumpla con el estándar legal de medidas precautorias (verbigracia, respetando el límite de velocidad), de esta manera, seguirá haciendo uso del vehículo cuantas veces lo desee, porque, justamente, está asumiendo los costos mínimos previstos en la regulación legal para la conducción de automotores (Cooter, R., & Ulen, T., 1998). En otras palabras, desde la perspectiva del AED de la responsabilidad por culpa,

El conductor puede incrementar 10 veces su manejo, lo que incrementa en 10 veces el riesgo de dañar a otros, sin aumentar su responsabilidad esperada. Según la regla de negligencia, se externaliza el riesgo marginal de dañar a otros al aumentar el manejo (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 398).

Al respecto, conviene decir que en tratándose de actividades cuyos riesgos puedan afectar en mayor medida el bienestar de la sociedad, la regla de la responsabilidad estricta u objetiva será la más eficiente a fin de impedir el aumento de los accidentes y los costos sociales que se encuentran asociados a éstos, pero sobre esta temática se ahondará más adelante cuando se estudie el enfoque económico de aquella clase de responsabilidad. Por ahora, cabe cuestionarse, entonces, cómo hace el AED para determinar la culpabilidad del victimario en la responsabilidad civil subjetiva o por culpa?

### 3.2.3. La Regla Learned-Hand.

En Estados Unidos se demandó al propietario de una “barcaza”, toda vez que, ese tipo de vehículos solía desamarrarse en el puerto y ocasionar daños a los demás vehículos, por ende, se solicitaba que se obligara al demandado a “tener a bordo a un marinero” mientras

que la “barcaza” permaneciera en el puerto (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, caso *United States vs. Carroll Towing Co.*). El caso le correspondió al Juez *Learned-Hand*, quien determinó a partir de tres variables el deber reclamado al propietario de la barcaza. Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* (2011), lo representan de la siguiente manera:

$P$ = la probabilidad de que la barcaza se desamarre;

$L$ = la gravedad de la lesión resultante, en caso de que la barcaza se desamarre;

$B$ = la carga de las precauciones apropiadas para prevenir que la barcaza se desamarre. (p.p. 180-181).

Con fundamento en esas variables el Juez *Learned-Hand* concluyó lo siguiente: “El propietario será negligente si la carga de las precauciones ( $B$ ) es menor que la probabilidad de que ocurra el daño por la gravedad de este ( $PL$ ); es decir, si  $B < PL$ ” (Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* 2011, p. 181). Con tal delimitación del asunto, estimó que “dado que  $B < PL$ , en este caso el dueño del lanchón fue negligente al no tener a un lanchonero a bordo durante las horas de trabajo diurno” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 398).

Sin embargo, en opinión de Landes, W. M. & Posner R.A. *et al.* (2011) la fórmula de *Hand* no tiene en cuenta la “diligencia de la víctima”, tampoco es “explícita en cuanto a si los costos y los beneficios de los accidentes se deben considerar en términos marginales” (p. 182), lo que en sentir de estos autores, hubiese sido lo “correcto” y “no en términos totales”. Algo parecido piensan Cooter, R., & Ulen, T., (1998), para quienes el juez Hand omitió dilucidar “si las variables se refieren a valores marginales o valores totales” (p. 401). Por tal razón, para Cooter, R., & Ulen, T., (1998) la “regla marginal de Hand” debe expresarse en el siguiente sentido:

$w_i < -p'A$  = El victimario es negligente si el costo marginal de su precaución [ $w_i$ ] es menor [ $<$ ] que el beneficio marginal resultante [ $-p'A$ ]. Por lo tanto, el victimario es responsable según la regla de Hand cuando la precaución adicional se justifica por su costo. [...] A fin de evadir la responsabilidad [...] el victimario deberá aumentar la precaución hasta que la desigualdad se convierta en una igualdad [...]  $w = -p'A$ . (p. 401).

En términos más sencillos, según la *regla de Hand* el victimario se liberará de la responsabilidad siempre y cuando acredite que los costos marginales de las precauciones

que tomó para prevenir el daño son iguales al costo esperado del accidente (Cooter, R., & Ulen, T., 1998).

No obstante la fórmula matemática expuesta, para Cooter, R., & Ulen, T., (1998) su aplicación resulta problemática en todos los casos, pues el “análisis costo-beneficio exige mucha información de quien lo utilice”, ya sea “un victimario, un tribunal, una legislatura o un administrador”, de ahí que, en sentir de estos autores:

El derecho de la responsabilidad debería tomar en cuenta quién se encuentra en la mejor posición para obtener información acerca de los accidentes. Si los tribunales pueden obtener información correcta acerca de los accidentes a un costo moderado, este hecho favorecerá a la adjudicación caso por caso. Si una legislatura o un regulador pueden obtener información correcta acerca de los accidentes a un costo moderado, este hecho favorecerá a un sistema de ley pública para los accidentes [...]. (p.p. 402-403).

En definitiva, según el Análisis Económico del Derecho de la responsabilidad civil subjetiva o por culpa, el victimario se liberará de la responsabilidad siempre que acredite que su nivel de diligencia es igual o mayor al previsto en la norma como costo esperado del accidente.

### **3.3. El Enfoque Económico de la Responsabilidad Civil Estricta u Objetiva.**

Con antelación se dijo que el derecho de los ilícitos culposos estaba conformado por tres elementos: el daño, la causa y el incumplimiento de una obligación. Una responsabilidad fundamentada en el daño y la causa o el hecho generador es una responsabilidad estricta u objetiva (Cooter, R., & Ulen, T., 1998), entonces, bajo el marco de esta regla, “el causante del daño responde de él con independencia de que haya observado una determinada pauta de diligencia” (Schäfer, H.-B., & Ott, C. 1991, p. 119), contrariamente a lo que sucede en la responsabilidad por culpa, en la cual, según el AED el victimario no debe indemnizar a la víctima si actuó al menos en el nivel de diligencia previsto en la norma.

A igual que en el AED del derecho de daños por culpa, en el AED de la responsabilidad estricta u objetiva, también se tienen en cuenta las variables de *precaución* y *nivel de la actividad*.

