

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
PERÚ**

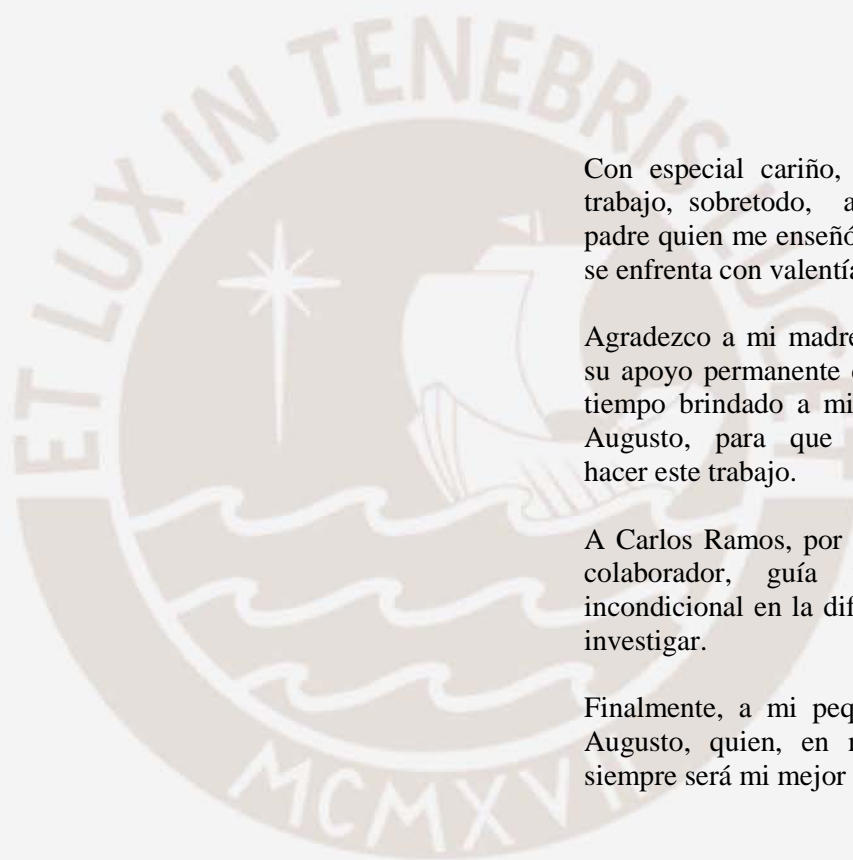
ESCUELA DE GRADUADOS



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DEFECTO
DE LOS PRODUCTOS EN LA LEY DE
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTADA POR LA MAGISTER DOÑA
SILVIA ROXANA SOTOMARINO CÁCERES**

LIMA, 2006.



Con especial cariño, dedico este trabajo, sobretodo, a Mario, mi padre quien me enseñó que la vida se enfrenta con valentía.

Agradezco a mi madre Olga, por su apoyo permanente como por el tiempo brindado a mi hijo Mario Augusto, para que yo pudiera hacer este trabajo.

A Carlos Ramos, por ser siempre, colaborador, guía y Maestro incondicional en la difícil tarea de investigar.

Finalmente, a mi pequeño Mario Augusto, quien, en mi corazón, siempre será mi mejor producto.

“The remedies of injured consumers ought not to be made to depend upon the intricacies of the law of sales. The obligation of the manufacturer should not be based alone upon privacy of contract. It should rest, as was once said, upon “the demands of social justice.”

Walter C. Noyes, en *Ketterer v. Armour & Co.*,
200 F. 322, 323 (S.D.N.Y. 1912)

“El mundo quiere ser engañado, engañémosle pues.”

“Mundus vult decipi, ergo decipiatur.”

Frase atribuida al Cardenal Carlos Caraffa, sobrino de Pablo IV, y Legado Pontificio cercano a Enrique II, Rey de Francia.

I. PRIMERA PARTE

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y SU DESARROLLO:

La generalidad y la particularidad de la responsabilidad civil y la de productos a través del tiempo.

La aproximación conceptual y las pautas del cambio.

El tránsito histórico de la responsabilidad civil por productos hasta la propuesta de protección al consumidor.

Las propuestas en el ámbito mundial.

Las diferencias en los modelos: Europa y los Estados Unidos de América.

Los avatares en Europa.

La perspectiva de la Unión Europea.

Francia.

Alemania.

Italia.

España.

Gran Bretaña.

Otras propuestas.

La perspectiva del Derecho de los Estados Unidos de América.

Poder económico y desarrollo. Las particularidades del Derecho norteamericano.

La aproximación al desarrollo histórico.

La consagración del principio *Strict Liability* o de responsabilidad estricta por productos defectuosos.

Las propuestas en el ámbito nacional.

Codificación y responsabilidad civil.

