

PRODUCTS LIABILITY IN EUROPE AND THE UNITED STATES*

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

JOEL GONZÁLEZ CASTILLO**

ABSTRAC: This article examines three linked questions which are considered key elements for the configuration of a products liability system. First, defect categories, i.e., manufacturing defects, design defects, and insufficient warnings. Second, how to determine whether the design of a product is defective. Two possibilities become available at this point: consumer expectations test or risk-utility analysis. And, finally, whether to apply negligence or strict liability in cases of damages caused by defective products.

Key words: products liability, defective products, strict liability, damages.

RESUMEN: Este artículo trata tres cuestiones vinculadas entre sí que son consideradas esenciales para la configuración de un sistema de responsabilidad por productos defectuosos. Primero, categoría de defectos: defectos de fabricación, defectos de diseño y defectos de información. Segundo, cómo determinar si el diseño de un producto es defectuoso habiendo al respecto dos posibilidades: expectativas del consumidor o el análisis riesgo-utilidad. Y, finalmente, si aplicar responsabilidad por culpa u objetiva en casos de daños causados por productos defectuosos.

Palabras clave: responsabilidad por productos, productos defectuosos, responsabilidad estricta u objetiva, daños

1. INTRODUCTION

Products liability is a highly controversial issue in the United States due to the striking nature of some cases, the enormous sums awarded by the juries and the difficulty that ordinary citizens encounter when attempting to understand the rationale of rulings in such cases¹. They not only capture the attention of lawyers, judges, scholars, and specialists, but

* This paper was prepared by the author in the framework of the Project: "Products Liability in Latin America" in his attendance as Visiting Researcher at the *Hauser Global Law School Program* of New York University.

** Civil Law Professor, Pontificia Universidad Católica de Chile. Email: jagonzac@uc.cl.

¹ *Liebeck v. McDonald's Restaurants*, also known as the "McDonald's coffee case," is an emblematic one. It's a 1994 product liability lawsuit that became a flashpoint in the debate in the U.S. over tort reform after a jury awarded \$2.86 million to a woman who burned herself with hot coffee. The trial judge reduced the total award to \$640,000, and the parties settled for a confidential amount before an appeal was decided. The case entered popular understanding as an example of frivolous litigation; ABC News calls the case "the poster child of excessive lawsuits". On February 27, 1992, Stella Liebeck, a 79-year-old woman from Albuquerque, New Mexico, ordered a 49¢ cup of coffee from the drive-through window of a local McDonald's restaurant. Liebeck was in the passenger's seat of her Ford Probe, and her grandson Chris parked the car so that Liebeck could add cream and sugar to her coffee. She placed the coffee cup between her knees and pulled the far side of the lid toward her to remove it. In the process, she spilled the entire cup of coffee on her lap. Liebeck was wearing

also that of the media in general. Latin America has an extraordinary opportunity to legislate about this matter, avoiding the excesses of the American experience and making the best of the long and rich case law of the United States and Europe in this field.

The central objective of this article is to make a comparative analysis of three fundamental questions concerning this matter in Europe and the United States².

First, defect types. On the one hand, we have the model of the Restatement (Third) of Torts by the American Law Institute (ALI), which distinguishes between manufacturing defects, design defects, and insufficient warnings. On the other hand, we have the European model, whose Products Liability Directive does not establish distinctions between defect types.

Second, criteria for determining whether a product is defective from the point of view of its design. Broadly speaking, there are two possible approaches: consumer expectations test or risk-utility analysis.

Third, standard of liability: negligence (to impose liability only in cases in which there is fault) or strict liability (to impose liability without regard to fault).

In very general terms, strict liability is applied in Europe and no distinctions are made among defect types. In the United States, the Restatement Second also imposes strict liability without making a distinction, whereas the Restatement Third distinguishes defect categories, and applies strict liability only in case of manufacturing defects and negligence in the other two defect categories. In Europe, the consumer expectations test is prevalent, whereas the United States favors either the risk-utility test, the consumer expectations test, or a combination of both.

The legislative choice on each of these three aspects is important for the configuration of a liability system and its consequences.

For instance, concerning the empirical effects of products liability policy, the debate between professors Whitford and Priest is well-known. In Professor Whitford's opinion, the policy adopted by courts over the 1960s and 1970s –the expansion of manufacturer liability beyond that undertaken in warranties, that is to say, the application of strict liability– is likely to have *reduced* the rate of product defects. According to Priest's investment theory, on the other hand, the expansion of manufacturer liability is likely to have *increased* the rate of defects and the rate of consumer injuries³.

Professor Epstein acknowledges that the rapid increase in the overall level of products litigation has been matched by a long and steady decline in accidents level, but he observes that "the relationship between the improved accident picture and the changes in tort liability area seems weak at best. The decline in accident rates started before the expansion

cotton sweatpants; they absorbed the coffee and held it against her skin as she sat in the puddle of hot liquid for over 90 seconds, scalding her thighs, buttocks, and groin. Liebeck was taken to the hospital, where it was determined that she had suffered third-degree burns on six percent of her skin and lesser burns over sixteen percent. She remained in the hospital for eight days while she underwent skin grafting. Two years of treatment followed.

² For a comparative discussion of American law and the European Products Liability Directive, see, e.g., CULHANE (1995); HOWELLS (2000); HOWELLS & MILDRED (1998); REIMANN (2003); THIEFFRY, VAN DOORN & LOWE (1989).

³ The arguments of each author can be viewed in PRIEST (1981); PRIEST (1982); WHITFORD (1982).

in tort liability and continued uniformly even as the doctrinal expansion in the field halted around 1990...The simplest explanation appears to be that technological improvements in safety are desired for their own sake, wholly apart from the choice of products liability regimes"⁴.

2. TYPES OF DEFECTS

In the United States, the Restatement Second of Torts (1965) did not distinguish types of product defects. It was the Restatement Third of Torts (1998) which made the well-known tri-partite distinction. In fact, Section 2 of the latter states that:

"Categories of Product Defects.

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;

(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe"⁵.

To illustrate, the example of a car can be used. If a specific car is manufactured with defective tires, it is a manufacturing defect; by contrast, if all automobiles of the same brand and model have the same defect, it is a design defect, and, finally, if the damages were caused by an inadequate warning about the usage and characteristics of said tires, it is a case of insufficient warning.

Manufacturing defects are considered relatively minor because they involve individual products only.

Design defects and inadequate warnings cases are economically more important because they affect entire product lines.

In Europe, on the other hand, the European Products Liability Directive⁶ does not establish distinctions between defect types and applies the same rules to all of them.

⁴ EPSTEIN (2008) p. 728.

⁵ American Law Institute, *Restatement (Third) of Torts* (1998) § 2 [Hereinafter Restatement (Third)].

⁶ Council Directive 85/374 of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws, Regulations, and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products. Official

3. CRITERIA FOR DETERMINING WHETHER THE DESIGN OF A PRODUCT IS DEFECTIVE

A. CONSUMER EXPECTATIONS AND RISK-UTILITY

The definition of "defect" in the case of a manufacturing problem is not usually difficult; the product is not what it was intended to be.

Most of the problems have been encountered in connection with design defects. Roughly speaking, there are two tests: consumer expectations and risk-utility.

The consumer expectations doctrine states that manufacturers are liable for product-induced harm whenever the product is considered "dangerous to an extent beyond that which would be contemplated by the ordinary consumer who purchases it, with the ordinary knowledge common to the community as to its characteristics"⁷. Typically, "[w]hether a product is unreasonably dangerous is a question of fact [about which jury members] ... can draw[] their own reasonable conclusions as to the expectations of the ordinary consumer and the knowledge common in the community at large"⁸.

With regard to the risk-utility test courts have employed two primary versions of it: one in which the aggregate costs and benefits of the marketed product design are assessed, and one in which only the marginal costs and benefits of a proposed alternative design are assessed. The former "macro-balancing" approach examines the safety and utility tradeoffs of the product as a whole, while the latter "micro-balancing" approach examines only the tradeoffs posed by a suggested safety improvement or design alteration to the product⁹.

According to Reimann consumer expectations test prevails in the majority of jurisdictions and "it is codified in art. 6 (2) of the EC Directive"¹⁰ and consequently applies in all EU member states as well as in most other European countries. Risk-utility analysis tends to dominate in the United States¹¹ and looks like the trend of the future. Yet, as Reimann aptly says it would be wrong neatly to divide the world into separate geographic spheres governed by different tests. The consumer expectation paradigm is also used in the United States, often in combination with the risk-utility analysis, and the risk-utility analysis is occasionally used in other countries as well, albeit mostly to define negligence in general tort law. Thus the difference is really one of emphasis: on the risk-utility approach in the United States, on the consumer expectation test in the rest of the world¹².

Journal L 210, 07/08/1985 (Hereinafter European Directive). Available at <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0374:EN:HTML>

⁷ American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts* (1965) § 402A comment i [Hereinafter Restatement (Second)].

⁸ *Giglio v. Conn. Light & Power Co.*, 429 A.2d 486, 489 (Conn. 1980).

⁹ See OWEN (1997) pp. 1661, 1664, 1670-86.

¹⁰ I do not agree with this statement, since said article only provides that "A product shall not be considered defective for the sole reason that a better product is subsequently put into circulation". As a result, some authors hold that in fact the Directive is silent on these consumer-expectation or risk-utility standards.

¹¹ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2, especially subsec. (a) and (b) and comment a. See also Louisiana Products Liability Act § 2800.56 (for design defects).

¹² See REIMANN (2003) pp. 768-769. The previous quotation in this paragraph comes from this source.

The predominance of the consumer expectation test on a worldwide level is not necessarily due to its superior merits. More likely, as Reimann writes, it is mainly a result of timing. In the 1960s and 1970s, it was the state of the art in the United States. Thus, when the Europeans imported American product liability ideas in the 1970s and 1980s, they also imported the consumer expectation test. In the 1980s and 1990s, many other countries around the world adopted the European model in turn and took the consumer expectation test as part of the package, thus helping it to prevail on a worldwide level. Ironically however, the Europeans and others apparently overlooked the fact that by the time they adopted the consumer expectation test, the Americans had come to doubt its adequacy: by the late 1970s, they had either replaced or at least supplemented it with a risk-utility analysis. This sequence of events may have long-term consequences. If the United States continues to move further towards the risk-utility paradigm while other countries stick to the consumer expectation test (which is likely at least where it has been codified), the respective regimes will continue to diverge¹³.

In the case of the USA, Conk points out that in the Restatement (Third) of Torts, the American Law Institute (ALI) announced a general rule to resolve the problem of the meaning of the word "defect," a problem that has haunted the law of torts since section 402A of the ALI's 1965 Restatement (Second) marked the beginning of the era of strict liability for defective products. The new rule¹⁴ rejects consumer expectations as a reliable measure of defect and proposes that the key question is whether there existed a feasible alternative safer design, the omission of which was unreasonable^{15 16}.

Conk adds that courts had long grappled with the problem of defining "defect," drawing on concepts such as warranty and the consumer's reasonable expectations. But they drew most successfully on risk-utility analysis, a negligence-based approach championed by John Wade, the successor to William Prosser as Reporter for the Restatement (Second) of Torts.

Wade offered a list of factors he deemed significant in applying the "unreasonably dangerous" standard of the Restatement (Second)¹⁷:

- (1) The usefulness and desirability of the product -its utility to the user and to the public as a whole.

¹³ REIMANN (2003) p. 769, n. 78.

¹⁴ Section 2 of the Restatement (Third) states that a product: "(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a *reasonable alternative design*..., and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe" (emphasis added).

¹⁵ See Restatement (Third) § 2 cmt. d: "Assessment of a product design in most instances requires a comparison between an alternative design and the product design that caused the injury, undertaken from the viewpoint of a reasonable person. That approach is also used in administering the traditional reasonableness standard in negligence... The policy reasons that support use of a reasonable-person perspective in connection with the general negligence standard also support its use in the products liability contexts".

¹⁶ See CONK (2000) p. 1087.

¹⁷ Section 402A of the Restatement (Second) says: "(1) One who sells any product in a defective condition *unreasonably dangerous* to the user or consumer or to his property is subject to liability..." (emphasis added).

- (2) The safety aspects of the product -the likelihood that it will cause injury, and the probable seriousness of the injury.
- (3) The availability of a substitute product which would meet the same need and not be as unsafe.
- (4) The manufacturer's ability to eliminate the unsafe character of the product without impairing its usefulness or making it too expensive to maintain its utility.
- (5) The user's ability to avoid danger by the exercise of care in the use of the product.
- (6) The user's anticipated awareness of the dangers inherent in the product and their avoidability, because of general public knowledge of the obvious condition of the product, or of the existence of suitable warnings or instructions.
- (7) The feasibility, on the part of the manufacturer, of spreading the loss by setting the price of the product or carrying liability insurance¹⁸.

In Conk's opinion the "alternative-safer-design" rule of the Restatement (Third) is the vindication of Wade's view that design-defect litigation should turn on whether the product could have and should have been made safer before it was sold¹⁹.

B. CRITICISM OF CONSUMER EXPECTATIONST AND RISK-UTILITY

Both tests have been praised and criticized for their advantages and disadvantages.