### 3.3.1. La Precaución.

Como se recuerda para el AED la *precaución* es el costo en que incurre el causante del daño a fin de evitarlo. En la responsabilidad estricta u objetiva, la *precaución* es *unilateral*, pues solo uno de los agentes debe asumirla, esto es, el victimario. En esta regla de responsabilidad el generador del perjuicio está en la obligación de compensar económicamente a la víctima hasta el punto en que el resarcimiento sea igual al daño producido [compensación perfecta] (Cooter, R., & Ulen, T., 1998). Por tal razón, “con una regla de responsabilidad estricta y compensación perfecta, la víctima se siente indiferente entre un accidente con compensación y la ausencia de accidente” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 388), pues no tiene incentivos para costear medidas precautorias en caso de un accidente, así por ejemplo, en el evento de un producto defectuoso, el consumidor o usuario no sentirá el mínimo interés por invertir en su salud o contratando un seguro con el propósito de reparar su pérdida, ya que el fabricante responderá pagando el costo total del daño, lo que en términos económicos se traduce de la siguiente manera: “la regla de la responsabilidad estricta con compensación perfecta hace que el victimario internalice los costos y los beneficios marginales de la precaución, lo que le da incentivos para la precaución eficiente” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 389), en tanto que la víctima “internaliza los costos de la precaución y externaliza los beneficios”.

### 3.3.2. El Nivel de la Actividad.

Como se recuerda, el nivel de la actividad hace referencia al número de veces en que el agente desarrolla una determinada acción. En este ítem, es indispensable retomar el ejemplo de la conducción de automóviles sugerido por Cooter, R., & Ulen, T., (1998) y por Papayannis, D. M., (2009), con el propósito de dilucidar cómo funciona para el caso de la responsabilidad ajena a la culpa. Entonces, si una persona utiliza su carro a diario para movilizarse hacia su trabajo, existe más probabilidad de causar un accidente que si decidiera tomar el autobús. Si la regla legal condenara estrictamente al conductor del automóvil por el detrimento que pudiera llegar a ocasionar a un peatón, aquél elegiría bajar su nivel de actividad para no costear el valor de una indemnización y preferiría tomar el autobús para desplazarse al trabajo, contrario a lo que acontece si el régimen fuera la culpa, en el que no importaría cuántas veces utilice carro siempre y cuando demuestre que lo hace

con el debido cuidado y dentro de los límites de las normas de tránsito. En materia económica la idea es que,

Bajo un régimen de responsabilidad estricta, a medida que baja la utilidad marginal, sólo resultará conveniente desarrollar la respectiva actividad hasta el punto en el que esa utilidad pase a ser menor al costo esperado de las indemnizaciones [...]. De este modo, habrá una relación óptima que incluye la variable adicional, esto es, la utilidad que se sigue de aumentos de actividad no es estática, sino decreciente. (Barros Bourie, E., 2009, p. 463).

Así las cosas, para el AED la responsabilidad estricta y objetiva es ciertamente eficiente, porque, no solamente invita a que las personas tomen precauciones en el desarrollo de sus actividades, sino, también, reduce el nivel de la actividad de aquellas, con el fin de impedir los costos asociados a los accidentes y el detrimento del bienestar de la sociedad. En términos del AED:

La responsabilidad estricta induce al victimario potencial a fijar al nivel eficiente todas las variables que afectan la probabilidad de un accidente. Por lo tanto, la regla de la responsabilidad estricta puede inducir la precaución eficiente y un nivel de actividad eficiente [...] (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 398).

### 3.3.3. Los Costos Administrativos.

Al exponer la visión económica del *Daño* como elemento que estructura la responsabilidad, se dijo que a éste se encuentran ligados tres tipos de costos, entre los que se encuentran los denominados *terciarios*, es decir, los que se utilizan para “la liquidación y distribución del daño producido” (Schäfer, H. B., & Ott, C., 1991, p. 105), esto son, los gastos empleados en el trámite de un proceso judicial.

Y es que, en el régimen estricto u objetivo este tipo de costos pueden evitarse, en la medida en que, si de antemano se sabe que el victimario será condenado, los gastos en la litigación “abogados, medios probatorios, tiempo invertido” (Barros Bourie, E., 2009, p. 464) disminuyen, a diferencia de lo que sucede en la regla de la responsabilidad subjetiva o por culpa, en donde, la mayor de las veces, se requieren de experticias dispendiosas a fin de acreditar la diligencia o la culpabilidad del generador del daño (Barros Bourie, E., 2009). En sentir de Cooter, R., & Ulen, T., (1998):



Las reglas de la responsabilidad por ilícitos culposos deberían estructurarse de tal modo que se minimicen los costos sociales de los accidentes, cuando los costos sociales de los accidentes se definen como la suma de los costos de precaución, del daño accidental y de la administración (p. 410).

#### 3.3.4. La Evitación de los Costos de Errores.

Para el AED la regla de la responsabilidad estricta u objetiva tiende a evitar los *costos de errores* los cuales están relacionados con la determinación de la responsabilidad del victimario (Barros Bourie, E., 2009). Y es que, de acogerse el régimen ajeno a la culpa se esquivo el yerro judicial de absolver a quien cometió la conducta perjudicial, situación que puede no ocurrir en la responsabilidad subjetiva o por culpa en la que “existe un porcentaje mayor de casos en que la víctima de un acto injusto no llega a ser indemnizada” (Barros Bourie, E., 2009, p. 464), bien, porque no quiere asumir los gastos del proceso por lo aleatorio que resulta su definición, ora, debido a que en la apreciación de las pruebas los jueces tienen margen suficiente para equivocarse (Barros Bourie, E., 2009).

#### 3.3.5. Los Seguros.

Desde la perspectiva del AED de la responsabilidad civil extracontractual, los *seguros* son “un sistema privado del derecho de la responsabilidad, que asigna el costo de los accidentes de acuerdo con los contratos” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 412), de esta manera, cuando el *seguro* es perfecto y competitivo las “primas cobradas a los asegurados se igualan a la suma de las reclamaciones pagadas a los asegurados y los costos de administración” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 412), por tal razón es que, en opinión de Cooter, R., & Ulen, T., (1998) en un sistema de economía de mercado “las reglas de la responsabilidad por ilícitos culposos deberían estructurarse de tal modo que se minimice la suma de los costos de la precaución y del seguro” y teniendo ello como fin último, es que estos autores consideran que tratándose de la responsabilidad estricta u objetiva y de seguros completos y competitivos “los costos sociales de los accidentes se igualan a la suma de las primas del seguro de los victimarios y el costo de precaución de ambas partes. La regla más eficiente es la que cueste menos” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 413).

Con esto en mente, es hora de adentrarse en el estudio del Análisis Económico del Derecho de la responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos.