La responsabilidad en el Código Civil de 1984.

Las opciones del Código civil vigente para tratar la responsabilidad civil derivada del defecto de los productos.

La tutela del consumidor y la propuesta de la ley especial para una realidad heterogénea y de recursos escasos.

SEGUNDA PARTE

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Objetivo central de este Apartado.

Particularidades del defecto y del producto.

Sobre el producto.

Apuntes generales.

Hacia las facetas del producto.

Los “mil rostros” del producto.

La presencia de la relación de consumo.

Sobre el defecto.

Apuntes generales.

Aproximación al ofrecimiento de seguridad como elemento para la calificación del defecto.

2.2.2.2.1. Las bases del derecho a la seguridad. La percepción humana de la seguridad y el desarrollo de la respuesta jurídica.

2.2.2.2.2. Apuntes sobre el desarrollo jurídico del derecho a la seguridad.

2.2.2.2.3. Las posibilidades de delinear el derecho a la seguridad para calificar la defectuosidad considerando las propuestas del Derecho Comparado y la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país.

2.2.2.2.3.1. El análisis del *test de riesgo-utilidad*.

2.2.2.2.3.2. Las expectativas del consumidor.

2.2.2.2.3.3. La utilización del *test de las “dos puntas”*.

2.2.2.2.3.4. Hacia una propuesta integrada para analizar el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho.

Las circunstancias que modelan al defecto.

El diseño del producto.

La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o el empleo de instrucciones o advertencias.

El uso previsible del producto.

Los materiales, el contenido y las condiciones del producto.

2.2.4. La clasificación del defecto.

Los rostros del defecto en las resoluciones administrativas y judiciales.

Tratamiento administrativo.

Sobre el defecto de fabricación.

La historia de un producto riesgoso: El medicamento *Dyazide*

La noción de producto riesgoso, de consumidor razonable y otros.

Peligrosidad y riesgo.

La concepción de consumidor razonable.

Garantía implícita.

Los lineamientos referidos a la carga de la prueba y otros temas.

Poder Judicial y responsabilidad civil: entre la realidad y la ficción.

Resoluciones judiciales sobre productos defectuosos.

Aproximación a la conducta de los operadores jurídicos en diversos casos.

TERCERA PARTE

3. LA PROYECCIÓN DE DIVERSOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Objetivo central de este Apartado.

Apuntes sobre el responsable del daño.

La figura del proveedor.

Apuntes sobre la causalidad.

Notas sobre el daño y la indemnización.

CUARTA PARTE

4. PROPUESTAS COMPLEMENTARIAS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

Hacia el cumplimiento de la función.

4.1.1. Lineamientos para la aplicación efectiva de las reglas de responsabilidad civil por productos defectuosos.

Aspectos de la protección en sede judicial.

Acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional.

Los intereses difusos en el ámbito nacional. Los conceptos de interés, legitimidad y acción.

Modelos de acciones colectivas.

Acciones de Clase o *Class Action* en el Derecho de los Estados Unidos de América.

Casos emblemáticos de Acciones de Clase.

Litigios por el consumo de tabaco.

Litigios por daños causados por el Asbesto.

Litigios por el uso del Dalkon Shield.

Litigios por implantes de silicona.

La experiencia del Derecho comparado y el Derecho nacional.

Mecanismos adicionales de facilitación para la protección a los consumidores.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil por productos defectuosos conforma esa área del Derecho que se percibe como propuesta importada, muchas veces temida y otras deseada, de una sociedad litigiosa y compleja como la de los Estados Unidos de América o acaso, de países desarrollados en donde el consumo es un credo o una religión, quizás la más difundida y menos cuestionada de cuantas existen en el mundo. La actividad de consumir es inherente a nuestra condición humana, dependiendo de lo que consumimos

para vivir, llevar una digna y calificada existencia o la más miserable de las vidas. Los defectos de los productos, nos enfrenta, a esa necesidad y también a la pérdida de los bienes más valiosos, siendo el primero de ellos, nuestra propia vida y la de nuestros seres queridos.

Tal constatación debe llevarnos a reflexionar sobre el hecho de que los problemas que abarca esta área del Derecho, en ciertos aspectos, no son tan distantes de ninguna realidad por más que se quiera argumentar que la pobreza es un elemento limitante para adoptar determinadas medidas, incluidas las de seguridad, a efecto de controlar el costo de los productos y su puesta a disposición de los sectores menos favorecidos. Estas afirmaciones, sin embargo, no solo han carecido de la mínima sustentación o cálculo de la utilidad y el riesgo involucrado en la inercia sino que parece haberse olvidado, que la vida y el derecho a la seguridad son bienes fundamentales a ser protegido y respetados como premisa esencial en una sociedad.