The most obvious downsides of the consumer expectation test are that it leads to the acceptance of products that are so dangerous that no reasonable person can overlook it, and that it fails when there are no reasonable expectations at all, e.g., because consumers do not know what to expect for lack of experience or expertise²⁰. As Professor Wade has said "in many situations, particularly involving design matters, the consumer would not know what to expect, because he would have no idea how safe the product could be made"²¹.

The test was rejected by the Model Uniform Product Liability Act, which states that the consumer expectations test "takes subjectivity to its most extreme end. Each trier of fact is likely to have a different understanding of abstract consumer expectations"²².

In Kysar's words the consumer expectations test for design defectiveness "has become products liability's version of the rule against perpetuities: a doctrine nearly uni-

¹⁸ See WADE (1973) pp. 837-38. Many courts, including those in New Jersey and California, have derived their risk-utility tests from Wade. See, e.g., *Barker v. Lull Eng'g Co.*, 573 P.2d 443, 455 (Cal. 1978) (adopting the following five factors in its design-defect analysis: the gravity of the danger posed by the challenged design, the likelihood that such danger would occur, the mechanical feasibility of a safer alternative design, the financial cost of an improved design, and the adverse consequences to the product and to the consumer that would result from an alternative design); *Cepeda v. Cumberland Eng'g Co.*, 386 A.2d 816, 826-27 (N.J. 1978) (citing Wade's factors in its design-defect analysis). *But see* HENDERSON & TWERSKI (1991) p. 1267 n. 9 (criticizing Wade as the intellectual precursor of the "liability without defect" trend).

¹⁹ See CONK (2000) p. 1088.

²⁰ REIMANN (2003) p. 769, n. 79.

²¹ WADE (1973) p. 829.

²² Uniform Product Liability Act § 104(B) (1979).

versally reviled but stubbornly and inexplicably persistent". Purporting to arise from the venerable section 402A of the *Restatement (Second) of Torts*, the test actually appears to represent a gross misreading of that section. From this questionable origin, the consumer expectations test rose to prominence during the products liability revolution of the 1960s and 1970s. Even during the doctrine's heyday, however, academic commentators were expressing reservations about its attempt to rest product design liability on the simple but essentially formless question of whether a product disappointed the safety expectations of an "ordinary consumer"²³. Indeed, by the 1980s, a consensus view among products liability scholars emerged that the consumer expectations test was both indefensible in theory and unworkable in practice²⁴. In its stead, scholars advocated the explicit cost-benefit balancing approach of the primary alternative doctrine that courts had developed for determining design defectiveness, the risk-utility test. Finally, as products liability entered its fourth decade of confusion concerning the scope and significance of the consumer expectations test, the American Law Institute appointed Professors Henderson and Twerski, two academic critics of judicial expansion of product manufacturer liability, as co-Reporters of the ALI's ambitious and important project, the *Restatement (Third) of Torts*. Kysar concludes that when the ALI eventually adopted the results of the Reporters' prodigious efforts on May 20, 1997, it endorsed a set of black-letter statements that finally and definitively rejected the consumer expectations test as an independent test for product design defect in favor of the more analytically sound risk-utility test²⁵.

The risk-utility paradigm, in turn, has been criticized because it may accept even gross and hidden dangers simply because they keep a product cheap or otherwise useful, and it may impair consumer autonomy if courts dictate safety devices neither desired by the market nor endorsed by the political process²⁶.

Moreover, it has been said that alternative design requirement ("micro-balancing" version of the risk-utility test) of the Third Restatement places an "undue burden" on plaintiffs by requiring them to use expert evidence in every design defect case. The burden of proof lies with the plaintiff: "To establish a prima facie case of defect, *the plaintiff* must prove the availability of a technologically feasible and practical alternative design that would have reduced or prevented the plaintiff's harm"²⁷. (The Restatement (Second) relieved plaintiffs from proving negligence on the part of the manufacturer).

²³ See, e.g., KEETON (1979) pp. 310, 312-13; SCHWARTZ (1979) pp. 475 n. 237, 476 n. 241; see also *Todd v. Societe Bic, S.A.*, 21 F.3d 1402, 1406, 1409 (7th Cir. 1994) ("Under the *Restatement*, the consumer [expectations] test was the only standard authorized to determine whether a product was unreasonably dangerous. But tort commentators soon began to express dissatisfaction with the test's restrictions on manufacturer liability").

²⁴ See KEETON, DOBBS, KEETON & OWEN (1984) p. 699 (criticizing consumer expectations test); BIRNBAUM (1980) pp. 611-18 (warning that consumer expectations test might lead to "confused, divergent, and unjust decisions"); see also HENDERSON (1998) p. 20 ("If you look at the scholarship prior to 1992... major players in this products liability field almost without exception... said consumer expectations will not work as a main-stream test. It's got to be some form of risk-utility").

²⁵ See KYSAR (2003) pp. 1701-1702. The quotations in this paragraph all come from this source.

²⁶ REIMANN (2003) p. 769, n. 79.

²⁷ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2, cmt. f (emphasis added).

C. JUDICIAL RECEPTION OF THE THIRD RESTATEMENT

The following states have either expressly accepted the Restatement's risk-utility analysis or relied on the Restatement (Third) as support for conclusions in design defect cases or required a showing of reasonable alternative design, which is consistent with the Restatement's risk-utility analysis: California²⁸, Florida²⁹, Georgia³⁰, Iowa³¹, Michigan³², New Jersey³³, Texas³⁴, Washington³⁵, Massachusetts³⁶, Mississippi³⁷, North Carolina³⁸ ³⁹. In Connecticut the alternative design requirement received a mixed reception in *Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co.*, which took the position that a plaintiff may, but need not, prove an alternative design to prevail⁴⁰.

D. TRENDS

According to Professor Epstein the two-pronged *Barker* formulation seems the dominant norm today⁴¹. In this case the court said a product is defective in design "if (1) the plaintiff proves that the product failed to perform as safely as an ordinary consumer would expect when used in an intended or reasonably foreseeable manner, or (2) the plaintiff proves that the product's design proximately caused injury and the defendant fails to prove, in light of the relevant factors, that on balance the benefits of the challenged design outweigh the risk of danger inherent in such design..." and in evaluating the adequacy of a product's design pursuant to this latter standard, a jury may consider, among other relevant factors, "the gravity of the danger posed by the challenged design, the likelihood that such danger would occur, the mechanical feasibility of a safer alternative design, the financial cost of an improved design, and the adverse consequences to the product and to the consumer that would result from an alternative design...". The court noted "this dual standard for design defect assures an injured plaintiff protection from products that either fall bellow ordinary consumer expectations as to safety, or that, on balance, are not as safely designed as they should be. At the same time, the standard permits a manufacturer who

²⁸ *Morson v. Superior Court*, 109 Cal. Rptr. 2d 343 (Cal. App Dep't Super. Ct. 2001); *Boeken v. Philip Morris, Inc.*, 2001 WL 1894403 (Cal. App. Dep't Super.Ct. 2001).

²⁹ *Brassell v. K-Mart Corp.*, 765 So. 2d 235 (Fla. Dist. Ct. App. 2000).

³⁰ *Jones v. Nordictrack, Inc.*, 550 S.E.2d 101 (Ga. 2001).

³¹ *Wright v. Brooke Group Ltd.*, 652 N.W.2d 159 (Iowa 2002).

³² *Smrekar v. Jeep Corp.*, 2001 WL 792476 (Mich. Ct. App. 2001); *Grostic v. Agco Corp.*, 2003 WL 124309 (Mich. Ct. App. 2003).

³³ *Cavanaugh v. Skil Corp.*, 751 A.2d 518 (N.J. 2000); *Saldana v. Michael Weinig, Inc.*, 766 A.2d 304 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001).

³⁴ *Hernandez v Tokai Corp.*, 2 S.W.3d 251 (Tex. 1999).

³⁵ *Ruiz-Guzman v. Amvac Chemical Corp.*, 7 P.3d 795 (Wash. 2000).

³⁶ *Sampson v. Shaw's Supermarket, Inc.*, 2000 WL 426207 (Mass. App. Ct. 2000).

³⁷ *Wolf v. Stanley Works*, 757 So. 2d 316 (Miss. Ct. App. 2000).

³⁸ *Dewitt v. Eveready Battery Co., Inc.*, 550 S.E.2d 511 (N.C. Ct. App. 2001); *Evans v. Evans*, 569 S.E.2d 303 (N.C. Ct. App. 2002).

³⁹ See PERKINS (2004). The previous quotations in this paragraph all come from this source.

⁴⁰ *Potter v. Chicago Pneumatic Tool Co.*, 694 A.2d, 1319 (Conn. 1997).

⁴¹ EPSTEIN (2008) p. 792.

has marketed a product which satisfies ordinary consumer expectations to demonstrate the relative complexity of design decisions and the tradeoffs that are frequently required in the adoption of alternative designs. Finally, this test reflects our continued adherence to the principle that, in a product liability action, the trier of fact must focus on the *product*, not on the *manufacturer's conduct*, and that the plaintiff need not prove that the manufacturer acted unreasonably or negligently in order to prevail in such an action..."⁴²

E. DESIGN DEFECTS AND "STATE OF THE ART"

In connection with design defects an unresolved problem is whether a manufacturer should be liable for dangers unknowable at the time of manufacture, in other words, whether a "state of the art" defense is available.

In Europe, one usually speaks of the "development risk", though the European Products Liability Directive does not use that expression. The Directive allows this defense⁴³. While it also permits the member states to exclude it⁴⁴.

In the United States, cases on this matter have been inconsistent even within one and the same jurisdiction⁴⁵. The reason for this is that although statutorily prescribed in many states, there is no uniform meaning of "state of the art". It either refers to industry custom or to the most advanced technology commercially used, or to scientifically known cutting-edge technology⁴⁶. Conformance with the third standard will typically preclude liability⁴⁷, while conformance with the first and second standards rarely, if ever, gives rise to an absolute defense⁴⁸. Among the few jurisdictions that do recognize this defense—typically based on the second standard of advanced technology—no uniformity exists as to the temporal dimension of state of the art. Some jurisdictions focus on the state of the art at the time the product was designed, while others examine the state of the art at the time the product was placed on the market⁴⁹. Even though most jurisdictions do not recognize industry custom and commercially used advanced technology as absolute defense, these criteria are relevant when examining the feasibility of an alternative design. In other words, these standards play a role in determining the defectiveness of the product's design⁵⁰.

⁴² *Barker v. Lull Engineering Co.*, 573 P.2d 443 (Cal. 1978)

⁴³ European Directive, *supra* note 6, art. 7 (e) "The producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves: that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered".

⁴⁴ European Directive, *supra* note 6, art. 15 (1)(b) "Each Member State may: by way of derogation from Article 7 (e), maintain or... provide in their legislation that the producer shall be liable even if he proves that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of a defect to be discovered".

⁴⁵ Compare *Beshada v. Johns-Manville Prods. Corp.*, 90 N.J. 191, 447 A.2d 539 (1982) with *Feldman v. Lederle Laboratories*, 97 N.J. 429, 479 A.2d 374 (1984).

⁴⁶ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2, cmt. d.

⁴⁷ Most statutes prescribe this result. See DOBBS (2000) p. 1032.

⁴⁸ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2, cmt. d, Reporters' Note IV.B.

⁴⁹ See *id.*

⁵⁰ See ZEKOLL (2002). The quotations in this paragraph all come from this source, except the number 45.

4. NEGLIGENCE OR STRICT LIABILITY

A. RESTATEMENTS OF TORTS (AMERICAN LAW INSTITUTE) AND LIABILITY REGIME

Through most of the twentieth century, products liability law steadily evolved toward protection of consumers, culminating in the 1960s and 1970s with widespread judicial acceptance of section 402A of the Restatement (Second) of Torts, which imposed liability on manufacturers for injuries caused by dangerous products, without regard to fault ("strict liability").

Section 402A imposed liability even where the manufacturer "exercised all possible care" to avoid harm due to products in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer. The section reads as follows:

"Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

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

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

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

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

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

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller"⁵¹.

Section 402A ratified a body of product-defect case law emerging from the state courts in the 1960s. The New Jersey Supreme Court in *Henningsen v. Bloomfield Motors*⁵² and the California Supreme Court in *Greenman v. Yuba Power Products*⁵³ inaugurated a new era in the law of products liability. In the tradition of judicial innovation represented by such jurists as Benjamin Cardozo and Louis Brandeis, the New Jersey and California Supreme Courts sought to use tort law as a tool for consumer protection. The ALI's adoption of section 402A imparted credibility to this effort because of the prestige of the ALI and the strong consensus among its leading voices that strict liability was the proper rule. With the issuance of the *Restatement (Second)*, "the concept of strict liability for defective products became institutionalized"⁵⁴.

However, as Conk has pointed out Section 402A contained an internal tension: Its declaration that a manufacturer would be liable even if it "exercised all possible care in the

⁵¹ Restatement (Second), *supra* note 7, § 402A.

⁵² 161 A.2d 69, 77 (N.J. 1960) (recognizing the general principle that a manufacturer's duty runs directly to the consumer when the manufacturer markets its products directly to the consumer).

⁵³ 377 P.2d 897, 900 (Cal. 1963) ("A manufacturer is strictly liable in tort when an article he places on the market, knowing that it is to be used without inspection for defects, proves to have a defect that causes injury to a human being").