### **3.4. El AED de la Responsabilidad Civil del Fabricante por los Defectos en sus Productos.**

#### **3.4.1. El AED de la Responsabilidad por Productos defectuosos. ¿Responsabilidad Estricta o Subjetiva?**

En el Capítulo 2 se describieron los elementos en que se estructura esta clase de responsabilidad y allí se expuso que esos tipos de accidentes ocurren cuando el consumidor sufre un detrimento en su salud e integridad como consecuencia de un error de fabricación, diseño o información de un bien o servicio puesto en circulación por el productor. Bajo ese panorama, se dijo también que este último tiene una obligación de seguridad frente al usuario o consumidor que consiste en garantizar que el producto carece de esos defectos.

Puestas en esa dimensión las cosas, cabe preguntarse ahora, cuál es el régimen de la responsabilidad civil extracontractual que para el Análisis Económico del Derecho es el más apropiado a fin de resolver las disputas entre fabricantes y consumidores?; bien, el subjetivo o por culpa, ora el estricto u objetivo?

Como se recuerda, al inicio de este Capítulo se puso de presente que el fin primordial del AED de la responsabilidad es impedir la generación de accidentes que causen costos a la sociedad, por tal razón, la función económica en esta materia está encaminada, en primer lugar, a compensar patrimonialmente a la víctima por el daño sufrido a su salud y a su riqueza y, en segundo término, prevenir que en el futuro el victimario o generador del daño continúe afectando el bienestar de la sociedad a través de su actividad, por tal razón, la norma eficiente desde el AED será aquella que cumpla con estos dos objetivos.

Y es que, con fundamento en dichas premisas, es que Cooter, R., & Ulen, T., (1998) opinan que:

La norma más eficiente parecería ser la de la responsabilidad estricta, porque la mayoría de los casos de daños relacionados con productos recae la precaución unilateralmente en los

fabricantes. Son ellos quienes controlan el diseño de los productos y del proceso de manufactura, y quienes tienen mayores probabilidades de estar conscientes de algunos peligros especiales que implican sus productos y, por lo tanto, quienes pueden transmitir con mayor eficiencia la información acerca de estos peligros por medio de advertencias. (p. 452).

Bien pareciera por lo anterior, que los autores en comento parten de la base de un hecho innegable y es que productor ostenta el poder de la información sobre la elaboración del producto; él conoce con detalle el proceso de fabricación y, por ende, puede identificar con certeza dónde ocurrió el defecto, por tal razón es que, para el AED la regla eficiente de responsabilidad en estos casos debería ser la estricta u objetiva, porque, de un lado, el fabricante está en la capacidad de tomar las medidas de precaución al nivel de la norma legal para evitar el daño, verbigracia, establecer controles en la fabricación del bien o invertir en investigación para elaborar un mejor producto; por otra parte, el ordenamiento jurídico al imponer un régimen estricto, reducirá el nivel de actividad del fabricante a un nivel óptimo que impedirá la generación de los costos asociados a los accidentes, los cuales, causan detrimento al bienestar de la sociedad, pues, entre más ponga en circulación un producto existe un mayor riesgo de causar un daño al consumidor o usuario. Pero al respecto, Cooter, R., & Ulen, T., (1998) hacen una objeción a este régimen objetivo de responsabilidad por productos, lo que, en sentir de éstos, lo hace ineficiente y es que dicho sistema no contempla la asunción del riesgo de la víctima cuando utiliza indebidamente el producto.

#### 3.4.2. La Norma Eficiente de la Responsabilidad por Productos desde la Perspectiva del AED.

En algunos eventos el daño generado por el producto tiene origen en el indebido uso de éste por el consumidor (Cooter, R., & Ulen, T., 1998). En esos casos, para el AED la *precaución* en la utilización del bien debe ser *bilateral*, valga decir, el fabricante se encuentra en la obligación de informar el correcto uso del producto para prevenir un eventual percance y el consumidor deberá tomar medidas de cuidado al momento de hacer uso de éste y ceñirse a esas instrucciones, pues, de no hacerlo, el productor se exonerará de responsabilidad. Sobre el particular, Cooter, R., & Ulen, T., (1998) consideran que:

El derecho de la responsabilidad por productos defectuosos puede tomar un curso intermedio entre la idea de que la precaución es unilateral (y, por lo tanto, que la responsabilidad estricta es la norma más apropiada) y la idea de que la precaución es

bilateral (y, por lo tanto, que la negligencia es la norma apropiada). Puede hacerlo sosteniendo que los fabricantes demandados son estrictamente responsables por el diseño, la fabricación o la prevención defectuosos, pero permitiéndoles que eviten la responsabilidad si la víctima asume voluntariamente el riesgo de los daños o usa mal el producto. Estas defensas estimulan la asignación eficiente del riesgo de pérdida derivada de los daños relacionados con los productos entre el consumidor y el fabricante. (pp. 452-454).

Y es que, si se estableciera un régimen estricto de responsabilidad por productos defectuosos en el que el fabricante asumiera el costo del daño por el producto defectuoso, sin tener en cuenta la variable por el indebido uso de mismo, ello conduciría a que los productores adquirieran pólizas de seguros para amparar a todos los consumidores, lo cual, ciertamente para el AED sería ineficiente (Cooter, R., & Ulen, T., 1998), pues la inversión para asegurar ese tipo de daños significaría un costo adicional asociado a la elaboración del producto y, en consecuencia, un incremento en su precio trasladándose de esta manera el costo del eventual accidente al consumidor, de ahí que, Cooter, R., & Ulen, T., (1998), concluyan lo siguiente:

la responsabilidad estricta con las defensas de asumir tanto el riesgo como el mal uso del producto es una norma eficiente para la minimización de los costos sociales de los daños relacionados con el producto. La ausencia de estas defensas obliga a los fabricantes a ofrecer un seguro junto con su producto, lo que es probablemente un resultado ineficiente (p. 455).

Por eso es que el AED en ciertos casos como el de la responsabilidad por productos, acude a la fórmula de la “responsabilidad estricta con una defensa de negligencia contributiva”, según la cual, “el fabricante de un producto defectuoso es responsable del daño que cause a los consumidores que no son negligentes, y no es responsable del daño que cause a los consumidores negligentes” (Cooter, R., & Ulen, T., 1998, p. 396).

### 3.4.3. El AED y los Riesgos de Desarrollo en la Responsabilidad por Productos.

Otra problemática que surge en el AED de la responsabilidad por productos es la relacionada con los riesgos de desarrollo. Como se expuso en el Capítulo 2 de este trabajo (Núm. 2.4.6.) estos riesgos están asociados al estado de los saberes de la ciencia al momento de fabricar el producto, de esta manera, una empresa puede lanzar al mercado

un producto defectuoso sin que, para ese momento, los conocimientos para elaborarlo se hayan percatado de su defectuosidad, por tal motivo, con el fin de superar esa incertidumbre las empresas se enfrentan a la disyuntiva entre invertir dinero en investigar los posibles alcances nocivos de su producto o no hacerlo (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017), eso dependerá si el régimen contempla la ausencia de responsabilidad por riesgos de desarrollo o no, como a continuación pasa a verse.