Hay valiosas publicaciones sobre la responsabilidad por productos defectuosos realizada por José Antonio Payet en 1990 y un estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea sobre la responsabilidad del productor de Olenka Woolcott, publicado en el 2003. Respecto de la responsabilidad civil en general, tenemos las obras de Fernando de Trazegnies Granda, Juan Espinoza, Felipe Osterling y Mario Castillo, Leysser León, Alfredo Bullard y otros. Sin duda, resulta indispensable reconocer la importancia de tales trabajos para el logro de esta investigación.

La responsabilidad civil por el defecto de los productos bajo una perspectiva que se ha tornado general como es la contenida en nuestra Ley de Protección al Consumidor reclamaba, en nuestra opinión, un estudio con cargo a nuestra propia realidad. Esta es una de las contribuciones de esta investigación.

La amplitud de temas que sugiere actualmente el Derecho Comparado en esta materia, ha brindado y brinda, una fuente inacabable de sugerencias y propuestas. Ante ello, la realidad nacional impone también un contexto particular para la responsabilidad civil por los daños derivados del defecto del producto en el marco de la relación de consumo. Una propuesta sobre responsabilidad por los defectos de los productos al igual que la responsabilidad civil en general, refleja cómo las personas perciben o más bien valoran la seguridad de su propia vida y la de otros como y la de su patrimonio. Mediante esta investigación, tocamos temas que pensamos, no han sido abordados de manera profunda, en el diseño de los cimientos y las columnas sobre los cuales se requiere construir y desarrollar la convivencia frente a un tema sensible como es el derecho a la seguridad en el proceso de consumo de los productos.

Y es que el Perú se revela como un paraíso de paradojas, en el que se reclama constantemente la unidad de sus protagonistas no obstante las diferencias que impone su diversidad geográfica, cultural, social, étnica y económica, habiendo en él, mucho por hacer en el terreno de la protección al consumidor y en el de la responsabilidad civil por los productos defectuosos. Es una constante la presencia de relaciones diferenciadas ya sea en la ciudad y el campo, la capital y la provincia, y, en todo este contexto, el proveedor y el consumidor. Es un signo, el bajo nivel de instrucción y de desnutrición de su población, la informalidad generalizada que perjudica con productos inseguros pero beneficia con bajos precios, hallándose sometida su población a las opciones, a veces extremas, de liberalismo y socialismo, como a la propuesta de líderes que por períodos, crean sueños que se tornan pesadillas con más rapidez de la que resulta razonable, explotando ese resentimiento por cambios que no acaban por llegar. Una política desinteresada en la materia educativa y nutricional, ajena a las restricciones de viabilidad de los proyectos por la escasez de recursos materiales y humanos adecuados, genera miseria y esto impacta, sin duda, en cualquier propuesta jurídica. El inicio del cambio, supone, por lo menos, interés por investigar en nuestra propia realidad de seres humanos y sujetos inmersos en una cultura y en un medio social y económico particular, aceptando o tolerando nuestras diferencias, con los aspectos positivos y negativos que ellas poseen.

Resulta problema común, por ejemplo, el envenenamiento por consumo de fertilizantes que ha afectado a agricultores o habitantes de zonas rurales que conviven con estos productos. Sin dejar de reconocer el beneficio que el uso de los mismos genera, se puede hallar como causa de los problemas, el analfabetismo que impide o limita la comprensión de las indicaciones o advertencias sobre los peligros, la percepción de un contacto más oral que escrito, la poca dedicación a la lectura (de quienes saben leer) y por último, la simple irresponsabilidad del consumidor. La visión puede cambiar si se advierte que ante una realidad evidente y ante la repetición de eventos dañinos, sea razonable reclamar al proveedor, una conducta sobre el uso previsible y, con ello, la adopción de medidas para evitar el daño, lo cual puede marcar el límite o umbral entre la presencia de un producto defectuoso y uno que no pueda ser considerado como tal.

Frente a lo indicado, nos hallamos con otra realidad muy diferente aunque conectada, sin duda, al esquema fundamental de la responsabilidad por productos. Los ya famosos *Leading Cases* de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América son fundamentales para conocer los materiales con los que fue posible construir el sistema de responsabilidad que dicho país posee y que ahora cuenta con todo un aparato legal y técnico destinado a la protección de los derechos de los consumidores no obstante las diferencias que nos separan de ese primer mundo.

Aunque siempre hubo la posibilidad que se generarán daños por productos y de hecho, éstos causaron perjuicios a las personas o a sus bienes, nada se iguala a los procesos de fabricación y colocación de productos en el mercado que se han venido impulsando desde hace cien años, incentivados por la globalización y los avances de la ciencia y la tecnología. La *thalidomida* ⁽¹⁾ y la carne de las "vacas locas" generaron daños adquiriendo un perfil particular al ampliarse el universo de consumidores lo que multiplicó la potencialidad dañosa de tales productos. Es una incógnita lo que nos depara el futuro.