⁵⁴ See CONK (2000) pp. 1091-1092. The quotations in this paragraph all come from this source.

preparation and sale of [its] product" was bounded by its application only to products that were "in a *defective* condition *unreasonably* dangerous to the user or consumer or to his property"⁵⁵. Thus, the section's strict-liability rule was tempered by a negligence-based concept of defect⁵⁶. Conk adds that Dean Prosser, who served as a Reporter for the *Restatement (Second)*, noted the tension between strict liability and negligence in section 402A: "Since proper design is a matter of reasonable fitness, the strict liability adds little or nothing to negligence [on the part of the manufacturer]; but it becomes more important in the case of a dealer who does not design the product"⁵⁷. Birnbaum holds a similar view, and has therefore criticized said section as reintroducing negligence elements⁵⁸.

Section 1 of the Restatement Third, as opposed to Section 402 A of the Restatement Second, points out that:

*"Liability of Commercial Seller or Distributor for Harm Caused by Defective Products. One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect"*⁵⁹.

Then, in its section 2, for purposes of determining liability under section 1, distinguishes three categories of product defects.

The writing of these sections is noticeably different from that of Section 402A of Restatement Second. It must be observed that the new Restatement imposes liability even though "all possible care was exercised" in the preparation and marketing of the product only in the case of manufacturing defect. Its predecessor, on the other hand, imposed liability even where the manufacturer "exercised all possible care" to any defect.

The change reflects the thought of the American Law Institute Reporters for the Restatement Third James Henderson and Aaron Twerski, who had been harsh critics of the strict-liability movement⁶⁰. As they clearly wrote in comment a of section 2 "In general, the rationale for imposing strict liability on manufacturers for harm caused by manufacturing defects does not apply in the context of imposing liability for defective design and defects based on inadequate instruction or warning"⁶¹. I analyze this later.

B. EUROPEAN UNION AND LIABILITY REGIME

The European Products Liability Directive proclaims strict liability directly and indirectly.

It does so directly in the preface. It starts by saying that approximation of the laws of the Member States concerning the liability of the producer for damage caused by the

⁵⁵ Restatement (Second), *supra* note 7, § 402A (1).

⁵⁶ See CONK (2000) p. 1092.

⁵⁷ See PROSSER (1971) p. 659 n. 72

⁵⁸ See BIRNBAUM (1980).

⁵⁹ Restatement (Third), *supra* note 5, § 1.

⁶⁰ See HENDERSON, JR. & TWERSKI (1991) pp. 1286-92.

⁶¹ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2 comment a.

defectiveness of his products is necessary because the existing divergences may distort competition and affect the movement of goods within the common market and entail a differing degree of protection of the consumer against damage caused by a defective product to his health or property; and it concludes that "liability *without fault* on the part of the producer is the sole means of adequately solving the problem, peculiar to our age of increasing technicality, of a fair apportionment of the risks inherent in modern technological production"⁶².

The Directive announces strict liability indirectly in its article 4 when it says: "The injured person shall (only) be required to prove the damage, the defect and the causal relationship between defect and damage"⁶³. Note that this article does not require the plaintiff to prove fault.

In his comparative study of products liability regimes, Reimann says that it is true that the European Directive proclaims strict liability but nonetheless implicitly relies on notions of due care in at least two ways. First, it considers a product defective if it is "not as safe as a person is entitled to expect, taking all circumstances into account"⁶⁴. But, according to Reimann, making (and releasing) such a product "smacks of negligence". Second, the crucial moment to judge the product's defectiveness is "the time when it was put into circulation"⁶⁵; in particular, the defendant can escape liability by showing that the defect was unavoidable given the technical or scientific knowledge at the time⁶⁶. In other words, if the defendant did everything possible back then, he will not be liable today, even if the product has since turned out to be unreasonably dangerous. Again, liability really turns on blameworthiness. A truly strict regime would judge purely the product, and it would do so purely at the time of the judgment (or, at most, at the time of the accident)⁶⁷.

Reimann leaves open the question whether these fault-related considerations turn the EC Directive's approach (and others modeled after it) partially into a camouflaged negligence regime or whether liability is still strict in principle⁶⁸. Be that as it may, for Reimann, there is no denying that under it, courts cannot decide design and warning cases without applying some kind of reasonableness standard. At the minimum, strict liability is somewhat ameliorated⁶⁹.

C DEBATE OVER STRICT LIABILITY

Many authors have written on strict products liability and many explanations have been advanced to justify or criticize it. I have chosen some authors whose thoughts I think properly summarize the vast literature on that subject.

⁶² European Directive, *supra* note 6, foreword (emphasis added).

⁶³ European Directive, art. 4.

⁶⁴ European Directive, art. 6 (1).

⁶⁵ European Directive, art. 6 (1)(c).

⁶⁶ European Directive, art. 7 (e).

⁶⁷ REIMANN (2003) pp. 776-777.

⁶⁸ For negligence, HOWELLS (1993) p. 97; STAPLETON (1999) p. 60; ZEKOLL (1989). For strict liability, TASCHNER (1986), pp. 27-28.

⁶⁹ REIMANN (2003) p. 777. The previous quotation in this paragraph comes from this source.

Montgomery and Owen catalogue the rationales behind strict products liability as follow: (1) Manufacturers convey to the public a general sense of product quality through the use of mass advertising and merchandising practices, causing consumers to rely for their protection upon the skill and expertise of the manufacturing community; (2) Consumer no longer have the ability to protect themselves adequately from defective products due to the vast number and complexity of products which must be "consumed" in order to function in modern society; (3) Sellers are often in a better position than consumers to identify the potential product risks, to determine the acceptable levels of such risks, and to confine the risks within those levels; (4) A majority of product accidents not caused by product abuse are probably attributable to the negligent acts or omissions of manufacturers at some stage of the manufacturing or marketing process, yet the difficulties of discovering and proving this negligence are often practicably insurmountable; (5) Negligence liability is generally insufficient to induce manufacturers to market adequately safe products; (6) Sellers almost invariably are in a better position than consumers to absorb or spread the costs of product accidents, and (7) The costs of injuries flowing from typical risks inherent in products can fairly be put upon the enterprises marketing the products as a cost of their doing business, thus assuring that these enterprises will fully "pay their way" in the society from which they derive their profits⁷⁰.

Glenn, in turn, wonders why does a legal order resort to what is known as strict liability? According to this author, wherever a legal tradition is said to be developed, that is to say, capable of responding in a reasonably articulate fashion to the full range of modern dilemmas, there will be a similar tendency to burden the manufacturer with a larger compensatory role. This is not only because of the sympathy necessarily engendered by physical injury; it is also, and more importantly, because of the larger role played by the manufacturer. Manufacturing has itself been with us for millennia, but more recently that which has been made by the hand (*manufactura*) has been replaced by the product of the machine. Machine production is systemic production; systemic production requires both systemic design and systemic distribution. The notion of system implies structure and interdependence, and arguments for the internalization of social costs of production are the natural outgrowth of the process of systematization which has already taken place in the manufacturing process itself. Such costs are part of the larger universe of manufacturing; since they are part of it they must be internalized by it. Arguments for stricter forms of liability will emerge therefore in any legal tradition sufficiently developed to recognize what is occurring about it in the industrial and technological world⁷¹.

For Priest "the true foundation for the strict liability standard was... the accumulated effect of thirty years of scholarship that had created a consensus about the relatively inferior bargaining power of consumers, the importance of internalizing costs to manufacturers, and the benefits of spreading risks broadly through manufacturer insurance. These propositions at the time were uncontroversial, and strict liability follows inescapably from them"⁷².

⁷⁰ See MONTGOMERY & OWEN (1976) pp. 809-810.

⁷¹ See GLENN (1990) pp. 556-557.

⁷² See PRIEST (1985) p. 517.

Comment *c* of section 402A of the Restatement (Second) makes clear that the ALI's preference for the expanded standard was motivated by all of these considerations. The drafters of section 402A explained that "On whatever theory, the justification for the strict liability has been said to be that the seller, by marketing his product for use and consumption, has undertaken and assumed a special responsibility toward any member of the consuming public who may be injured by it; that the public has the right to and does expect, in the case of products which it needs and for which it is forced to rely upon the seller, that reputable sellers will stand behind their goods; that public policy demands that the burden of accidental injuries caused by products intended for consumption be placed upon those who market them, and be treated as a cost of production against which liability insurance can be obtained; and that the consumer of such products is entitled to the maximum of protection at the hands of someone, and the proper persons to afford it are those who market the products"⁷³.

Another of the public policy rationales for the rule of strict products liability is the information imbalance between manufacturers and consumers. In the real world the parties are never perfectly informed; nor are they equally well informed. Producers generally are much better informed about product risks and the likelihood of liability than are consumers. This is so for at least four reasons. First, a producer obtains important information about the nature of its products in the course of designing and manufacturing them⁷⁴. Second, a producer has a much greater stake in obtaining additional information, because it is potentially affected by all accident costs, rather than by the portion that will be visited upon a single accident victim (discounted by the probability of injury to a particular consumer)⁷⁵. Third, consumers lack the means to acquire information about latent product risks⁷⁶. Fourth, much of consumers' limited information about products (especially new products) is derived from producers who have an incentive to downplay risk (as long as they expect to bear less than the full cost of resulting accidents)^{77 78}.

More recently, Zekoll has said that some arguments in support of strict liability derive from fairness concerns for victims, such as providing compensation for the injured plaintiff⁷⁹ and alleviating his difficulties in proving manufacturer negligence⁸⁰. Others dwell on consumer expectations in the safety and integrity of the product⁸¹. However, according to Zekoll, most salient for the doctrinal development of strict liability, and its recent decline in design and warning cases, have been two welfare economics arguments that inhere in enterprise liability theory. The first rationale rests on the assumption that manufacturers are in the best position to spread risks by purchasing liability insurance and

⁷³ Restatement (Second), *supra* note 7, § 402 A, cmt. c

⁷⁴ See WAGNER (1997) pp. 800-801.

⁷⁵ See CROLEY & HANSON (1993) p. 770; EPSTEIN (1982) p. 1744.

⁷⁶ See VANDALL (1997) pp. 264, 270 nn. 16 and 22.

⁷⁷ See CROLEY & HANSON (1993) p. 770 n. 356; VANDALL (1997) p. 264 n. 22.

⁷⁸ HARVARD LAW REVIEW (Note) (1998) p. 2376. The quotations in this paragraph all come from this source.

⁷⁹ See, e.g., OWEN (1990) p. 68.

⁸⁰ POWERS, Jr. (1991) p. 648.

⁸¹ See, e.g., SHAPO (1995) p. 666; LITTLE (1994) pp. 1203-1204.

by passing these costs on to the public through increased prices⁸². The second argument stresses deterrence, the role of strict liability as an incentive for manufacturers to increase their investment in product safety, to make its products safer⁸³.

Section 2, comment *a* of the Restatement (Third) highlights deterrence as a primary tort objective: "The emphasis is on creating incentives for manufacturers to achieve optimal levels of safety in designing and marketing products. Society does not benefit from products that are excessively safe –for example, automobiles designed with maximum speeds of 20 miles per hour– any more than it benefits from products that are too risky. Society benefits most when right, or optimal, amount of product safety is achieved"⁸⁴.

Finally, it has been said that strict liability likely reduces litigation costs, because a plaintiff need only prove causation, not negligence. When it is clear that the product caused the plaintiff's harm, parties under a strict liability regime are prone to settle out of court, because only damages are in dispute.

Critics charge that strict liability incentivizes product misuse (particularly in jurisdictions where this may not be a defense) and creates a moral hazard problem on the part of potential buyers. Reasoning that consumers will recover regardless of the amount of care they take in using the product, critics assert that consumers will underinvest in care even when they are the least-cost avoiders, thus leading to a lower aggregate level of care than under a negligence standard.

While proponents assert that the producer can build the cost into the price as insurance, critics argue that this assertion is ignorant of economics and only holds true in inelastic regions of the demand curve. As a result of strict liability for their products, manufacturers may not produce the socially optimal level of goods. Particularly within elastic regions of the demand curve, where consumers are very price-sensitive, the manufacturer by definition cannot pass on the economic costs to the consumers as a form of insurance without pricing many of those consumers out of the market for that good. However, because consumers are not willing to pay for this insurance, proponents of strict liability would argue that this is evidence of a product whose harm outweighs its good, in which case it should be removed from the market.

Critics also argue that applying strict liability to products results in substantially higher transaction costs. One example of these transaction costs is the creation of maintenance of legal disclaimers on products that would be unnecessary to the reasonable person – such as the ubiquitous instructions "not for human consumption" labeling on an inordinate number of non-food items. This results in a waste of time and resources for the producers who have to create these warnings, decreasing the producer surplus from trade. This also lowers the consumer surplus from these transactions, as all reasonably diligent consumers will read the unnecessary instructions, whereas the consumers likely to misuse the product are unlikely to be sufficiently diligent to read the instructions.

⁸² See, e.g., *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. of Fresno*, 150 P.2d 436 (Cal. 1944) (Traynor, J., concurring).

⁸³ See ZEKOLL (2002) p. 140. The quotations in this paragraph all come from this source.

⁸⁴ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2 comment a.

D. THE NEED TO DISTINGUISH CATEGORIES OF DEFECTS TO DETERMINE THE LIABILITY REGIME.

Some believe that the most adequate solution to decide which liability regime should be applied –negligence or strict liability– is to make a distinction between the different defect categories. Different types of defects necessitate different standards of liability.