#### 3.4.3.1. Los Riesgos de Desarrollo en un Régimen con Responsabilidad.

Con el fin de abordar el estudio del AED de los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por productos, Rodríguez Alfaro, C.P. (2017) plantea una metodología similar a la que en líneas atrás se utilizó para explicar el enfoque económico de las reglas de responsabilidad, valga decir, desde la perspectiva de la *precaución*, el *nivel de actividad* y los *costos administrativos*.

##### a.) *La Precaución.*

Según el autor en comento, la *precaución* en el AED de los riesgos de desarrollo se encuentra limitada a dos acciones: si el fabricante invierte en investigación o no decide hacerlo. A la par de ello, suscita tres *situaciones* para contrastarlo con las anteriores posibilidades: a) “que se determine que el producto es causa de un daño”; b) “que se determine que el producto no es causa del daño”; y c) “que continúe el estado de incertidumbre” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 13).

En caso de que el fabricante decida no invertir en investigación Rodríguez Alfaro, C.P. (2017) opina que en el primer escenario, esto es, que el bien causa un daño al consumidor, el productor “deberá afrontar el costo de las pérdidas, pero no habrá costo de investigación” (p. 13); en el segundo evento, es decir, que el producto no ocasiona perjuicio al usuario, el fabricante “no deberá afrontar costo de las pérdidas, ni tampoco costo de investigación” (p. 13); y en el tercer estadio, o sea cuando persista la duda sobre la defectuosidad del producto, “no deberá cargar con el costo de las pérdidas, ni tampoco con el costo de la investigación” (p. 13).

Ahora, en el evento en que el productor decida invertir en investigación, el autor en mención explica lo siguiente: en caso de que el producto perjudique al consumidor el fabricante “deberá afrontar el costo de las pérdidas, y también el costo de la investigación” (p. 14); cuando el bien no es el generador del daño el productor “no deberá afrontar el costo de las pérdidas, pero deberá afrontar el costo de la investigación” (p. 14); y, finalmente, si continúa el estado de vacilación sobre la defectuosidad del producto, el fabricante “no deberá cargar con el costo de las pérdidas, pero sí con el costo de la investigación” (p. 14).

Así pues, en sentir de Rodríguez Alfaro, C.P. (2017), la decisión del fabricante de prevenir con la inversión en investigación los daños que eventualmente causará con la puesta en circulación del bien, dependerá, en gran medida, de la información que aquél tenga de si su producto tiene la potencialidad de ser nocivo o si un tercero puede llegar a descubrir sus desperfectos, de lo contrario, “optará por no invertir en investigación, ya que son mayores las probabilidades de que dicho vínculo causal no se descubra” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 14).

*b) El Nivel de Actividad.*

En opinión de Rodríguez Alfaro, C.P. (2017) en este caso el fabricante enfrenta tres conflictos: (i) investigar y no poner en circulación el producto; (ii) investigar y poner en circulación el producto; y (iii) no investigar y poner en circulación el producto. Si ejerce la opción de investigar y se abstiene de comercializar el producto porque encontró que puede ser dañoso para el consumidor, un fabricante racional “decidirá no lanzar el producto al mercado, si el costo de las pérdidas que deberá afrontar supera la utilidad esperada con su comercialización” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 20).

Ahora, si escoge investigar e introducir el bien al mercado, es porque a) halló que el producto no es nocivo para el consumidor, caso en el cual, lo producirá en masa (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017); b) el fabricante encontró que la investigación no arrojó un resultado concreto, por ende, “mientras continúe el estado de incertidumbre la empresa tampoco deberá afrontar el costo de las pérdidas” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 19); y c) luego de la pesquisa científica, el fabricante descubrió que si bien el producto puede presentar defectos, lo cierto es que el valor del potencial daño generado por éstos será menos costoso en un futuro con la utilización de una advertencia de seguridad, por ejemplo, por lo que

decide comercializarlo, es decir, “los beneficios que obtendrá la empresa serán mayores que el costo de las pérdidas que deberá afrontar” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 19).

Y en el último evento, esto es, si el productor decide no escudriñar un probable defecto del bien y lo pone en circulación, afrontará los costos del perjuicio que ocasione con éste.

c) *Los Costos Administrativos.*

Rememórese que los costos administrativos son aquellos en que incurren las partes en la litigación de un proceso judicial, de esta forma, en un régimen de responsabilidad objetivo en el que se incluya los daños causados por riesgos de desarrollo, claramente, los gastos y los tiempos en los procesos judiciales serán reducidos, pues tanto el productor como consumidor no deberán incurrir en experticias dispendiosas para demostrar cuál era el estado de los conocimientos para el momento en que se puso en circulación el producto. Además, se evitaría “el riesgo de adopción de soluciones contrarias en casos con análogas características” por parte de los jueces (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 26).

3.4.3.2. Los Riesgos de Desarrollo en un Régimen con Ausencia de Responsabilidad.

Ahora bien, un régimen por productos defectuosos en cuyas excepciones se contemple la exoneración de responsabilidad por riesgo de desarrollo (como es el caso de Colombia), o en un sistema de responsabilidad subjetiva, conllevará a que el fabricante no tenga incentivos para costear la investigación científica del producto, lo que, sin duda, redundará en el nivel de precaución, el nivel de actividad y los costos administrativos de no hacerlo (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017).

En lo que tiene que ver con el nivel de *precaución*, el fabricante no tendría incentivos para costear una investigación con el propósito de prevenir el daño futuro que probablemente ocasionará su producto al consumidor o usuario, pues “no deberá afrontar indemnización alguna por los daños que haya ocasionado durante el tiempo que haya durado el estado de incertidumbre, aunque este haya finalizado con un resultado certero que confirme que el producto es causa del daño” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 15).

De otro lado, como se recuerda en lo tocante con el *nivel de actividad*, para Rodríguez Alfaro, C.P., (2017) los fabricantes afrontan tres dilemas: (i) investigar y no poner en circulación el producto; (ii) investigar y poner en circulación el producto; y (iii) no investigar y poner en circulación el producto. Según este autor, en un régimen de ausencia de responsabilidad por riesgos de desarrollo, la empresa preferirá siempre comercializar el bien sin costear una investigación previa (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017), ya que, “en ningún caso cargará con el costo de las pérdidas por los daños que cause con su producto mientras dure el estado de incertidumbre en relación a su potencialidad dañosa” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 20), esto es, no responderá aunque en el futuro el estado de los conocimientos científicos establezca que el producto es defectuoso.