Se afirma que pasamos por un renacimiento tecnológico o por un "profundo movimiento dialéctico" desde hace algunos años. Ese proceso fascinante, nos coloca ante la fortaleza pero también a la fragilidad del individuo y de diversas sociedades ante los acelerados procesos de desarrollo y consumo. Ante el incremento de la magnitud y las posibilidades de que se causen daños por los defectos de los productos, la respuesta del Derecho no se ha hecho esperar y el panorama de la responsabilidad civil ha tendido su manto protector a través de creativas opciones en un sendero inacabable que es y será siempre luminoso cuando permita la defensa de la vida y, también, por qué no, la de los bienes.

La humanidad ha asistido a la entusiasta proclama de los principales protagonistas de un juego, a veces justo y muchas veces cruel o sin sentido en el que se ha convertido la

-
1. Bajo la *generación thalidomida*, se conoce a las personas que nacieron deformes como resultado del consumo que sus madres hicieron durante los años 1950 y 1960, de un medicamento "magnífico" para solucionar problemas de infertilidad. Así, mujeres de más de 46 naciones principalmente en Alemania, consumieron este producto el cual incluía progesterona y un relajante muscular para evitar problemas en el útero. Los problemas surgieron del uso de la progesterona lo que fue detectado tiempo después. Los niños de madres que consumieron el medicamento nacieron con graves malformaciones. Al notarse una notable incidencia de casos similares en una generación, se investigaron las causas y se descubrió que ello se relacionaba con el consumo de dicho producto adquiriendo éste el carácter de "teratógena" (del griego "teras" monstruo y "génesis" producir). Como es lógico, aunque el producto fue retirado, las firmas farmacéuticas fueron demandadas por un producto que revelaba defectos de diseño pues el fabricante no identificó los terribles efectos que la hormona generaría. Queda el caso, como una prueba de las consecuencias trágicas que el consumo de un producto defectuoso puede acarrear. Resulta interesante destacar sin embargo, que la *thalidomida* podría haber revertido su doloroso pasado y por efecto de los avances de la ciencia, constituirse en una efectiva arma de lucha contra el cáncer. Esta sería una ventaja proporcionada por el avance de la innovación. Ya desde hace algunos años, la *thalidomida* fue utilizada para curar ciertas lesiones en la piel de los leprosos. Investigaciones más detenidas, estarían determinando la posibilidad de usar el medicamento para la cura contra el cáncer.

responsabilidad civil por productos, advirtiéndose que si bien el avance del Derecho en este terreno permitió su crecimiento al facilitar la obtención de indemnizaciones para los perjudicados, un sistema extremadamente permisivo para las indemnizaciones ha generado distorsiones ya sea por los excesivos montos concedidos en las reparaciones o por lo ilógico de los supuestos ante los que se ha admitido un resarcimiento.

Son ejemplos de estos últimos supuestos, las resoluciones citadas por Ricardo de Ángel Yagüez ⁽²⁾ quien trata los precedentes de las cortes norteamericanas, confrontándonos con la excesiva protección concedida por ellas. Es emblemática la sentencia que declaró fundada la pretensión de una usuaria de hornos a microondas quien demandó al productor de estos artefactos por no haberle informado que no debía introducirse animales vivos en él. La "víctima" argumentó haber colocado a su gato en el horno para secarlo y éste falleció. Es razonable pensar que un horno de las características citadas, no podía albergar durante su funcionamiento, a seres vivos. La Corte debió considerar que un fallo como éste, creaba los incentivos para una conducta totalmente irracional del consumidor.

La percepción es que en el ámbito nacional no se ha logrado internalizar aún la protección al consumidor por los productos defectuosos. Los últimos años han sido productivos para crear una mayor cultura de reclamo por la intervención de carácter administrativo que ha actuado "disparando" la protección en el ámbito de la responsabilidad civil al difundir la problemática. Pero ello ha ocurrido un poco más en la capital habiendo mucho por hacer en provincias. El desarrollo ha tenido y tiene como permanente telón de fondo, un complejo mecanismo nacional de carácter económico y social subyacente.

La experiencia del Derecho Comparado ha sido rica al revelar los efectos que determinadas medidas pueden tener para detener o incentivar la producción. Abordamos una serie de coordenadas referidas a la responsabilidad civil por productos desde la perspectiva de la realidad nacional.

Constituye nuestra hipótesis principal, verificar que todavía no contamos con una propuesta integral y nacional para el tratamiento de la responsabilidad civil por los defectos de los productos en general y en la Ley de Protección al Consumidor de manera especial. El análisis realizado, coloca al ser humano como centro de la protección. Se ha expuesto la problemática de los productos defectuosos buscando hallar supuestos de validez general al confrontar las acciones desarrolladas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-Indecopi y por el Poder Judicial. La primera, muestra un esquema que reconoce la calidad y el poder del proveedor respecto del consumidor.