As Zekoll aptly summarizes, manufacturing defect entails true strict liability because manufacturers cannot exonerate themselves by proving that they exercised all possible care in the production and marketing of the product. The imposition of strict liability under this concept has met with general approval. The reasons range from efficiency rationales, such as creating greater incentives to safety, to fairness considerations favoring the plaintiff's expectations about the absence of hidden defects⁸⁵.

Regarding design defects, most states have adopted some form of a risk-utility balancing test to determine whether a product's design is defective. The inquiry under this test often focuses on whether a reasonable alternative design existed and whether the alternative would provide greater safety at reasonable cost without unduly impairing the utility of the product. Thus, rather than examining the product in light of consumer expectations, this test evaluates the defendant's decision to choose one design over another. This conduct-oriented approach necessitates considerations that are akin to if not identical with those employed in negligence cases. The ultimate question in both categories is whether the defendant's choice comports with that of a reasonable person⁸⁶.

The third defect category, the failure to issue adequate warnings or instructions, also remains largely rooted in traditional negligence principles. According to the Restatement Third the test is whether "foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings". Obviously, the notions of foreseeability and reasonableness are core ingredients of the negligence action, and most courts continue to impose a fault-based standard on the plaintiff who must prove that the defendant knew or should have known of the risks that caused damages to the plaintiff^{87 88}.

Zekoll adds that the broad application of strict liability rules during the 1960s and 1970s has been criticized as providing inappropriate solutions in design defect and failure-to-warn cases. While this criticism has many facets, its core consists of the observation that design choices and warnings cannot be perfect, but can at best minimize knowable risks without compromising the utility of the product⁸⁹. Based, furthermore, on the assumption that liability for unknowable risks not only fails to advance accident prevention, but also results in undesirable insurance effects⁹⁰, critics conclude that the imposition of strict liability is neither fair (in the moral sense⁹¹) nor efficient (both from deterrence and risk-

⁸⁵ See ZEKOLL (2002) p. 123.

⁸⁶ ZEKOLL (2002) p. 124.

⁸⁷ *Vassallo v. Baxter Healthcare Corp.*, 696 N.E.2d 909 (1998).

⁸⁸ See ZEKOLL (2002) p. 124. The previous quotation in this paragraph come from this source.

⁸⁹ See generally HENDERSON, JR. & TWERSKI (1991).

⁹⁰ See, e.g., PRIEST (1987) pp. 30-31.

⁹¹ OWEN (1993).

spreading perspectives⁹²). These critics argue that applying negligence rules in design and warnings contexts advances fairness objectives and creates a superior incentive structure that includes the responsibility of consumers to use products in a prudent fashion^{93 94}.

Henderson, one of the Reporters for the Restatement Third, also distinguishes defect categories to determine the liability regime: accepts "strict liability" for manufacturing defects because liability in such cases is determined narrowly and objectively, by reference to the manufacturer's own standards⁹⁵. He rejects strict liability in design and warning defect cases because without an objective standard courts will inappropriately second-guess product decisions⁹⁶.

The Restatement Third says that in contrast to manufacturing defects (strict liability), design defects and defects based on inadequate instructions or warnings are predicated on a different concept of responsibility.

In the first place, such defects cannot be determined by reference to the manufacturer's own design or marketing standards because those standards are the very ones that plaintiffs attack as unreasonable. Some sort of independent assessment of advantages and disadvantages, to which some attach the label "risk-utility balancing," is necessary. Products are not generically defective merely because they are dangerous. Many product-related accident costs can be eliminated only by excessively sacrificing product features that make products useful and desirable. Thus, the various trade-offs need to be considered in determining whether accidents costs are more fairly and efficiently borne by accident victims, on the one hand, or, on the other hand, by consumers generally through the mechanism of higher product prices attributable to liability costs imposed by courts on product sellers.

Moreover, consumer expectations as to proper product design or warning are typically more difficult to discern than in the case of a manufacturing defect.

Finally, the element of deliberation in setting appropriate levels of design safety is not directly analogous to the setting of levels of quality control by the manufacturer. When a manufacturer sets its quality control at a certain level, it is aware that a given number of products may leave the assembly line in a defective condition and cause injury to innocent victims who can generally do nothing to avoid injury. The implications of deliberately drawing lines with respect to product design safety are different. A reasonably designed product still carries with it elements of risk that must be protected against by the user or consumer since some risks cannot be designed out of the product at reasonable cost⁹⁷.

E. TRENDS

In 2003, Reimann wrote that it is unlikely that liability for faulty products will become substantively stricter than it is today. In Europe, there are no signs of that. In recent

⁹² See PRIEST (1987) p. 10.

⁹³ See generally OWEN (1993).

⁹⁴ See ZEKOLL (2002) p. 141. The quotations in this paragraph all come from this source.

⁹⁵ See HENDERSON JR. & TWERSKI (1992) p. 1516.

⁹⁶ See HENDERSON JR. (1983) pp. 845 n. 2- 847.

⁹⁷ Restatement (Third), *supra* note 5, § 2 comment a.

years, the European Commission has considered a long list of changes to the EC Directive favoring plaintiffs⁹⁸. But, with the exception of including unprocessed agricultural products, no action was taken and the Directive will probably remain as it is in the foreseeable future. Nor are individual countries likely to move towards stricter standards. In the orbit of the European model, the development towards strict liability seems to have peaked and leveled off. In the United States, it has actually begun to turn back. Rather than continuing on the expansive course of the 1960s and 1970s, American product liability law has become distinctly more cautious in the 1980s and 1990s. Particularly in design and warning cases, the pendulum has swung from a rhetoric of strictness back to a standard reminiscent of negligence. Seven years ago, the Third Restatement openly acknowledged and supported this trend when it announced that liability in such cases turns on the foreseeability of risks and the reasonableness of precautions⁹⁹. What is more, courts have become significantly more conservative as well¹⁰⁰. In the last two decades or so, most of them have refused to expand liability further, and some have in fact retreated to earlier positions^{101 102}.

According to Zekoll the often posed question whether strict liability prevailed over negligence can be summarized as follows: Strict liability prevails in manufacturing defect cases, while negligence principles have gained the upper hand in design defect and failure-to-warn disputes¹⁰³. In general, the trend over the past twenty-five years has been to roll back some of the judicial innovations that benefited plaintiffs in the 1960s and 1970s¹⁰⁴.

BIBLIOGRAPHY

- BIRNBAUM, Sheila L. (1980): "Unmasking the Test for Design Defect: From Negligence [to Warranty] to Strict Liability to Negligence", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 33: pp. 593-ss.
- CONK, George (2000): "Is There a Design Defect in the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?", *Yale Law Journal*, Vol. 109, No. 5: pp. 1087-1133.
- CROLEY, Steven P. & HANSON, Jon D. (1993): "Rescuing the Revolution: The Revived Case For Enterprise Liability", *Michigan Law Review*, Vol. 91, No. 4: pp. 683-797.
- CULHANE, John (1995): "The Limits of Product Liability Reform Within A Consumer Expectation Model: A Comparison of Approaches Taken by the United States and the European Union", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 19: pp. 1-ss.
- DOBBS, Dan B. (2000): *The Law of Torts* (West Group) 1648 pp.

⁹⁸ They have ranged from reversing the burden of proof for defectiveness and eliminating the development risk defense to abolishing liability limits and changing prescription periods.

⁹⁹ Arguably, this change in theory is mainly a (belated) recognition that in practice, liability was rarely truly strict to begin with in design and warning cases, see STAPLETON (1999) p. 50.

¹⁰⁰ See HENDERSON JR. & EISENBERG (1990).

¹⁰¹ A striking example is *Brown v. Superior Court* (Abbott Laboratories), 751 P. 2d 470 (Cal. 1988); in this case, the California Supreme Court, which had been at the forefront of products liability law in the 1960s and 1970s, essentially abolished strict liability for prescription drugs in favor of a negligence approach.

¹⁰² See REIMANN (2003) pp. 801-802. The quotations in this paragraph all come from this source.

¹⁰³ For an early account on this development, see BIRNBAUM (1980).

¹⁰⁴ See ZEKOLL (2002) p. 139. The previous quotation in this paragraph comes from this source.

- EPSTEIN, Richard (1982): "The Social Consequences of Common Law Rules", *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 8: pp. 1717-1751.
- EPSTEIN, Richard (2008): *Cases and Materials on Torts* (Austin, Wolters Kluwer) 1402 pp.
- GLENN, H. Patrick (1990): "Judicial Authority and the Liability of the Manufacturer, or Jusqu'ou Peut-on Aller Trop Loin?", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, No. 3: pp. 555-565.
- HARVARD LAW REVIEW (Note) (1998): "Just What You'd Expect: Professor Henderson's Redesign of Products Liability", *Harvard Law Review*, Vol. 111, No. 8: pp. 2366-2383.
- HENDERSON JR., James (1983): "Why Creative Judging Won't Save the Products Liability System", *Hofstra Law Review*, Vol. 11: pp. 845-860.
- HENDERSON JR., James & EISENBERG, Theodore (1990): "The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change", *U.C.L.A. Law Review*, Vol. 37: pp. 479-ss.
- HENDERSON JR., James & TWERSKI, Aaron (1991): "Closing the American Products Liability Frontier: The Rejection of Liability without Defect", *New York University Law Review*, Vol. 66: pp. 1263-ss.
- HENDERSON JR., James & TWERSKI, Aaron (1992): "Proposed Revision of Section 402A of the Restatement (Second) of Torts", *Cornell Law Review*, Vol. 77: pp. 1512-1557.
- HENDERSON JR., James (1998): "A Discussion and a Defense of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability", *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 8: pp. 19-26.
- HOWELLS, Geraint (1993): *Comparative Product Liability* (Dartmouth Pub. Co.) 250 pp.
- HOWELLS, Geraint & MILDRED, Mark (1998): "Is European Products Liability Law More Protective than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?" *Tennessee Law Review*, Vol. 65, No. 4: pp. 985-ss.
- HOWELLS, Geraint (2000): "The Relationship between Product Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through a Comparison with the U.S. Position", *Washburn Law Journal*, Vol. 39, No. 3: pp. 305-346.
- KEETON, W. Page (1979): "Products Liability-Design Hazards and the Meaning of Defect", *Cumberland Law Review*, Vol. 10: pp. 293-ss.
- KEETON, W. Page, DOBBS, Dan, KEETON, Robert & OWEN, David (1984): *Prosser and Keeton on the Law of Torts* (Saint Paul, West Group).
- KYSAR, Douglas A. (2003): "The Expectations of Consumers", *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 7: pp. 1700-1790.
- LITTLE, Joseph (1994): "The Place of Consumer Expectations in Products Liability Actions for Defectively Designed Products", *Tennessee Law Review*, Vol. 61: pp. 1189-ss.
- MONTGOMERY & OWEN (1976): "Reflections on the Theory and Administration of Strict Tort Liability for Defective Products", *South Carolina Law Review*, Vol. 27: pp. 803-ss.
- OWEN, David (1990): "Products Liability: Principles of Justice for the 21st Century", *Pace Law Review*, Vol. 11, No. 1: pp. 63-86.
- OWEN, David (1993): "The Moral Foundations of Products Liability Law: Toward First Principles", *Notre Dame Law Review*, Vol. 68: pp. 427-ss.

- OWEN, David (1997): "Toward a Proper Test for Design Defectiveness: 'Micro-Balancing' Costs and Benefits", *Texas Law Review*, Vol. 75, No. 7: pp. 1661-ss.
- PERKINS, Cami (2004), "The Increasing Acceptance of the Restatement (Third) Risk Utility Analysis in Design Defect Claims", *Nevada Law Journal*, Vol. 4, No. 3: pp. 609-623.
- POWERS, Jr., William (1991): "A Modest Proposal to Abandon Strict Products Liability", *University of Illinois Law Review*, Vol. 1991: pp. 639-ss.
- PRIEST, George (1981): "A Theory of the Consumer Product Warranty", *Yale Law Journal*, Vol. 90, No. 6: pp. 1297-1352.
- PRIEST, George (1982): "The Best Evidence of the Effect of Products Liability Law on the Accident Rate: Reply", *Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 7, pp. 1386-1401.
- PRIEST, George (1985): "The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14, No. 3: pp. 461-527.
- PRIEST, George (1987): "Modern Tort Law and Its Reform", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 22: pp. 1-38.
- PROSSER, William L. (1971): *The Law of Torts* (West Publishing Co.) 1208 pp.
- REIMANN, Mathias (2003): "Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 4: pp. 751-838
- SCHWARTZ, Gary T. (1979): "Foreword: Understanding Products Liability", *California Law Review*, Vol. 67, No. 3: pp. 435-496.
- SHAPO, Marshall (1995): "In Search of the Law of Products Liability: The ALI Restatement Project", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 48: pp. 631-668.
- STAPLETON, Jane (1999): "Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform", *Texas International Law Journal*, Vol. 34: pp. 45-68.
- TASCHNER, Hans Claudius (1986): *Produkthaftung*.
- THIEFFRY, VAN DOORN & LOWE (1989): "Strict Products Liability in the EEC: Implementation, Practice and Impact on U.S. Manufacturers of Directive 85/374", *Tort & Insurance Law Journal*, Vol. 25, pp. 65-ss.
- VANDALL, Frank J. (1997): "Constructing a Roof before the Foundation is Prepared: The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b) Design Defect", *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 30: pp. 261-ss.
- WADE, John (1973): "On the Nature of Strict Tort Liability for Products", *Mississippi Law Journal*, Vol. 44: pp. 825-ss.
- WAGNER, Wendy E. (1997): "Choosing Ignorance in the Manufacture of Toxic Products", *Cornell Law Review*, Vol. 82: pp. 773-855.
- WHITFORD, William (1982), "Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty", *Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 7, pp. 1371-1385.
- ZEKOLL, Joachim (1989): "The German Products Liability Act", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 4: pp. 809-818.
- ZEKOLL, Joachim (2002): "Liability for Defective Products and Services", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50: pp. 121-159.