En lo atinente a *los costos administrativos*, bajo la regla de responsabilidad objetiva con eximente de riesgo de desarrollo, en opinión de Rodríguez Alfaro, C.P., (2017), “las dificultades que sobrelleva la determinación de cuáles eran los conocimientos científicos y técnicos disponibles en un momento y lugar determinado, darían lugar a procesos judiciales largos y complejos tendientes a probar los requisitos configurativos de la eximente” (p. 25), aunado al “riesgo de sentencias contradictorias, que podrían dar como resultado que en casos con idénticas características, se arribe a soluciones disímiles” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p.25).

#### 3.4.3.3. ¿Riesgos de Desarrollo con Responsabilidad o con Ausencia de ésta?

A lo largo de esta discusión se intentó analizar a partir de la *precaución*, el *nivel de actividad* y los *costos administrativos*, los riesgos de desarrollo en los regímenes con responsabilidad y con ausencia de ésta, pero el cuestionamiento que surge es cuál de estas dos representa un mayor bienestar para la sociedad desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho?

En sentir de Rodríguez Alfaro, C.P., (2017), para el AED es preferible un régimen de responsabilidad que sancione al fabricante por los riesgos de desarrollo, pues, en primer lugar lo incentivaría a adoptar medidas precautorias para el “desarrollo de la investigación e innovación científica” (p. 28), dado que “debe responder por las consecuencias dañosas, aun imprevisibles, de los productos que introduce en el mercado” (p. 28), lo cual, sin duda,



redunda en mayores avances en el campo científico, estimula la educación de las ciencias en las universidades y mejora el bienestar de la sociedad.

De otro lado, en cuanto al *nivel de la actividad*, responsabilizar al fabricante por los riesgos de desarrollo, en opinión de Rodríguez Alfaro, C.P., (2017) conllevará a producir bienes más seguros y a “evitar el lanzamiento de productos cuya comercialización resultaría socialmente ineficiente” (p. 28), en tanto que, bajo un sistema ausente de responsabilidad del productor, “podría incentivar el lanzamiento impulsivo de productos al mercado” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 28), ocasionando de esta manera un riesgo latente de producir daños a los consumidores.

Y en cuanto a los *costos administrativos*, como ya se puso de presente, en un sistema con responsabilidad por riesgos de desarrollo los gastos por litigación son menores porque las partes no incurrirán en peritajes costosos para determinar el estado en que se encontraban los conocimientos al momento de introducir el producto al mercado, además con dicho régimen “se evitarían procesos judiciales largos y complejos tendientes a demostrar los requisitos configurativos de la eximente, y también se sortearía el riesgo de adopción de soluciones disímiles en casos con análogas características” (Rodríguez Alfaro, C.P., 2017, p. 29).

Mirándolo así, todo pareciera indicar que la mejor alternativa para el AED de la responsabilidad por productos es que el fabricante responda por los riesgos de desarrollo, no obstante, al respecto existe una objeción y es que de imponerle a aquél el deber de reparar los daños causados por un bien que para la época en que se puso en circulación su defectuosidad no podía determinarse por la ciencia, conduciría al incremento de los precios de los productos, pues, como ya se mencionó, las empresas deberán invertir en investigación y eso significa elevar costos en la producción. A fin de solucionar esa discusión, Rodríguez Alfaro, C.P. (2017) considera que los riesgos de desarrollo son “externalidades negativas”, por lo tanto, ocasionan una “distorsión de costos”, la cual puede remediarse al “fraccionar dichos costos lo más posible entre las personas, toda vez que resultará menos gravosa la carga si se distribuyen entre todos los consumidores del producto, que si solo cargan con dichos costos algunos pocos” (p. 28).

No obstante lo dicho, Pico Zúñiga, F.A. (2018) citando a Schäfer, H.-B., & Ott, C. (2004), opina que responsabilizar o no al fabricante por los riesgos de desarrollo no afectará la conducta de éste, en primer lugar, porque otorgar incentivos para la investigación de los daños que puede causar el eventual defecto de un producto “ya está presente en la responsabilidad por defectos de fabricación” (p. 185) y, en segundo término, “los riesgos de desarrollo son por definición desconocidos, por lo tanto, la responsabilidad no creará ningún incentivo para la investigación” (p. 185).

### **3.5. Algunas Reflexiones Sobre el AED de la Responsabilidad por Productos Defectuosos en Colombia.**

En el Capítulo 2 de este trabajo se analizó lo relativo al sistema de responsabilidad por productos en Colombia y se gastaron muchas palabras para concluir que, pese a las críticas de un sector de la doctrina, el régimen de dicha clase de responsabilidad es objetivo u estricto, en esas condiciones, no pareciera necesario abordar el análisis del caso colombiano y repetir hasta la saciedad la conveniencia de esta regla para el análisis económico del derecho, es más, cualquiera diría, sin miramiento alguno que, como en Colombia la responsabilidad por productos es objetiva, en ese evento resulta eficiente para el AED. Pero no, la realidad es otra.

Aquí, cabe preguntarse, entonces, si el régimen de responsabilidad por productos defectuosos contemplado en el Estatuto del Consumidor vigente -Ley 1480 de 2011- genera incentivos para que el fabricante invierta en medidas de precaución a fin de impedir el daño, si limita su actividad hacia un nivel óptimo que sea beneficioso para la sociedad y si los costos administrativos, tal y como está diseñado aquel sistema, son cuantiosos o no, en suma, si para el AED es eficiente.

Con el propósito de responder el anterior interrogante es preciso recordar que el artículo 21 del mandato legal referido establece que para determinar la responsabilidad por productos defectuosos la víctima “deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel”, asimismo, el canon 22 de la misma obra enumera las causales por las cuales el productor o fabricante tiene la posibilidad de exonerarse de este tipo especial de responsabilidad, dentro de las que se encuentra el riesgo de desarrollo (numeral 6°).

Imponerle la carga al consumidor de probar el defecto del bien desconoce el fin primordial del AED de la responsabilidad civil extracontractual, el cual, se repite, consiste en impedir la causación de los daños que perjudican el bienestar de la sociedad y, es que, tal como se encuentra redactado el artículo 21 citado y la eximente de responsabilidad por riesgo de desarrollo, el victimario-fabricante no tendrá incentivos para tomar medidas de precaución y mucho menos para limitar su actividad a un nivel óptimo.