Por otro lado, vemos un Poder Judicial afectado por la cotidiana y crónica carga procesal pero también como la mayor parte de los operadores de Derecho, todavía ajeno a la problemática.

Revisar el texto de las demandas hace evidente las fallas de los operadores y autoridades para juzgar el conflicto, recurriendo por lo general, a los artículos 1969°, sobre responsabilidad subjetiva, y 1970°, sobre responsabilidad por riesgo, del Código Civil, sin presentar mayores elementos de apoyo para cuantificar el perjuicio ⁽³⁾ y sin referirse a la Ley de Protección al Consumidor. Hay que reconocer que de por medio había y hay una tendencia enraizada en la conciencia jurídica por la que se incide sustancialmente en una aproximación de carácter literal que no se complementa con ninguna otra revisión.

-
2. DE ÁNGEL, YAGÜEZ, Ricardo, *Estudios sobre el Derecho del Consumo*, Bilbao, Iberdrola S.A., 1994, p. 64.
 3. Se puede tomar como ejemplo entre muchos otros casos, lo actuado en el expediente 26717-97 en el proceso seguido por Milagritos Molina Galeano contra Eduardo Díaz Tauro, sobre indemnización por accidente de tránsito, el que se encuentra entre "Expedientes del Banco de Grados" del sótano de los Juzgados Civiles ubicado en el local del ex-Ministerio de Educación. Cabe señalar que algunos de los expedientes citados proceden de tal archivo. Otros fueron seguidos por la autora de este trabajo.

Coincidimos con Alfredo Bullard González en cuanto a que "nuestro sistema tiene que responder a esas limitaciones que le impone el subdesarrollo" (4). Sin embargo, creemos que es fundamental seguir trabajando por racionalizar los recursos sin dejar todas las respuestas en un mercado nacional, todavía débil en la protección al consumidor.

Nuestro trabajo presenta una primera aproximación al tema a partir de una revisión de la responsabilidad civil en general y de los productos defectuosos en particular. Creemos que ella explica el manejo actual y nos da la oportunidad de sorprendernos con respuestas extremas que la historia nos muestra frente a graves riesgos. Esas propuestas fueron acordes con la finalidad que se buscó en cada momento. El análisis nos permite concluir que se estableció una tendencia para la responsabilidad por productos que no se agota en la mera revisión temporal ni descriptiva aún cuando ésta última también resulta importante para diseñar una estrategia nacional.

Una segunda línea argumentativa supone identificar el entorno de la protección a través de la revisión del marco institucional en donde se ha evaluado, en concreto, objetivos y la eficacia de la respuesta. Se ha recurrido, además, a un análisis de las resoluciones administrativas y judiciales para la determinación de principios. Se han verificado los criterios de razonabilidad que fluyen de las resoluciones dictadas a nivel nacional por el Poder Judicial y por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial – el tantas veces mencionado Indecopi, confrontándolas con otras coordinadas dictadas por otros sistemas y por la doctrina.

Se ha recurrido a una revisión funcional incluyendo el Análisis Económico del Derecho y la ayuda de los trabajos existentes en el ámbito de la Psicología de la motivación, la que nos ha permitido construir la noción de la expectativa del consumidor.

Se ha abordado también, la teoría general de la aplicación o la ejecutabilidad del Derecho procurando la aplicación efectiva del régimen de protección vigente en el Derecho sustantivo.

La dogmática y la exégesis, han sido empleadas pero al servicio de una metodología funcional que ha recurrido a un manejo de otras disciplinas para someterlas al análisis jurídico.

Por último, con esta investigación, quisiéramos rendir un pálido homenaje a mi padre, Mario Sotomarino Gonzáles quien por más de veinte años, soportó haber quedado parapléjico tras ser impactado en la parte posterior, el automóvil Volkswagen que él conducía. El conductor del vehículo que causó el accidente se dio a la fuga y nunca fue ubicado. Pero el auto de mi padre, tampoco llevaba ningún accesorio de seguridad como el respaldo alto que protegiera la columna vertebral de los pasajeros ni cinturones de seguridad pese a que en el año 1979, cuando ocurrió el accidente, ya se sabía de la conveniencia de contar con estos accesorios. No había muchos lugares para hacer los ajustes y menos, una política clara para la seguridad. Poco se sabía del tremendo impacto que generaba la ausencia de tales accesorios en estos accidentes. Menos aún, se concebía que pudiera ser defectuoso un producto como el que conducía mi padre cuya médula espinal quedó dañada para siempre. A través de un conjunto de medidas tendientes a la ejecutabilidad o *enforcement*, de las reglas administrativas, se impuso hace relativamente poco tiempo, el uso del cinturón, internalizando en las personas, esta medida básica para proporcionar seguridad. Una acción concertada, permitió que los peruanos nos coloquemos el cinturón de seguridad, con el apoyo de las autoridades policiales. Pero son muy pocas las acciones que se establecen en este sentido.