DERECHO DE OPCIÓN DEL CONTRATANTE VENCIDO EN JUICIO POR LESIÓN ENORME. ORÍGENES E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1890 DEL CÓDIGO CIVIL

*OPTIONAL RIGHTS OF THE CONTRACTOR DEFEATED IN TRIAL
BY LAESIO ENORMIS. ORIGINS AND INTERPRETATION OF THE
ARTICLE 1890 OF THE CHILEAN CIVIL CODE*

NATHALIE WALKER SILVA*

RESUMEN: La noción de lesión enorme plasmada en el artículo 1890 del Código Civil Chileno se remonta al Derecho romano. Difiere de la lesión enorme del *Code Napoléon* al poder aplicarse tanto al comprador como al vendedor, y al ser regulada de manera objetiva. El reconocimiento de la lesión enorme por sentencia ejecutoriada abre al contratante un derecho de opción a mantener vigente el contrato, o a consentir en su rescisión, la cual se configura como un tipo especial de nulidad. En caso de rescisión, la parte que ha lesionado siempre se queda con una décima parte del justo precio. Este no es sino uno de los problemas planteados por los efectos del ejercicio de este derecho de opción, siendo el otro la evidente desigualdad entre la suerte del vendedor y del comprador, en desmedro de este último.

Palabras clave: lesión enorme, justo precio, efectos de la rescisión por lesión enorme, recepción de la lesión enorme en el Código Civil chileno.

ABSTRACT: The concept known as *laesio enormis* which is to be found in article 1890 of the Chilean civil code harks back to Roman law. It is different from the one from the Napoleon Code insofar as it applies to both buyer and seller, according to an objective standard. Once the *laesio enormis* is acknowledged by the judge, the contract can either remains valid or become null and void, albeit in a distinctive way. If this so-called rescission is called for, the party which was unfair to the other one always keeps a ten percent of the just price. This is the first problem of the consequences of the rescission, the second one being the obvious unbalance between the fates of seller and buyer, to the advantage of the seller.

Key words: *laesio enormis*, just price, consequences of rescission because of *laesio enormis*, transposition of *laesio enormis* in the Chilean civil code.

* Profesora de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Chile. Email: nwalker@uc.cl.
Licenciada en Ciencias Jurídicas y Doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria Conicyt.

La autora le agradece a Marie-Laure Martínez y Carolina Ojeda Muñoz, sus comentarios a este trabajo.

1. LA LESIÓN ENORME EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. ORÍGENES DEL CONCEPTO Y SU RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

La lesión enorme es una institución que ha causado arduas controversias en doctrina, en cuanto a sus orígenes, justificación y utilidad¹.

Se indica con frecuencia que el origen remoto de la lesión enorme está en Roma, con las Leyes 2 y 8 de *rescindenda venditionis*². Este origen no ha estado exento de discusión en cuanto a la existencia y aplicación de esos rescriptos, atribuidos a los emperadores Diocleciano y Maximiano³.

¹ Dentro de las posturas más radicales, que le niegan utilidad, encontramos la de Alessandri, quien ha señalado –entre otras razones– que la ley no debe tomar partido por uno de los contratantes cuando existe igualdad de condiciones y capacidad de las partes. Ver ALESSANDRI (1918) p. 1049. En el mismo sentido opina Humberto Silva [Véase SILVA (1912) p. 3] y GARCÍA GOYENA (1852) p. 178 y 179.

² C. 4. 44, Lex 2 de *rescindenda venditionis*: “*Impp. Diocletianus et Maximianus A.A. Aurelio Lupo: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est ut, vel pretium te restituyente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipias: minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*”.

De ambas leyes, esta es la más afamada y citada por la doctrina. Su traducción es la siguiente: “Si tú o tu padre hubiereis vendido a un precio menor una cosa de mayor precio, es razonable o, que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo mediante la autoridad del juez, o bien, si el comprador lo prefiere, recibas tú lo que falta para el precio justo. Parece ser precio menor, si no se ha pagado ni la mitad del precio verdadero”. Traducción de García (1962) p. 12.

C. 4, 44, Lex 8: “*Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus et calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegui, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venditum significans, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quod si videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrabendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda*”.

Traducción: “Si tu hijo –con tu consentimiento– ha vendido tu fundo, para obtener su nulidad, deberás justificar el dolo resultante de los artificios y acechanzas del adquirente, o la amenaza de tormentos corporales, y aun de muerte, que empleó para obligarle a otorgar el contrato. Por cuanto el solo motivo de que alegaras que el fundo no se vendió por su justo valor, no bastaría para hacer rescindir la venta. En efecto, si consideras la naturaleza del contrato de venta; si atiendes a que el vendedor trata de comprar al menor precio posible, y que los deseos del vendedor son los de obtener lo que más pueda, y que no llegan a entenderse ni a ajustarse su contrato sino después de muchas discusiones, el vendedor disminuyendo poco a poco el primitivo precio, y el comprador por su parte añadiendo algo a lo primeramente ofrecido, y que al fin convienen en un precio, comprenderás, entonces, que ni la buena fe –que es la esencia del contrato de venta–, ni ninguna otra razón permiten que se te conceda por este solo motivo la rescisión de un contrato terminado por consentimiento mutuo. A no ser que se te hubiese dado un precio menor a la mitad del valor del fundo cuando tuvo lugar la venta, debiéndose en tal caso conceder al comprador la elección arriba ofrecida”. Traducción libre, en base a la efectuada por MERELLO (1989) p. 117.

El primer rescripto –Lex 2– aparece fechado en el año 285. El segundo, dataría del año 293. En cuanto a las fechas, resulta lógico considerar que uno de los fundamentos de la rescisión contenida en los rescriptos sería el de proteger a los pequeños terratenientes de las consecuencias de la crisis que sacudió al Imperio Romano en el siglo III d. de C. En este sentido, Manuel Abril Campoy adhiere a esta doctrina, pero considera que el fundamento de la rescisión está en un conjunto de condicionantes, no solo en razones económicas y sociales. Véase Abril (2003) p. 21.

³ Tampoco esta ley ha estado ajena a la discusión sobre posibles interpolaciones. En este punto, podemos citar,

Pese a lo anterior, se puede afirmar que las fuentes regularmente consultadas por Bello no manifiestan dudas, al menos en torno a su existencia⁴.

Luego de esos rescriptos, no existe mayor claridad sobre la evolución de la normativa aplicada, antes de ser recogida en las Partidas. Entre nosotros, ALESSANDRI opina que la *Lex 2* “no tuvo una aplicación muy frecuente y aun llegó a ser abolida por el emperador Teodosio II”⁵. Pero a pesar de todo, Justiniano la reprodujo en su Código. Afirma el autor que “solo cuando los Papas Alejandro e Inocencio la proclamaron, a fines del siglo XI y a comienzos del XII, como muy conformes con las doctrinas canónicas, esta institución fue aceptada sin discusión por todas las legislaciones de la época. Por eso la encontramos en Francia y en las leyes españolas”⁶.

La doctrina de la lesión enorme fue recogida en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, quedando asentada en la Partida V, Título 5º, Ley 56⁷ y en la Partida IV, Título 11º, ley 16⁸.

dentro de muchos ejemplos en igual sentido, a John W. Baldwin: “Grammatical difficulties within the passage itself showed unmistakable evidences of interpolation and raised strong doubts as to its origins during the reign of Diocletian. The terminology showed certain inconsistencies”. Véase BALDWIN (1599) p. 18. Sin apoyar directamente la tesis de la interpolación de los textos, la expone ABRIL (2003), p. 19. Directo, en cambio, es el apoyo de GARCÍA VALLES, quien es categórico al afirmar –a modo de resumen– que “el rescripto de Diocleciano fue retocado por Justiniano y por los compiladores posteriores a este. No poseemos el texto primitivo”. Véase GARCÍA VALLES (1962) p. 19.

⁴ Por ejemplo, la cita García Goyena [Véase GARCÍA GOYENA (1852) p. 177]; Juan Sala, la recoge en su Digesto Romano - Español [Véase SALA (1844) p. 168] y en su Ilustración del Derecho Real de España [SALA (1820) p. 267; y Pothier la contempla en su *Traité du contrat de vente*, p. 264.

⁵ ALESSANDRI (1918) p. 1047.

⁶ ALESSANDRI (1918) p. 1047.

⁷ Ley 56, Título 5 de la Partida 5ª: “*Del ome que por medio o por fuerza compre o vende alguna cosa por menos del justo precio*”.

Por miedo o por fuerça comprando, o vendiendo algun ome alguna cosa, non deue valer; ante decimos, que deue ser desfecha la compra, si fuer prouado, que la fuerça, o el miedo fue tal, que lo ono de fazer maguer le pasasse. E como quier que la vendida fuesse fecha por jura, o por peño, o por fiadura, o por pena, que fuesse y puesta, non deue valer. Ca despues de vendida, o la compra, que es el principal, non vale, non deuen valer la otras cosas que fuesen puestas por razón della. Otrosi decimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio, que pudiera valer en la razón que la fizieron. E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, quel cumpla, sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonce podria valer según derecho. E si esto non quisiese fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor, e recibir del el precio que auia dado por ella. E por menos del derecho precio podría ser fecha la vendida, quando de la cosa que vale diez marauedis fue fecha por menos de cinco marauedis. Otrosi dezimos, que si el comprador pudiere prouar, que dio por la cosa mas de la mitad del derecho precio, que pudiera valer en aquella sazón que la compro, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio, tanto quanto es aquella que demas dio. E este seria, como si la cosa que valiesse diez marauedis, que diesse por ella mas de quince. Esto dezimos que puede fazer, e demandar el vendedor o el comprador, non seyendo la cosa que se vendio, perdida, nin muerta, nin mucho empeorada; ca si alguna de estas cosas le acaesciese, non podría despues fazer tal demanda. Otrosi dezimos, que si el comprador o el vendedor jurare, quando fiziere la compra, o la vendida que maguer la cosa valiesse mas, o menos, que nunca pudiesse demandar, que fuesse desatada la vendida; si fuere mayor de catorze años el que vendio, quando la jura fizo, deue ser guardada la jura: e non se puede desatar entonce la compra, nin la vendida, por tal razón. Mas si fuesse menor de catorze años, non valdria la jura, e desatarse y a la compra o la vendida, tambien como si non ouiesse jurado”.

⁸ La ley en cuestión se refiere a la apreciación de la dote en el matrimonio, distinguiendo entre dote apreciada y no apreciada. Su texto es el siguiente: “*apreciada puede seer (sic) la dote quando la establescen ó puede ser que la non apreciaron; et apreciada serie como quando dixiese el que la da: do vos tal casa ó tal viña en dote, et apréciola en ciento maravedis. Et non serie apreciada como si dixiese simplemente el que la da: do vos tal heredat ó tal casa en dote: et si la dote fuese apreciada, segunt que es sobredicho, et la apreciasen por mas o por menos de lo que valie-*

De las Siete Partidas, pasa al ordenamiento de Alcalá⁹ y luego a la Novísima Recopilación, sin modificaciones importantes.

El principio sustentado en las Partidas es incorporado con posterioridad en el *Code Napoléon*, en el de la Luisiana, el Italiano, el Bávaro, el Austriaco y el Prusiano, con rasgos propios en cada caso¹⁰. De todos estos cuerpos legales, sin duda el más influyente fue el primero, aunque nuestra recepción final de la teoría de la lesión enorme está en gran parte inspirada también en la normativa existente en las Partidas. Prueba de esto es la nota al artículo 2067 del Proyecto de 1853 —que consagra la lesión enorme en la compraventa—, en que se cita directamente a la Ley 56, título 5, Partida 5^a¹¹.

El articulado original del Código Civil chileno no ha sufrido modificación alguna en esta materia a lo largo de los años. Sí ha habido cambios introducidos por leyes especiales, como el artículo 170 del Código de Minería¹², que hace inaplicable la rescisión de la venta por lesión enorme a la compraventa o permuta de una concesión minera, debido a que se

se, si se sentiere por engañado alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tambien el que da la dote como el que la rescibe. Et esto se entiende que debe ser guardado en la dote tan solamiente, ça en quanto quier que sea fecho el engaño en mas o menos de lo que vale la cosa, siempre debe seer desfecho, mostrando el engaño segunt que es dicho aquel que se tiene por engañado. Mas esto non est en los otros pleitos; ça non est tenuto de desfacer el engaño el que el feciere, fueras en de si montase mas ó menos dotro tanto del prescio derecho que vale la cosa: et esto serie como si alguno vendiese la cosa que valiese veinte maravedis por quarenta et uno, ó la que valiese quarenta maravedis por diez et nueve”.