### 3.5.1. La Responsabilidad por Productos en Colombia no estimula la precaución.

La responsabilidad por productos es una materia sensible para el bienestar de la sociedad, pues en una economía de mercado como la de Colombia, el defecto de un producto puede ocasionar un sinnúmero de daños a los consumidores. Por tal razón es que, como se analizó en el numeral 3.4 de este trabajo, la regla más conveniente para el AED en estos casos es, a grandes rasgos, la estricta u objetiva, porque incentiva de manera eficiente la precaución del productor, pues, el fabricante tiene el conocimiento del proceso de elaboración del producto y, en esa medida, está en la capacidad de tomar las medidas de precaución para impedir el daño, verbigracia, establecer controles en la fabricación del bien o invertir en investigación para elaborar un producto seguro.

Entonces, el deber de acreditar el defecto por parte del consumidor conduce, desde la perspectiva del AED, a la imposición de un sistema de *precaución bilateral*, característico del régimen de responsabilidad por culpa o subjetivo, en el que tanto la víctima como el victimario deben adoptar mecanismos para evitar el daño, de ahí que, el fabricante pueda liberarse de responsabilidad si el consumidor no logra acreditar el defecto del bien, con un inconveniente adicional y es que el productor ostenta la información de cómo se manufacturó el bien, por ende, resultaría prácticamente imposible demostrar la defectuosidad, lo que sin duda conduce al victimario a abandonar cualquier intento de invertir en investigación o cualquier otra medida para mejorar la seguridad del producto. Ahora, el legislador estableció como causal de exoneración de responsabilidad el riesgo de desarrollo, con lo cual claramente otorgó una ventaja a las empresas, pues las disuadió para que no invirtieran en la investigación científica de sus productos, lo que ocasionará altos costos sociales en accidentes por bienes eventualmente defectuosos.

### 3.5.2. La Responsabilidad por Productos en Colombia tampoco incentiva al productor a reducir su nivel de actividad.

Al estudiar lo referente al nivel de actividad en el régimen de responsabilidad estricta u objetiva se dijo que el victimario tratará de reducir las veces en que ejerce su actividad económica con el fin de eludir el pago de la indemnización por el eventual daño que genere. Sin embargo, aun cuando se considere, en principio, que la responsabilidad por productos en Colombia es objetiva, el fabricante no tendría estímulos para disminuir su actividad con el objetivo de impedir la causación probable de perjuicios, precisamente, porque el artículo 21 precitado le impone la carga al consumidor de demostrar el defecto, con lo cual, podrá el productor poner en circulación en el mercado cualquier bien sin importar si es seguro o no, pues en tanto que el consumidor, parte débil de la relación de consumo, no pruebe el desperfecto, jamás será condenado a pagar indemnización alguna. Situación similar sucede con la ausencia de responsabilidad por riesgos de desarrollo, pues al fabricante sólo le corresponderá acreditar que los conocimientos para el momento en que puso en circulación el producto no eran suficientes para determinar con certeza la defectuosidad del bien, lo que hará que éste actúe de manera impulsiva introduciendo en el mercado cualquier producto y ocasionando, probablemente desde la visión del AED, costos perjudiciales para el bienestar de la sociedad.

### 3.5.3. La Responsabilidad por Productos en Colombia y los costos administrativos.

Otro aspecto importante son los costos en que incurren las partes para solucionar las controversias ante los jueces, tales como el tiempo, los abogados y los peritos. Gravar la situación del consumidor trasladándole el problema de acreditar el defecto del producto y, además, establecer como causal de exoneración de responsabilidad los riesgos por desarrollo, incrementará para la víctima los gastos en la litigación de un posible pleito con el fabricante, por tal razón, es que con sano criterio, Barros Bourie, E., (2009) opina que en estos casos

[l]os gastos administrativos suelen ser mucho más gravosos para la víctima que para el autor del daño [que maneja la información sobre sus propios hechos]; el resultado suele ser que resulte ilusorio o extremadamente arriesgado para la víctima hacer valer su derecho. Por el contrario, el demandado tiene usualmente el control de toda prueba relevante [como ocurre

con el defecto de fabricación de un producto industrial, cuyo origen en concreto puede ser difícilmente detectable por la víctima, aun recurriendo al testimonio de expertos] (p. 465).

En definitiva, las anteriores reflexiones ponen en duda que el régimen estricto u objetivo de responsabilidad por productos defectuosos en Colombia sea eficiente desde la perspectiva del análisis económico del derecho de daños, pues, como ya se dijo, la redacción del artículo 21 del Estatuto del Consumidor y la exigente de responsabilidad por riesgos de desarrollo contemplada en el numeral 6º del canon 22 de la misma obra, no genera incentivos para que fabricante adopte medidas de precaución en la elaboración segura de sus productos, tampoco lo incita a reducir el nivel en el ejercicio de su actividad económica con el propósito de impedir la generación de perjuicios y mucho menos, los costos administrativos se reducirían debido a que la víctima deberá incurrir en gastos elevados en abogados y expertos para acreditar el defecto del bien, de ahí que, en el sistema jurídico de nuestro país la responsabilidad por productos no satisfaga la función económica del AED de la responsabilidad civil extracontractual y por ende, se considere ineficiente.

## Conclusiones

Durante el desarrollo de la presente investigación se realizaron los siguientes descubrimientos:

A. La finalidad de los mercados es que los agentes que interactúan en él, a través de la dinámica de la oferta y la demanda, maximicen sus beneficios o su riqueza, pero en la búsqueda de ese objetivo se pueden generar perjuicios nocivos a terceros, a esto se le llama externalidades negativas. Estos daños son el costo social que debe asumir la empresa por cada unidad que produce y que causa detrimento al bienestar de la sociedad y para evitarlos es necesaria la intervención del Estado en el mercado, con el propósito de incentivar al agente económico para tomar precauciones a la hora de ejercer su actividad y reducirla, mediante, por ejemplo, el endurecimiento del sistema de responsabilidad por daños, como en el caso de los productos defectuosos.

B. Sobre este último aspecto, esto es, la responsabilidad por productos defectuosos, el Estatuto del Consumidor de Colombia –Ley 1480 de 2011- parte del deber de seguridad consagrado en la Constitución Política, para establecer que el fabricante es responsable por los daños que ocasione a la integridad física del consumidor o sus bienes como consecuencia de los defectos en los productos que ponga en circulación en el mercado, dichos defectos pueden ser de fabricación, diseño o de información. Con fundamento en la interpretación armónica de las disposiciones de aquella normatividad, un sector de la doctrina considera que el régimen atribuible a la responsabilidad por productos defectuosos es el estricto u objetivo, no obstante, otro sector opina que imponerle la carga al consumidor de probar el defecto del producto (artículo 21) y, además, establecer como causal eximente a favor del fabricante los riesgos de desarrollo (numeral 6º del artículo 22), es suficiente

para concluir que la regla de atribución de esta clase de responsabilidad es la subjetiva o por culpa.