Quizás, debemos asumir que nuestro problema, radica en la necesidad de trabajar, con todas las armas posibles, en la mejora del capital humano protegiéndolo y, con ello, reforzando la propia estima, el conocimiento de lo mucho que valemos los peruanos y las peruanas a través de la búsqueda de un sistema de responsabilidad civil que reconozca y ratifique, el derecho a vida y a la felicidad.

4 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Derecho Civil Patrimonial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 251. El artículo citado, perteneciente a Alfredo Bullard, antes citado es "Responsabilidad Civil y Subdesarrollo".

Los daños de Mario nunca fueron resarcidos como ocurre muchas veces en nuestro país. Ojalá que recordarlo como el haber hecho este trabajo, sirva para generar reflexión, la inquietud por seguir la pista de la investigación de la realidad nacional y, con ello, perseguir el cambio y la solución de los problemas en el ámbito de la responsabilidad civil por los defectos de los productos.



PRIMERA PARTE

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS Y SU DESARROLLO.

1.1. La generalidad y la particularidad de la responsabilidad civil y la de productos a través del tiempo.

1.1.1. La aproximación conceptual y las pautas del cambio.

"Hay conceptos como la propiedad, la teoría de las obligaciones, la responsabilidad, que son, empleando una metáfora, como haces de luz que pueden colorearse diversamente al pasar a través del filtro de los derechos especiales pero que siempre conservan sus características originarias y la necesaria relación de dependencia con su razón de ser que es el foco del cual provienen" (1).

La revisión de los antecedentes históricos y el panorama sobre el estado de la cuestión de la responsabilidad civil en un ámbito general y la de productos en particular, se inicia con las ilustrativas palabras del jurista peruano Manuel de la Puente y Lavalle, de su tesis sobre responsabilidad civil en el Derecho aeronáutico con la que se graduó de Bachiller en Derecho. La atención de los conflictos derivados de los daños por productos defectuosos, debido a su carácter masivo, se realiza en nuestro país, el marco de la regulación sobre protección al consumidor, pero recurriendo a la institución de la responsabilidad civil.

Tal referencia supone complementar los conceptos del Derecho civil con el de la Protección al Consumidor a través de soluciones normativas específicas, tuitivas o de orden público y de carácter preventivo (2). La respuesta jurídica, sin embargo, ha producido herramientas de protección de carácter más bien transversal adaptando, en su afán de protección a las víctimas, reglas de materias diversas del Derecho, antes ubicadas en compartimientos tradicionales y aparentemente estancos como el de los derechos constitucionales y otros.

Como parte de la naturaleza humana, superada la mezcla primitiva de agresividad innata, deseos de venganza privada y dolor así como remordimiento frente al daño, la responsabilidad civil ha canalizado el cúmulo de situaciones y emociones que el daño produce, materializando la función de enfrentar los hechos y repararlos. De ello se deriva una función preventiva al procurar evitar la repetición del daño, otra destinada a diluir la carga del perjuicio facilitando su reparación (recurriéndose en este caso, a la seguridad social y al seguro privado) y un aspecto punitivo o de pena privada (3).

Henri, Léon y Jean Mazeaud, en su clásico *Lecciones de Derecho Civil* (4), consignan una breve pero efectiva, noción de responsabilidad civil señalando que

-
1. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *La Responsabilidad Civil en el Derecho Aeronáutico - daños causados por aeronaves a terceros en superficie*, Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1946, pág. 13.
 2. GHERSI, Carlos, WEINGARTEN, Celia, *Defensa del Consumidor*, Rosario, Santa Fe, Nova Tesis, 2005, p. 7.
 3. LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Primera Edición en Español, Medellín, Legis, 2004, p. 21. Para este autor, se debe diluir la carga del daño pues "pues sería inequitativo que éste sea soportado solo por quien lo ha causado."
 4. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 1.

una persona es responsable civilmente cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otra.

Giulio Ponzanelli señalaba que era fácil responder la pregunta sobre qué es la responsabilidad civil; más difícil era dar una solución en torno a cual es su función (5). Resaltaba Ponzanelli, en torno a la primera cuestión, que ella está referida normalmente, a la consecuencia provocada por la actividad humana que causa un daño en la esfera jurídica de otro. Si bien el daño se difunde de manera diferente, sea extrapatrimonial o patrimonial, interesa la posibilidad concreta de la reparación.