⁹ El texto de la Ley 1^a, título XVII del Ordenamiento de Alcalá —que es la Ley 2^a, tit. 1^o Lib. 10^o de la Novísima Recopilación— es el siguiente: “*Como se puede desfacer la vendida ó la compra, quando el vendedor se dice engannado en el prescio (Este es el título de la Ley). Si el vendedor, ó comprador de la cosa dixiere que fue engannado en mas de la meytat del derecho prescio, asi como si el vendedor dixiere, que lo que valia diez vendio por menos de cinco, ó el comprador dixiere, que lo que valia diez, que dio por ello mas de quinze; mandamos que el comprador sea tenuto á cumplir el derecho prescio que valia la cosa, ó de la dejar al vendedor, tornandole el vendedor el prescio, que rescibio, é el vendedor debe tornar al comprador lo que mas rescibio de la meytat del derecho prescio, ó de tomar la cosa que vendió, é tornar el prescio que rescibio. Et eso mesmo queremos, que se guarde en las rentas, é en los cambios, é en los otros contractos semejantes, é que aya logar esta ley en los contractos sobre dichos, aunque sean fechos por almoneda, é del dia que fueren fechos fasta quatro anuos, é non después.*”

¹⁰ Así lo expone García Goyena, quien no era partidario de sancionar la lesión. Al exponer las particularidades de la recepción en cada uno de esos Códigos, expresa: “tanta perplejidad y contradicción no son la mejor prueba o apología de la justicia y conveniencia de esta especie de rescisión”. Véase GARCÍA (1852) p. 178 y 179.

¹¹ En el “Proyecto Inédito”, en cambio, la nota al art. 2067 a, hace referencia a la Ley 16, título 11, Partida 4. Ya se ha transcrito el texto de la Ley en la nota N° 8. De esa Ley, lo relevante para nuestro estudio se centra en un ejemplo referido a la compraventa, en los términos siguientes: “*Et esto se entiende que debe ser guardado en la dote solamiente, ça en quanto quier que sea fecho el engaño en mas o menos de lo que vale la cosa, siempre debe seer desfecho, mostrando el engaño segunt que es dicho aquel que se tiene por engañado. Mas esto non est en los otros pleitos; ça non est tenuto de desfacer el engaño el que el feciere, fueras en de si montase mas ó menos dotro tanto del prescio derecho que vale la cosa: et esto serie como si alguno vendiese la cosa que valiese veinte maravedis por quarenta et uno, ó la que valiese quarenta maravedis por diez et nueve” (la letra en negrita es nuestra).*

¹² Art. 170 del Código de Minería: “*No hay rescisión por causa de lesión enorme en los contratos de compraventa y de permuta de una concesión o de una cuota o de una parte material de ella.*”

Otro cambio en la legislación es el que atañe a la forma de entender el concepto de “justo precio”, según el artículo 85 de la Ley N° 16.742, D.O. 8 de febrero de 1968. Dicho artículo dispone que “*para los efectos del artículo 1889 del Código Civil, en los contratos de compraventa celebrados en cumplimiento de promesas de sitios que formen parte de un loteo hecho conforme a la Ley General de Construcciones y Urbanización, se entenderá que el justo precio se refiere al tiempo de la celebración del contrato de promesa, cuando dicho precio se haya pagado de acuerdo con las estipulaciones de la promesa.*”

trata de un contrato aleatorio, en el cual la suerte hace que el desequilibrio en las prestaciones sea un elemento de la esencia de dicho contrato.

En cambio, en los sucesivos proyectos de Código Civil, Andrés Bello fue perfilando y adecuando la institución hasta dejarla satisfactoria según los cánones que él manejaba. En cualquier caso, en todos los proyectos de Código, la normativa amparaba tanto al vendedor como al comprador. Al resguardar los intereses de ambos contratantes, se desecha en esta parte la influencia del *Code Napoléon*, que solo otorga acción rescisoria al vendedor¹³, entendiendo que ha sufrido lesión enorme cuando ha sido perjudicado en más de siete duodécimas partes del precio de la finca. Podrá parecernos extraño, desde la óptica actual, que solo el vendedor que ha sufrido injusticia en el precio pueda alegar lesión y no el comprador. Esto tiene una explicación lógica si valoramos que uno de los fundamentos para incorporar la lesión en el Código Civil francés fue el proteger a los vendedores que celebraban compraventas a precios muy bajos, por la necesidad económica imperiosa que sufrieron al momento de pactar las condiciones del contrato¹⁴.

2. ¿CUÁNDO SUFREN LAS PARTES LESIÓN ENORME EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA?

El artículo 1888 elimina cualquier duda en torno a la admisibilidad de la institución en estudio en la compraventa, al señalar que “*el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme*”. Al respecto, resultó meritorio el cambio de la palabra *rescisión* por la de *resolución*, que había sido utilizada en el encabezado del título 8 del Proyecto de 1842.

El artículo 1889, por su parte, señala:

“El vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. (2) El justo precio se refiere al tiempo del contrato”.

El Código no define qué debe entenderse por justo precio. Será el juez quien deba determinarlo al conocer de un litigio en que se reclame la lesión enorme. El justo precio es el resultado de la opinión común¹⁵. Corresponde al valor venal o precio de mercado, es decir, aquel en que se transan comúnmente los inmuebles, considerando las características

¹³ En opinión de Planiol, los motivos para negar la acción rescisoria al comprador radicarían en que si él ha consentido en pagar un precio tan elevado es porque podía hacerlo y porque, en su concepto, la cosa valía el dinero que dio por ella. Véase FIGUEROA (1918) p. 29. Pothier, en cambio, sostiene la opinión contraria. Para este autor, los fundamentos de la lesión no solo se encuentran en la Lex 2, C. de resc. vend., sino también en la naturaleza de los contratos conmutativos: si las partes entienden dar y recibir un equivalente y no lo dan o reciben recíprocamente, deberá rescindirse el contrato sin importar quien es el que resulta perjudicado. Véase POTHIER (1821) p. 297.

¹⁴ Fundamento que, a su vez, fue extraído de las Leyes 2 y 8 de resc. vend., que solo conceden acción rescisoria al vendedor.

¹⁵ ROBLES-VÍA (1897) p. 12 y 13.

particulares que influyen en su valor¹⁶. En cualquier caso, es indudable que el calificativo de “justo”, hace referencia a la equidad que debe reinar en los contratos conmutativos. Es de esta opinión Juan Sala, quien admite que “como la equidad dicta que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida, y por otra parte la pública utilidad exige que se cumplan y sean valederos los contratos, (...) [si la desigualdad] fuere en más de la mitad del justo precio, puede rescindirse la venta; pero no si es menor”¹⁷. Un perjuicio moderado no da lugar a la rescisión, ya que se presume que para evitar pleitos y disminuir la incertidumbre, los contratantes “se remiten mutuamente estos pequeños perjuicios, con tal de que no excedan la mitad del justo precio. De aquí la división del justo precio en sumo, medio e ínfimo, de la que usan frecuentemente los teólogos; a fin de que de otro modo no quede lastimada la justicia conmutativa. (...) Partiendo de estos principios, el Derecho Civil (...) no permitió que sirviera otro perjuicio para la rescisión de una venta sino el que excediese la mitad del justo precio; pues sería ya escandaloso que este se tolerara”¹⁸.

3. DERECHO DE OPCIÓN PARA EL CONTRATANTE VENCIDO

Dispone el artículo 1890 del Código Civil lo siguiente:

“El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, o completar el justo precio con deducción de una décima parte; y el vendedor, en ese mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte. (2) No se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato”.

La disposición citada presenta bastante similitud con el artículo 1681 del *Code Napoléon*, pero no haríamos justicia a la labor de Andrés Bello si dijéramos que es una mera reiteración de lo contemplado en el *Code*. En primer lugar, porque nuestro Código concede acción rescisoria también al comprador. Es destacable que Andrés Bello haya extendido la posibilidad de reclamar la lesión enorme al comprador, ya que en la actualidad no solo es admisible como argumento la imperiosa necesidad que lleva a una de las partes a contratar, sino también la ignorancia de las condiciones en que se ha vendido, la que puede afectar a cualquiera de las dos partes del contrato. Luego, porque ha regulado la lesión con carácter objetivo, no siendo necesario indagar en las causas que provocaron

¹⁶ Nuestra jurisprudencia ha dicho que “en nuestro derecho no puede concluirse que el justo precio es el valor intrínseco de lo vendido, sino el valor real que la cosa tiene en el momento del contrato, que no es otro que el que regula la oferta y la demanda en relación con la valorización actual del dinero y con el interés por la adquisición de los terceros. Queda excluido el valor de afección, y su posible valor intrínseco no tiene influencia decisiva. Para determinar el justo precio de la compraventa, y decidir si hubo lesión enorme en el contrato que se pretende rescindir, debe entregarse el valor mismo del bien materia de la negociación a la época del contrato”. Véase Patricio Eugenio Díaz Broughton y otros con inmobiliaria Plamher S.A (2009).

¹⁷ SALA (1820) p. 268.

¹⁸ SALA (1844) p. 168.

el desequilibrio en las prestaciones¹⁹, sino solo determinar la desigualdad mediante un cálculo matemático²⁰.

Nuestro Código se apartó deliberadamente de la tradición anterior –recogida en las partidas, y que pasó, por ejemplo, a las obras de Sala y Pothier–, en cuanto no consideró a la lesión como un vicio del consentimiento²¹. No se alude a la fuerza ni al engaño, sino que basta con probar en el juicio que se ha sobrepasado el límite admisible de desigualdad en las prestaciones. Quizá sea por esa intención de apartarse de las fuentes, que Bello eliminó el artículo 1638 del Proyecto de 1853, norma que consagraba la lesión como *vicio* en los contratos conmutativos²². En esa misma senda, eliminó también el artículo 1629 del mismo Proyecto, que consideraba como vicios del consentimiento al error, la fuerza, el dolo y la lesión.

El artículo 1890 inciso 1° da un derecho de opción al contratante contra quien se ha pronunciado la rescisión. Ese derecho consiste, en el caso del comprador, de consentir en la rescisión, o de restituir el exceso del precio recibido por sobre el justo precio, aumentado este en una décima parte. Y en el caso del vendedor, de aceptar la rescisión del contrato –dándose los efectos propios de la nulidad de la compraventa–, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio, aumentado este último en una décima parte.

El derecho de opción está establecido como una condición potestativa –además de una obligación facultativa²³– que depende del solo arbitrio del contratante que ha lesio-

¹⁹ En tal sentido, el art. 1677 del Code Civil solo admite que el juez dé lugar a la lesión cuando los hechos resulten bastante verosímiles y graves como para hacer presumir la lesión. Una disposición similar fue incorporada por Bello en el artículo 381 del Proyecto de 1847. En ella se establece que: “el que alegue lesión enorme, deberá justificar ignorancia del valor de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato; ni se tendrá por justa ignorancia la que fuere imputable a negligencia aun leve”. Como puede apreciarse, esta norma era más propia de una lesión-*vicio*, al atender a la voluntad afectada por la ignorancia o error. Al eliminarse esta norma en el “Proyecto inédito”, desaparece con ella el último vestigio de la intención primitiva de Andrés Bello de considerar a la lesión como un vicio del consentimiento.

²⁰ En este aspecto, es necesario atender al límite del precio irrisorio, ya que si el precio pagado o recibido es tan bajo para llegar a ese extremo, simplemente no hay venta, por no darse cumplimiento a un requisito de existencia del contrato.

²¹ Al respecto, nuestra jurisprudencia ha dicho que: “para las concepciones clásicas, en que se inspira nuestro Código, la lesión no es ni puede ser un vicio del consentimiento: es tan solo un vicio del contrato provocado por el desequilibrio en las prestaciones, que debe ser analizado con carácter objetivo y matemático (...). En cada especie, se verifica matemáticamente la equivalencia, y todas las veces que ella desaparezca, el acto será anulado porque hay enriquecimiento injusto para una persona en desmedro de otra. Véase Ana María Watkins Sepúlveda con Juan Watkins Sepúlveda (2004).

²² Refiriéndose a esta norma, Italo Merello indica que: “no se ve en este precepto referencia a ningún tipo de móvil que actúe como acicate de la voluntad de la víctima explotada por la lesión: no hay indicación subjetiva de causas. Basta la pura existencia objetiva de un determinado arco de desequilibrio patrimonial para que actúe como causa rescisoria, sin que se exija en absoluto que la violación a la justicia conmutativa se haya llevado a cabo por candidez, apremio, impericia u otras circunstancias. Igual que en el tratamiento de la lesión en la compraventa (...) solo se destaca una relación de desequilibrio entre el valor de las prestaciones de las partes. Véase MERELLO (1979) p. 104.

²³ Así opina Baudry-Lacantinerie, quien dice: “Una vez pronunciada la rescisión, el comprador está obligado a restituir el inmueble vendido, pero es libre para evitar esa restitución pagando el suplemento del justo precio con la deducción establecida. En cuanto al vendedor, no puede exigir este suplemento, cuyo pago es una simple facultad para el comprador. La obligación que este tiene, después que se ha pronunciado la rescisión no es una

nado al otro. No se otorga a la víctima de la lesión. Se trata de un derecho que deberá ser ejercido solo una vez que se establezca, por sentencia ejecutoriada, la existencia de lesión enorme. Antes, solo existirá una probabilidad de lesión, que solo se transforma en certeza con la sentencia firme.