C. ¿Pero qué incidencia tiene para el Análisis Económico del Derecho que la responsabilidad por productos defectuosos se circunscriba a los regímenes objetivo o subjetivo?. A lo largo de la presente investigación se puso de presente que el análisis económico del derecho (AED) es una herramienta que sirve para evaluar los efectos económicos *a priori* de las normas jurídicas o, también, las consecuencias económicas de las leyes en materia de propiedad, contratos, familia, procedimientos judiciales y daños. En este último ámbito, el objetivo primordial para el AED es impedir el acaecimiento de daños que afecten el bienestar de la sociedad. Estos perjuicios se encuentran asociados a externalidades negativas, por tal razón, para frenar la presencia de ese fallo del mercado, el AED plantea que las normas sobre responsabilidad deben cumplir dos funciones principales, obligar al victimario a tomar las medidas de *precaución* para impedir el acaecimiento de accidentes y reducir el *nivel de la actividad* que ocasionó el perjuicio, pues de esta manera se maximiza el bienestar social, de ahí que, la doctrina considere que una disposición legal sobre responsabilidad es eficiente a partir del cumplimiento de estos dos supuestos.

En materia de responsabilidad por productos defectuosos, el régimen de responsabilidad estricta u objetiva resultaría más conveniente para el bienestar de la sociedad que el subjetivo o por culpa, porque se reducen al mínimo los costos sociales de los accidentes, al incentivar al victimario a tomar medidas de precaución y a reducir el nivel de actividad. En cuanto a los costos administrativos, en una regla de responsabilidad estricta u objetiva se minimizan, porque los gastos judiciales como los abogados y peritos son menores si de entrada se sabe que el victimario debe responder. No obstante, los autores consultados recomiendan que, además de imponer un régimen objetivo en la responsabilidad por productos, resulta necesario que se incluya la eximente de responsabilidad de la asunción del riesgo por parte de la víctima, pues de lo contrario, conduciría a que los productores adquirieran pólizas de seguros para amparar a todos los consumidores, lo cual, ciertamente para el AED sería ineficiente, en la medida en que, esa inversión en seguros significaría un costo adicional asociado a la elaboración del producto y, en consecuencia, un incremento en su precio trasladándose de esta manera el costo del eventual accidente al consumidor.

D. Además de lo anterior, en el camino que se transitó para la elaboración de este trabajo se halló una discusión interesante en cuanto al AED de la responsabilidad por productos y los riesgos de desarrollo, en la cual, se dijo que para el AED resulta más eficiente responsabilizar al productor por ello que eximirlo, puesto que tendrá incentivos para prevenir los accidentes fortaleciendo la inversión en la investigación científica, lo que, sin duda redundará en mayores avances en el campo científico, estimula la educación de las ciencias en las universidades y mejora el bienestar de la sociedad. Por otra parte, en lo concerniente al nivel de la actividad, según el AED evitará el lanzamiento impulsivo de cualquier producto al mercado con potencialidad de ocasionar un daño por algún defecto. Y, en lo tocante con los costos administrativos, la víctima no deberá asumir altos costos en experticias técnicas para acreditar cuál era el estado de los conocimientos para el momento en que se puso en circulación el producto.

E. Puestas en esa dimensión las cosas, se llega a uno de los propósitos de la investigación que consiste en exponer una perspectiva de la responsabilidad del fabricante por los defectos en sus productos en Colombia desde el Análisis Económico del Derecho (AED). En Colombia imponerle la carga al consumidor para acreditar el defecto del producto y establecer como eximente de responsabilidad al fabricante los riesgos de desarrollo, desincentivará a este último a adoptar medidas de precaución en la elaboración segura de sus productos, tampoco lo estimulará a reducir el nivel en el ejercicio de su actividad económica con el propósito de impedir e acaecimiento de perjuicios, de ahí que, en el sistema jurídico de nuestro país la responsabilidad por productos no satisfaga la función económica del AED de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, impedir el acaecimiento de los accidentes y, por ende, se considere que no genere bienestar para la sociedad.



## Bibliografía

-Alarcón Peña, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Prolegómenos*, 19(37), 109-124. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18359/prole.1683>.

-Alarcón Peña, A. (2018a). Economía Social de Mercado como Sistema Constitucional Económico Colombiano. Un Análisis a partir de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Recuperado el 31 de julio de 2020, a partir de Estudios Constitucionales: [www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/485](http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/485).

-Alarcón Peña, A. (2018b). Análisis Económico del Derecho: Principales Antecedentes Metodológicos. *Revista La Pregunta por el Método: Derecho y Metodología de la Investigación*. Universidad Católica de Colombia. 139-160. Recuperado a partir de [https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo\\_Cap06.pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/22592/1/la-pregunta-por-el-metodo_Cap06.pdf).

-Arjona, A. M., & Rubio, M. (2002). El análisis económico del derecho. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 117-150. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1985>.

-Atienza, M., (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

-Barrientos Camus, F. M. (2010). *La Responsabilidad Civil del Fabricante Bajo el Artículo 23 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores y su Relación con la Responsabilidad Civil del Vendedor*. *Revista chilena de derecho privado*, No. 14, 109-158. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000100004>.

-Barros Bourie, E. (2009) *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (1ª edición ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

-Coase, R. (1960). *El Problema del Costo Social*. Recuperado desde: <https://studylib.es/doc/2684275/el-problema-del-costo-social--2->.

-Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

-Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2000.

-\_\_\_\_\_, sentencia C-133 de 2009.

-\_\_\_\_\_, sentencia SU-768 de 2004.

-Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de abril de 2009, Exp. No. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01.

-De Carvalho Leal, V. (7-8 de julio 2016). Análisis Económico del Derecho de Daños, Responsabilidad y Justicia Ambiental: reflexiones introductorias [Presentación en Papel]. En M. Díaz y García Conlledo & J. A. García Amado (Directores). *XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Seminario llevado a cabo en León, España. Recuperado desde: <https://ficip.es/actas-xvii-seminario-fddp/>.

-De la Torre Vargas, David (2014). *Fallos del mercado y Regulación Económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas*. En *Revista Digital de Derecho administrativo*, nº 12. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, pp. 45-62. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3994/4392>.

-Doménech Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública*,(195), 99-133. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40137>.

-Dworkin, R. (1986). *El Imperio de la Justicia*. (C. Ferrari, Trad.). Barcelona, España: Gedisa.