Por otro lado, se discute la denominación asignada a la institución utilizándose términos como el *Derecho de Daños* o simplemente, el clásico *Derecho de la Responsabilidad Civil*, considerándose también, que éste se halla actualmente en un punto muy sensible de indefinición (6) al converger en él, tendencias doctrinales y jurisprudenciales hacia su ampliación y al mismo tiempo, factores que aconsejan su restricción. Con todo, la importancia de su aplicación en el terreno social e individual, hace de la institución, un instrumento capaz de proveer justicia y generar paz social.

Coincidimos con quienes plantean que la responsabilidad civil es uno de los temas en los que surge la tentación de abordarlo sin definirlo (7). El solo intento de calificación, revela las discrepancias de enfoques e ideas, "que oponen a los autores y que no dejan de encontrar su eco en la jurisprudencia y en la legislación" (8).

William Prosser inició su tratado sobre *Tort*, escrito hace aproximadamente cuatro décadas, indicando que no había sido hallada aún, una definición realmente satisfactoria del término; describió al *Tort* como el cuerpo o rama del Derecho que provee la compensación de los daños de los individuos o de los particulares, de manera prioritaria al público, por las pérdidas que ellos han sufrido (9).

Según el enfoque que se pretenda dar a la responsabilidad civil, podríamos hallar diversos matices en la definición.

Koenig y Rustad desafiaron tal aproximación, argumentando que la visión de Prosser resultaba estrecha. En opinión de dichos autores, el llamado *Tort Law* envuelve, inevitablemente, un balance entre los intereses individuales y sociales siendo necesario considerar la existencia de funciones *manifiestas* y *latentes* en el régimen del *American Tort Law*. La función manifiesta más importante es la de restaurar la posición que los demandantes tenían antes del daño traduciéndola en un perjuicio sobre todo, monetario. De no existir tal derecho, las pérdidas recaerían en la víctima o en los miembros de su familia o en los contribuyentes que abonan sus impuestos y cubren estos daños con la atención pública a las víctimas. La función latente, sería la de considerar el público papel que desempeña el *Tort* de dirigir las conductas negativas y corporativas, hacia los responsables, sin la

-
5. PONZANELLI, GIULIO, *La responsabilità civile-profilo di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 9.
 6. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial Civitas, 1999, p. 19.
 7. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Delictual y Contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, Tomo Primero, Volumen I, Traducción a la Quinta Edición, 1957, p. 1.
 8. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Ibidem*. p.1.
 9. PROSSER, William L., *Handbook of the Law of Torts*, publicada por St. Paul, Minn, por West Publishing Co., en 1964, p. 1. KOENING, Thomas H. Y RUSTAD, Michael L., *In Defense of Tort Law*, New York and London, New York University Press, 2001, p.p. 1 y 11. Además de describir los distintos casos de los que se ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, procuran aclarar mucho de la "satanización" de la que han sido objeto sus fallos y, en general, el régimen vigente en dicho país.

intervención de una rígida política burocrática por parte del gobierno (10). Añaden Koenig y Rustad, que los litigantes privados que accionan por *Tort*, sirven a los públicos intereses por los productos y las prácticas peligrosas que permanecen sin descubrir; esa faceta pública es raramente reconocida en las escuelas de Derecho, en las decisiones de las cortes y la actividad de los litigantes. Tales defensores del sistema norteamericano de *Tort*, precisan que, además de actuar bajo la manifiesta función de aliviar los aprietos o las angustias de los lastimados o perjudicados, a través de la función latente, agrega o conforma una *causa de justicia social*, según terminología empleada por John G. Fleming (11). Los abogados de los demandantes actúan en los tribunales, como *privates attorney general*, en una posición que a la larga permite se haga efectiva la función latente de modificar o simplemente eliminar del mercado, productos defectuosos como el Dalkon Shield and Copper-7 (dispositivo intrauterino que provocó serios daños asociados al sistema reproductor de las víctimas), o tampones que generaron un síndrome tóxico, anticonceptivos que afectaban gravemente los riñones y los implantes de siliconas o los productos de asbestos que causaron cáncer a quienes los usaron o estuvieron en contacto con ellos.

Guido Alpa (12) destaca que el área designada como responsabilidad civil y que, según detalla magníficamente, encuentra homóloga terminología y disciplinas en Italia, Francia, España, Portugal y América Latina, "connota en todas partes - también en Alemania, Inglaterra, Estados Unidos de América-, el mismo fenómeno: el acaecimiento de daños considerados jurídicamente relevantes, el ejercicio de actividades o el cumplimiento de actos de los cuales se deriva aquel daño, la obligación de un sujeto-a veces el autor directo y material del acto, o el sujeto elegido por el ordenamiento para que asuma económicamente las consecuencias-de resarcir al dañado" (13).