Cabe destacar que en el Proyecto de 1842, el título XXII, artículo 57 inc. 2° otorgaba la posibilidad al contratante que incurrió en la lesión, de “dar por nula la venta”. El cambio a la normativa actual, que se produjo en el Proyecto de 1853, trajo consigo una mayor propiedad en el uso del lenguaje jurídico. Esto, porque el contratante no “da por nula” la venta, sino que solicita la nulidad al juez, siendo este último quien la declara, no el contratante. Así, en una etapa intermedia, en el Proyecto de 1847, art. 380 inc. 2°, se mencionaba la frase “pedir la nulidad”, claramente más perfecta que la del citado Proyecto de 1842, y todavía más perfecta que la definitiva “consentir en la nulidad”.

También en el Proyecto de 1842 se establecía que, de optar la parte vencida por mantener los efectos del contrato, debía enterar el precio (comprador) o restituir (vendedor) previa evaluación de peritos. La idea de la evaluación pericial fue muy probablemente extraída de la normativa del *Code Napoléon*, que la contempla para acreditar la existencia de lesión enorme²⁴. La norma no prosperó, siendo descartada por Bello ya en el Proyecto de 1847. Con todo, debemos destacar que en los litigios en que se ventila la existencia de lesión, resulta prácticamente ineludible recurrir al dictamen de los peritos²⁵.

4. EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

4.1. EL CONTRATANTE VENCIDO CONSIENTE EN LA RESCISIÓN

Como primera prevención –de tipo semántico–, debemos decir que el contratante vencido no “consiente” en la rescisión. La rescisión es nulidad, y como tal ha de importar una sanción legal, que se aplica sin atender a la voluntad de las partes. Si existe la causal de nulidad y se prueban los hechos invocados como fundamento de la acción, el contrato debe ser dejado sin efecto y, con ello, producirse la extinción de las obligaciones en él contenidas. Sin embargo, se entiende el sentido en que Bello utilizó la palabra consentir. Así como el contratante vencido tiene un derecho de opción que contempla mantener vigente el contrato, tiene también la posibilidad de “consentir”, o más bien resignarse a que los efectos de la rescisión se produzcan.

obligación alternativa (...) es una obligación facultativa”. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE: *De la vente*, número 726, p. 728, citado por ALESSANDRI (1918) p. 1131.

²⁴ El art. 1677 del *Code*, señala que “no podrá admitirse la prueba de la lesión sino por sentencia, y solo en el caso de ser los hechos articulados bastante verosímiles y graves para hacer presumir la lesión”. El artículo siguiente es categórico en cuanto a que “esta prueba no puede hacerse sino por el informe de tres peritos, los cuales estarán obligados a formar entre todos una sola sumaria y dar un solo dictamen a pluralidad de sus votos”.

²⁵ Por citar un par de ejemplos: Moisés Vergara con Luis Vergara (2008): “Considerando octavo. Que la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales reiteradamente han señalado que para determinar en este tipo de juicios el justo [precio] de venta de una propiedad es menester de forma imprescindible que se efectúe un informe pericial de la propiedad en litigio y si aquella probanza no se produjera en el juicio, indefectiblemente procede que el tribunal rechace la acción intentada al respecto”; Patricio Eugenio Díaz Broughton y otros con Inmobiliaria Plamher S.A. (2009).

Al tratarse de una nulidad, es aplicable el artículo 1687, en cuanto restituye a las partes “*al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”. Deberán, por tanto, aplicarse las reglas generales sobre nulidad, salvo que –por un principio de especialidad– la ley las modifique. Esto último sucede en lo dispuesto por el artículo 1895, que ordena al comprador que deba restituir la cosa, purificarla previamente de los derechos reales constituidos sobre ella. La norma constituye una clara excepción a los efectos generales de la nulidad, puesto que el efecto retroactivo no es tan intenso como para hacer desaparecer *ipso iure* los demás derechos reales que existen sobre la cosa. Con ello se busca proteger los derechos adquiridos por los terceros, sin sujetarlos a la incertidumbre de la declaración de nulidad de actos celebrados tiempo atrás sobre la cosa.

Como hemos mencionado con anterioridad, el inciso segundo del art. 1890 señala que “*no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato*”.

En cuanto a los frutos, este artículo considera al contratante vencido como poseedor de buena fe, ya que, hasta entablarse la acción de rescisión, el comprador ignoraba la existencia de una desigualdad intolerable en las prestaciones. No es más que una aplicación del concepto de buena fe consagrado en el artículo 706. Y es, también, una excepción al art. 907 inc. 3º, que exime al poseedor de buena fe de restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. El artículo 1890, en cambio, se basa en la *interposición* de la demanda, no en su contestación.

Respecto de los intereses, estos solo se deben desde la fecha de la demanda²⁶; en consecuencia, desde el tiempo que media entre la celebración del contrato y la demanda, nada se debe por este concepto.

El inciso segundo del artículo 1890 es muy similar a su par del *Code Civil*. El artículo 1682 inciso 2º del *Code* indica que si el comprador prefiere devolver la cosa y recobrar el precio, restituye también los frutos desde el día de la demanda. El inciso 3º, por su parte, ordena que –asimismo– le corra el interés del precio que pagó desde el día de la misma demanda, o desde el día del pago, si no ha percibido frutos.

Tal como sostiene Alessandri, es bastante probable que la fuente remota de Bello en esta materia haya sido Pothier. En efecto, se puede comparar lo dispuesto en nuestro art. 1890 respecto de las expensas del contrato, con la frase de Pothier: “*le vendeur qui a vendu de bonne foi n'est tenu qu'à la restitution du prix, et non au remboursement des frais du contrat, et de tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur pour l'acquisition*”. La parte final del art. 1890, es muy similar, ya que impide pedir “*cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato*”.

Hasta este momento, hemos efectuado el análisis del derecho de opción del contratante vencido como si proviniera de una verdadera nulidad. Pero eso es algo perfectamente discutible.

En primer lugar, es extraño que el contratante vencido, luego de haberse declarado por sentencia firme la existencia de la *nulidad* del contrato, pueda hacer subsistir la compraventa restableciendo la igualdad en las prestaciones. Si ya existe cosa juzgada en ese jui-

²⁶ Si nada se ha estipulado, es lógico que se deban los intereses legales, que son los que operan por defecto, según el artículo 2207 del Código Civil y el art. 28 de la Ley 18.010.

cio, ¿por qué la ley permite una suerte de “resurrección” del contrato, que ya había muerto con la sentencia²⁷?

Algunos autores se han preguntado si la lesión enorme es un vicio del consentimiento y, al contestar esa interrogante –en forma negativa–, han agregado que la acción rescisoria que emana de la lesión es particular y sus efectos no se rigen por las normas del Título XX del Libro IV del Código Civil, sino por reglas especiales que el Código da en cada caso en que sanciona la lesión y, en especial las contenidas en el Párrafo “De la rescisión de la venta por lesión enorme²⁸”.

Como puede verse, la *rescisión* en análisis presenta propiedades muy singulares que la diferencian de otras especies de nulidad²⁹. Esto nos lleva a preguntarnos si la rescisión por lesión enorme en la compraventa es una verdadera nulidad; o se trata de una “nulidad *sui generis*”, regulada por Bello en términos tan peculiares que no es posible enmarcarla en los cánones clásicos del Código Civil.

4.2. EL CONTRATANTE VENCIDO RESTABLECE LA IGUALDAD PERDIDA

Si el contratante vencido opta por restablecer el justo equilibrio en la contratación, desaparece con ello la causa para alegar la rescisión y los efectos del contrato pueden mantenerse. Esto implica, en primer lugar, que el comprador podrá conservar la cosa comprada y, si es el vendedor quien ha sufrido la lesión, podrá obtener un precio justo por la cosa que vendió.

Siendo el comprador el contratante vencido en el juicio, podrá completar el justo precio con deducción de una décima parte. Al contrario, si resulta vencido el vendedor –por haber sido él quien provocó la desigualdad–, podrá restituir el justo precio aumentado en una décima parte.

5. EL PROBLEMA DE LA DÉCIMA PARTE

Lo primero que podríamos preguntarnos es el porqué de la diferencia de un décimo del precio, que conservan las partes y no restituyen a la otra.

²⁷ Al respecto, Alessandri Besa es de la opinión de que es posible confirmar el acto nulo por lesión enorme. Pero dicha confirmación solo podría producirse antes de que el juez dicte sentencia. Esto porque la definición de confirmación que el mismo autor da es “la renuncia del derecho de alegar la nulidad”. Y solo es posible renunciar a ese derecho antes de demandar la rescisión. Véase ALESSANDRI BESA (2008) p. 261, 276 y 277.

²⁸ Son de esta opinión: ALESSANDRI BESA (2008), p. 76 y Díez (1993), p. 271.

²⁹ Infante ha resumido las diferencias con la nulidad ordinaria en tres:

1. La nulidad ordinaria retrotrae a las partes al estado anterior al contrato, como si nunca se hubiese celebrado. En la acción para reclamar la lesión enorme, la ley otorga un derecho de opción, que permite hacer desaparecer la lesión, constituyendo una importante excepción a la nulidad general.
2. El art. 1689 establece que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de la cosa. En cambio, el art. 1893 niega al vendedor la acción para dirigirse contra los terceros a quienes el comprador haya enajenado la cosa.
3. La nulidad ordinaria, una vez declarada, hace caer todos los gravámenes constituidos sobre la cosa a favor de terceros. El artículo 1895, por el contrario, señala que esta rescisión no acarrea la extinción de los gravámenes reales constituidos sobre la cosa, situando al comprador en la necesidad de purificar la cosa de tales gravámenes.
4. Véase INFANTE (1958) p. 116 y 117.

La diferencia del diez por ciento que las partes pueden conservar para sí, se ha explicado en doctrina porque ese margen consiste en la *legítima ganancia* que las partes pueden adquirir producto de la venta, ya que se reconoce como natural el que las cosas no se compren con exactitud al precio que realmente valen³⁰.

Tal diferencia, fundada en una supuesta legítima ganancia de las partes, resulta impropcedente y, como veremos más adelante, problemática.

Es impropcedente, porque si se ha pronunciado la rescisión de la venta por sentencia firme, es porque ha habido tal desigualdad en las prestaciones, que la ley da la posibilidad a la parte afectada de retrotraer los efectos del contrato al estado anterior a la venta. Ha existido una diferencia tan grande entre las prestaciones de ambas partes que se ha tornado intolerable, y por eso la ley la sanciona. Pero luego, la misma ley –viniendo contra su acto propio–, permite, al que ha causado la lesión, conservar una ganancia que es de suyo ilícita. En otras palabras, ese margen de un décimo resulta injusto, porque proviene del perjuicio experimentado por una parte y que solo se hubiese justificado si hubiese provenido de un contrato celebrado en condiciones mínimamente equitativas, y no es el caso.

Por otro lado, es una diferencia problemática, porque es inductiva a error. La frase utilizada por el artículo al referirse a la opción del vendedor es ambigua. Dice el art. 1890 inciso 1º, en la parte referida: “y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte”. Esta frase puede ser entendida de dos maneras que nos llevarían a soluciones bien distintas.

Una primera alternativa sería considerar que lo que se *aumenta* es el justo precio y ese resultado a su vez se resta de lo recibido. Así, si el justo precio es 100 y el comprador ha pagado 210, el justo precio debe ser aumentado en una décima parte (110) y esto se resta a los 210 recibidos por el vendedor. Es decir, este último devuelve 100.

Una segunda alternativa implica interpretar que el aumento de un décimo a que se refiere la norma, se aplica sobre “el exceso del precio recibido sobre el justo precio”. Tomando los datos anteriores, si el justo precio es 100 y el exceso del precio recibido sobre el justo precio es 110 (210-100), debemos aumentar esta cifra en un décimo. Con lo que concluimos que el vendedor ya no restituye 100, sino 121.

Ilustremos un poco mejor el ejemplo dado: si Pedro es el vendedor, ha sufrido lesión enorme porque vendió el predio en 40 millones, en circunstancias de que el justo precio es 100 millones. Como se ha decretado la rescisión, si Juan (comprador) quiere mantener los efectos del contrato, deberá pagar a Pedro 50 millones. Tal cantidad resulta al restarle al justo precio un décimo (quedando 90 millones), menos la cantidad efectivamente pagada (40 millones). Por otro lado, si quien sufre la lesión enorme es ahora Juan, significa que él ha pagado más de 200 millones. Pensemos que pagó 210. Para que Pedro pueda mantener vigente los efectos del contrato, deberá restituir al comprador 100 millones. Dicha cifra

³⁰ Así, por ejemplo, Carlos Tolosa se pregunta: “¿Qué fundamento tiene el aumento o la disminución de la décima parte a que alude este artículo, según se trata de restituir al comprador o al vendedor? La única razón que se da y que se conoce es la que se hizo valer en el Consejo de Estado francés: ahí se dijo que esa décima parte representaba el legítimo beneficio del comprador, que seguramente no habría comprado si no hubiera tenido en vista algún beneficio ya que casi nunca se compra una cosa en su valor exacto”. Vid. TOLOSA (1926) p. 30.

resulta de aplicar en forma correcta lo dispuesto en el artículo 1890 inc. 1º, que impone al vendedor la obligación de “*restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte*”. Lo que significa que primero hay que establecer a cuánto asciende “*el justo precio aumentado en una décima parte*” –que son 110 millones–, para luego proceder a restarlos del precio pagado por el comprador (210 millones-110 millones), dando el resultado final de 100 millones.