-Espinosa Apráez, B. (2015). *La responsabilidad por producto defectuoso en la Ley 1480 de 2011. Explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia No. 28, enero-junio. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.11>.

-García-Pelayo, M. (2005). *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial S.A.

-Hayek, F. A. (2006). *Los Fundamentos de la Libertad* (7ª edición ed.). (J. V. Torrente, Trad.) Madrid: Unión Editorial S.A.

-Hernández, C. (2018). *Responsabilidad por Productos Defectuosos al Interior de la Unión Europea*. Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 17, N° 1, enero – junio. Recuperado desde: <https://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN17/pdf01/199.pdf>.

-Hofmann, H. (2002). *Filosofía del Derecho y del Estado* (1ª edición ed.). (Luis Villar Borda, Trad.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

-Kelly J.A. (1987). *Responsabilidad del Fabricante*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.

-Landes, W. M. & Posner R.A. (2011). Una Teoría Económica Positiva del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual. En: Posner, R. A., Kelman, M. G., Landes, W. M. y Morales de Setién Ravina, C. *Análisis Económico del derecho*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.

-Lafont Pianetta, P. (2009). *Manual de Derecho Privado Contemporáneo*. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

-Laporta, F. (2007). *El Imperio de la Ley*. Madrid: Trotta.

-Lorenzetti, R.L. (1999). *Análisis económico del derecho: valoración crítica. Hacia una Teoría de la Acción Individual y Colectiva en un Contexto Institucional*. En Revista de Derecho Privado y Comunitario. N° 21. "Derecho y Economía". Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe, (Argentina).

- Lois Caballé, A. I. (1996). *La Responsabilidad del Fabricante por los Defectos de sus Productos*. Madrid: Editorial Tecnos.

-Malaver Gallo, J.P. (2017). *Determinación de Responsabilidad por Daños Causados por Productos Defectuosos: Un Régimen Poco Proteccionista*, Revista de Derecho Privado, Universidad de Los Andes, No. 57, enero-junio. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.02>.

-Mankiw, N. G. (2012). *Principios de Economía* (6ª edición ed.). (J. Reyes Martínez, T. Eliosa García, Edits., M. Mesa y Staines, & M. Carril Villareal, Trads.) México D.F.: Cengage Learning Editores S.A. de C.V.

-Mans Puigarnau, J. (1979). *Los Principios Generales del Derecho*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A.

-Mantilla Espinosa, F & Terner Barrios F (2014). El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*, 20(1), 39-66. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100003>.

-Messineo, F. (1955). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo VI, Relaciones Obligatorias Singulares. Traducción: Sentis Melendo, S.. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

-Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. (2004). Intervención Pública, Regulación Administrativa Y Economía: Elementos para la Definición de los objetivos de la Regulación. *Vniversitas*, 53(108), 71-117. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14723>.

-Morales de Setién Ravina, C. (2011). Las Bases del Análisis Económico del Derecho. En: Posner, R. A., Kelman, M. G., Landes, W. M. y Morales de Setién Ravina, C. *Análisis Económico del derecho* (pp. 13-75). Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana.

-Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad Por Daños*. Tomo I, Parte General. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

-Núñez Trujillo, A.J (2000). Antecedentes y Principios Fundamentales del Análisis Económico de la Ley. En: Universidad Externado de Colombia. (2000). *Colección de derecho económico* (Primera ed., Vol. 2). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

-Oyaque, O. D. W. (2007). *La responsabilidad del productor*. Bogotá D.C.: Ibañez.

-Oyaque, O. D. W. (2007b). *La Naturaleza de la Responsabilidad del Productor a la Luz del Derecho Norteamericano*. En: Prolegómenos: Derechos y Valores, vol. X, N° 019, enero – junio, 2007. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C. Recuperado desde: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2378791>.

-Papayannis, D. (2009). *El enfoque económico del Derecho de daños*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 0(32), 459-495. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.19>.

-Plazas Vega, M. A. (2014). *Historia de las Ideas Políticas y Jurídicas La Modernidad: El Liberalismo* (Vol. II). Bogotá D.C.: Temis S.A.

-Pico Zúñiga, F.A. (2018). *El Riesgo de Desarrollo en la Responsabilidad por Productos Defectuosos*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Editorial Ibañez.

-Posner, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho* (2ª edición ed.). (E. Suárez, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

-Ramírez Sierra, D.F. (2018). La responsabilidad por productos defectuosos en el nuevo estatuto del consumidor: análisis, retos y perspectivas. En: Ortega Díaz J.F. & Martínez

Salcedo J.C. (2018) *Derecho del consumo. Tras un lustro del estatuto del consumidor en Colombia* (pp. 89-135). Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes.

-Rodríguez Alfaro, C.P. (10-11 de julio 2017). Análisis Económico de los Riesgos de Desarrollo [Presentación en Papel]. En: *21ª Conferencia Anual sobre Derecho y Economía*. Conferencia llevada a cabo en Lima, Perú. Recuperado desde: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcade2017/papers/27-Analisis-Economico-Riesgos-Desarrollo.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/27-Analisis-Economico-Riesgos-Desarrollo.pdf).

-Sanclemente-Arciniegas, J. (2018). Evolución conceptual del derecho económico a través de la obra de Gérard Farjat. *Pensamiento Jurídico*, (48), 31-58. Recuperado a partir de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/75851>.

-Santos Britz, J. (1993) *La Responsabilidad Civil Derecho Sustantivo y Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A.

-Sarmiento Lotero, R.; Castellanos, P. La Eficiencia Económica: Una Aproximación Teórica. *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*. Universidad del Bosque. vol. IV, núm. 7, julio-diciembre, 2008, pp. 19-28. Recuperado a partir de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=409634350003>.

-Schäfer, H.-B., & Ott, C. (1991). *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. (M. Von Carstenn-Lichterfelde, Trad.) Madrid: Tecnos S.A.

-Stiglitz, J. (2010). Regulación y Fallas. *Revista de Economía Institucional*, 12(23), 13-28, recuperado el 28 de mayo de 2020 de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S012459962010000200002&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012459962010000200002&lng=en&tlng=es).

-Tamayo Jaramillo, J. (2016). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

-Valencia Zea, A., & Ortiz, M. Á. (2010). *Derecho Civil: De las obligaciones* (10ª ed., Vol. 3). Bogotá: Temis S.A.

-Villalba Cuéllar, J. C. (2014). *La responsabilidad por producto defectuoso en el derecho colombiano*. Civilizar: Ciencias Sociales Y Humanas, 14(27), 17-40. DOI: <https://doi.org/10.22518/16578953.179>.