Hubiese sido menos conflictivo que Bello permitiera restablecer a las partes al estado anterior, sin la posibilidad de conservar de la ganancia de la décima parte. De ser así, si el vendedor hubiese experimentado lesión enorme –al vender a menos de la mitad del justo precio–, el comprador hubiese eliminado la lesión al enterar lo que faltaba para completar el justo precio. Y al revés, si fuese el comprador el lesionado, el vendedor podría evitar los efectos de la rescisión devolviéndole al primero lo recibido en exceso del justo precio.

6. EL PROBLEMA DE LA DESIGUALDAD DE TRATO HACIA EL VENDEDOR Y COMPRADOR

La doctrina ha opinado en reiteradas ocasiones que la ley no trata de igual manera al comprador que al vendedor, dándole una ventaja a este último³¹. En gran medida, los que así opinan tienen razón. Esto, porque el empobrecimiento que requiere el vendedor para alegar lesión es mucho menor que el que necesita experimentar el comprador.

Así, si el justo precio es 100, el vendedor tiene que haber recibido menos de la mitad del justo precio, por ejemplo: 49. En este caso, el empobrecimiento que ha experimentado el vendedor es de 51. En cambio, para que el comprador pueda alegar lesión enorme, debió de haber pagado más del doble del justo precio, por ejemplo: 201. En el mismo ejemplo, el vendedor se vio perjudicado en 49 y el comprador en 101.

¿De dónde proviene, entonces, esta disposición del Código que trata con mayor benevolencia al vendedor lesionado que al comprador?

Esto tiene una explicación histórica, relacionada directamente con las fuentes que sirvieron a Bello para perfilar la institución. El origen de la interrogante planteada puede resumirse en el conflicto *laesio ultra dimidium* versus *laesio ultra duplum*, que Guzmán Brito se ha encargado de desarrollar en Chile³².

El conflicto se remonta a los glosadores Azo, por un lado, y Martino y compañía, por otro, que utilizaron formas distintas de calcular la lesión. De este modo, Azo interpretaba la *Lex 2* aplicando la misma medida a ambos contratantes, aplicando “la fracción mitad siempre al justo precio de la cosa: el vendedor sufre lesión si recibe un precio inferior a la mitad del justo precio de aquella; y el comprador, si paga un precio mayor al justo precio más su mitad también de aquella”³³ –criterio *ultra dimidium*–; y Martino, en cambio, aplicaba “la fracción mitad a valores distintos: al justo precio de la cosa en el caso del vendedor (cuando recibe un precio inferior a la mitad del justo precio de ella), y al precio pagado en el caso del comprador

³¹ Véase, por ejemplo, HENRÍQUEZ (1904), p. 14.

³² Para examinar con detalle los criterios seguidos por el Código para medir la lesión, ver GUZMÁN BRITO (2005) p. 207 a 251.

³³ GUZMÁN BRITO (2005) p. 214.

(cuando recibe una cosa inferior a la mitad del precio que paga por ella)³⁴ –criterio *ultra duplum*–. Así, para Azo, cuando el justo precio de la cosa es 10 y el comprador paga 16, puede pedir la rescisión, porque fue perjudicado en 6, cifra que es superior a cinco (=mitad del justo precio). En el mismo ejemplo, para Martino y otros, el comprador no podría pedir la rescisión porque no fue perjudicado en más del doble del justo precio de la cosa recibida. Para este segundo criterio, debiese haber pagado al menos 21³⁵.

Las opiniones contrapuestas de los glosadores se traspasaron a las Partidas. Así, en la V Partida se sigue la doctrina de Azo y en la IV, la de Martino. Es decir, en un mismo cuerpo legal –fuente directa de Andrés Bello– hay dos formas distintas de medir la lesión para el comprador.

Esa contradicción pasa luego a los Proyectos de Código de Andrés Bello, quien cita –y toma como apoyo– la V Partida hasta el Proyecto de 1853, pero en el “Proyecto Inédito” cambia de fuente, tomando como referencia la IV Partida. Fue este brusco cambio de parecer el que introdujo la contrariedad ya indicada, en tanto dificulta al comprador alegar la lesión, que solo podrá reclamar si lo dado por la cosa supera el doble del justo precio y no solo la mitad.

Frente a las críticas que la doctrina efectuó a la supuesta situación privilegiada en que el artículo 1890 habría puesto al vendedor³⁶, el mismo Andrés Bello salió en defensa de la fórmula adoptada por la norma. Para lograr este objetivo, publicó un artículo en el

³⁴ GUZMÁN BRITO (2005) p. 214.

³⁵ GUZMÁN BRITO (2005) p. 214.

³⁶ Entre tales críticas se encontraba la de Enrique Cood, quien escribió un estudio sobre la lesión enorme en los contratos conmutativos en el cual, según Miguel Amunátegui, censuraba la disposición contenida en el art. 2067 del Proyecto de 1853. La verdad es que esa referencia está equivocada, pues el cambio de criterio solo se hizo manifiesto en el “Proyecto Inédito”. Según plantea Alejandro Guzmán Brito, el título dado al artículo por Cood: “La lesión enorme en los contratos conmutativos” da la pista para entender que la crítica iba dirigida al artículo 1638 del Proyecto de 1853, que trataba, precisamente la lesión en ese tipo de contratos. Véase GUZMÁN (2003) p. 239.

El estudio de Enrique Cood señala de manera directa que “en un mismo contrato se concede a una de las partes la acción rescisoria más fácilmente que a la otra”. Incluso da un ejemplo para ilustrarlo: “Yo quiero desprenderme de una cosa (valor diez) por otra que tú me has de dar. O tú me das una cosa cuyo valor yace entre cinco o quince, o me das una cuyo valor es menos de cinco, o bien, más de quince. Según nuestra actual legislación, el primero de estos tres casos no da lugar a rescisión; el segundo y el tercero, sí. ¿Es justa la regla? –sí, porque si yo perjudico o soy perjudicado en más de cinco, concede la acción rescisoria; igualmente, si tú perjudicas o eres perjudicado, concede igual acción: igualdad perfecta. Según el proyecto, el tercer caso no da lugar a rescisión, sino cuando el valor de la cosa que tú me das excede de 20 [la alusión a Martino no puede ser más clara]. ¿Es justa la regla? –No, porque yo tengo acción cuando me perjudicas en cinco, y tú no tienes sino cuando te perjudico en diez: desigualdad evidente”. Vid. AMUNÁTEGUI (1958) p. 4.

Como respuesta al escrito de Cood, Bello exclama: “es increíble el embrollo que en una cuestión tan sencilla ha producido la frase justo precio. ¿Qué es el justo precio en el contrato de venta? –el valor monetario de la cosa vendida, el valor de la cosa expresado en dinero– ¿qué es el precio pagado por el comprador? Otro valor monetario. La lesión resulta necesariamente de la razón en que se hallan entre sí estos dos valores monetarios”. Continúa diciendo Bello que “la lesión no se mide por números sino por razones geométricas. El que vende por 94 una cosa que vale 100, sufre en su fortuna el mismo menoscabo que el que vende por 4 una cosa que vale 10: ambos son perjudicados en 6; sin embargo, nadie dirá que esta es una razón para que se dé al primero la acción rescisoria que se concede al segundo. –No, replican, no hay paridad, porque en el segundo caso 6 es más de la mitad del justo precio de la cosa vendida [los dardos de Bello ahora apuntan a Azo], y en el primero no”. Véase AMUNÁTEGUI (1958) p. 6.

periódico “El Araucano” que explicaba con detenimiento la lógica proporcional y no meramente aritmética de la norma. Así, señala que “la regla del proyecto es igual para ambas partes; compara siempre el valor dado con el valor recibido y establece una misma medida de lesión para todos los casos. Nada más sencillo ni más justo”³⁷.

Más sencillo y más justo –a nuestro parecer–, hubiese sido aplicar el criterio de Azo, contemplado hasta el Proyecto de 1853 y eliminar, además, el factor de corrección representado por la décima parte del justo precio.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel (2003): *La rescisión del contrato por lesión –Enfoque doctrinal y jurisprudencial–* (Valencia, Tirant lo Blanch) 476 pp.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1918): *De la compraventa y de la promesa de venta*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta – Litografía Barcelona), Tomo II, 1402 pp.
- ALESSANDRI BESA, Arturo (2008): *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Tomo II, Tercera Edición Actualizada, 515 pp.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1888): *Obras completas de don Andrés Bello*, Proyecto de Código Civil, 1853 (Santiago, Impreso por Pedro Ramírez), Vol. XII, 644 pp.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1932): *Obras completas de don Andrés Bello*, “Proyecto Inédito” (Santiago, Edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile, Editorial Nascimento), Tomo Quinto, 630 pp.
- AMUNÁTEGUI REYES, Miguel Luis (1958): *Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile recopilados por Enrique Cood* (Santiago, Comisión Nacional Organizadora del Centenario del Código Civil) 124 pp.
- BALDWIN, John W. (1959): *The medieval theories of the just Price: romanists, canonists, and theologians in the twelfth and thirteenth centuries* (Philadelphia, American Philosophical Society), New Series, Volume 49, Part 4, 92 pp.
- CONTRERAS I., F. Armando (1897): *De la rescisión de la venta por lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Los Ángeles, Imprenta de “El Aliancista”) 19 pp.
- FIGUEROA ANGUIA, Hernán (1918): *De la lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta Fénix) 45 pp.
- GARCÍA GOYENA, Florencio (1852): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico- Editorial), Tomo III, 512 pp.
- GARCÍA VALLES, Ricardo (1962): *Rescisión por laesio ultradimidium* (Barcelona, Bosch) 132 pp.

³⁷ La respuesta de Bello a la opinión contraria –incluidas algunas fórmulas matemáticas para ilustrar la explicación, que no vino al caso repetir acá–, aparece transcrita tanto en AMUNÁTEGUI (1958) p. 5-6, como en AMUNÁTEGUI (1888), Vol. XII, p. 12-17.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): “Las relaciones entre la compraventa, la permuta y la lesión enorme: del Derecho Romano al “Código Civil” de Chile”, en: *Estudios dogmáticos de Derecho Civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) pp. 207 a 251.
- HENRÍQUEZ L, Andrés (1904): *De la lesión enorme en la compraventa civil*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta Aurora) 18 pp.
- INFANTE PÉREZ COTAPOS, Óscar (1958): *Estudio crítico de la jurisprudencia del Párrafo 13 del Título 23 del Libro IV de la rescisión de la venta por lesión enorme. Arts. 1888 al 1896*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago. Editorial Universitaria) 161 pp.
- MERELLO ARECCO, Italo (1979): “Antecedentes históricos sobre algunos aspectos del régimen de la lesión enorme en el proceso de formación del Código Civil chileno”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N°4, pp. 89 a 117.
- MERELLO ARECCO, Italo (1989): “La lesión enorme en la venta de oficios en Indias”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15, pp. 117 y ss.
- OPORTOT GATICA, Luis (1916): *De la rescisión de la venta por causa de lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta Chile) 30 pp.
- ORREGO BARROS, Carlos (1905): *La lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta y encuadernación universitaria de S. A. García Valenzuela) 73 pp.
- PARDO BUELVAS, Rafael (1966): *Introducción a la teoría de la lesión enorme*. Tesis de Grado para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho y Ciencias Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Editora El Diario) 101 pp.
- POTHIER, Robert Joseph (1821): *Traité du contrat de vente, Oeuvres complètes* (Paris, Chez Thomine et Fortic, Libraires) Tomo XIII, 500 pp.
- ROBLES- VÍA, Carlos (1897): *La lesión enorme en el contrato de compraventa y sus precedentes históricos en la legislación civil*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta de la Gaceta) 19 pp.
- SALA, Juan (1820): *Ilustración del Derecho Real de España* (Madrid. Librería de Martínez), Tomo II, Segunda Edición corregida y adicionada por su autor y arreglada la cita de leyes a la Novísima Recopilación, 348 pp.
- SALA, Juan (1844): *Digesto Romano-español, compuesto en latín para el uso de los juristas*, Traducido al castellano por Pedro López Clarós y Francisco Fábregas del Pilar (Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos) Tomo I, 242 pp.
- SILVA, Humberto (1912): *Algunas observaciones sobre la rescisión por causa de lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta Universitaria) 23 pp.
- TOLOSA FONTECILLA, Carlos (1926): *De la rescisión de la venta por lesión enorme*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Imprenta Echeverría) 72 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Moisés Vergara con Luis Vergara (2009): Corte Suprema, 8 de septiembre de 2009, ROL 1890-2008.

Patricio Eugenio Díaz Broughton y otros con Inmobiliaria Plamber S.A (2009): Corte Suprema, 21 de enero de 2009, ROL 3329-2007.

Ana María Watkins Sepúlveda con Juan Watkins Sepúlveda (2004): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 2004, ROL 6920-1999.