Fernando de Trazegnies, destacó, sobre la *moderna responsabilidad extracontractual* (14), que éste es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. El acento está en el resarcimiento a la víctima antes que en el castigo al responsable. Los principios que sostienen a la responsabilidad civil extracontractual, consistentes en la determinación de la culpabilidad del causante, las consideraciones a la víctima, a la responsabilidad de la sociedad o a la distribución social del riesgo, justifican la transferencia del peso económico del daño (15).

Más por la fuerza de la tradición que se ha reflejado en la regulación, que por la reflexión jurídica, nos hemos acostumbrado a mantener la férrea distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Mientras que en el *Common Law* la diferencia entre *Tort* y los aspectos vinculados del *Contract* es bastante frágil (16), en nuestro sistema, la distinción presentó marcadas diferencias que, como subraya Alpa, han comenzado a esfumarse por lo que puede decirse que no habría una diferencia por "naturaleza" sino sólo una de régimen (17).

Otros autores nacionales han resaltado los aspectos fundamentales de la responsabilidad civil bajo una óptica unitaria. En este sentido, Juan Espinoza Espinoza, tras hacer una argumentación dogmática por la que comprueba que "la

10. *Ibidem*, p.p. 1 y 2.

11. FLEMING, John G., *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1967, 1967, p.1.

12. ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima, Gaceta Jurídica, Primera Edición en español, 2001, p. 25.

13. *Ibidem*, p. 25.

14. TRAZEGNIES, Fernando de, *La responsabilidad extracontractual*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú, Tomo I, 1995, p. 47.

15. *Ibidem*, p.p. 47 a 67.

16. ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, *Ob. Cit.*, p. 27.

17. *Ibidem*, p.p. 27 a 30.

responsabilidad civil constituye una realidad diversa de la obligación" con incidencia directa en la tutela civil de los derechos (18), resalta la posibilidad de construir una noción que comprenda los ámbitos, tradicionalmente separados, de la responsabilidad contractual y la extracontractual. Anota dicho autor que de los artículos 1321° y del 1969° del Código civil, sobre responsabilidad contractual y extracontractual, que si por incumplimiento de obligaciones fijadas en un contrato o por violar un derecho o un legítimo interés, se causan daños, es menester indemnizar (19). Concluye en que es posible definir a la responsabilidad civil, como técnica de carácter civil de los derechos u otras situaciones que tiene por finalidad imponer la reparación en el responsable, más que como un "derecho de daños (20). Para Lizardo Taboada, "la disciplina de la responsabilidad civil, está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean resultados de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional" (21). Se habla de responsabilidad contractual o de responsabilidad civil derivada de la inejecución de obligaciones, cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria; a su vez, si el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso, afirma Taboada, si existiendo tal obligación voluntaria, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de dicha obligación voluntaria sino de un deber genérico de no dañar, nos hallamos ante la denominada "responsabilidad civil extracontractual" (22). No obstante la clasificación, anotó Taboada, "debía quedar claramente establecido que la responsabilidad civil era una sola", existiendo como dos aspectos distintos, la faceta contractual y la extracontractual, las cuales "tenían el común denominador de la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados" (23). La diferencia fundamental o esencial está dada por la relación del daño con el incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro, el daño será producto del incumplimiento del deber jurídico de no dañar (24).

Ya en el terreno de la responsabilidad civil por productos defectuosos, José Antonio Payet consideraba que ella debía ser ubicada en la órbita predominantemente extracontractual (25), basada en la existencia de un defecto y con prescindencia de la idea de la culpa del responsable. Reconstruía Payet esta tesis, resaltando que tanto el origen como la estructura y la función determinan las diferencias entre ambos tipos (26), pero en esencia, un sistema de responsabilidad es un medio de regulación social (que tiene, en nuestra opinión, carácter civil y selectivo al orientarse al resarcimiento, a la internalización del daño por el causante o responsable y al control de la externalización con efectos disuasivos). Las consecuencias de su uso, entonces, no se debían agotar en la relación directa entre el actor y la víctima sino que debían incluir una dimensión social que guíe la determinación y logro de sus metas.

-
18. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p.p. 28 a 35.
 19. *Ibidem*, p. 29.
 20. *Ibidem*, p.p. 29 a 33.
 21. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas sobre por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*, Lima, Grijley, 2001, p. 25.
 22. *Ibidem*, p. 26.
 23. *Ibidem*, p. 27.
 24. *Ibidem*, p. 28.
 25. PAYET, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo I, 1992, p. 30.
 26. *Ibidem*, Tomo II, p.p. 475 y 474, 625.

La regla de la responsabilidad extracontractual y, específicamente, la de responsabilidad por riesgo (27), muestra superioridad, según Payet, al colocar los incentivos adecuados en los actores sociales que tenían ventajas comparativas para la prevención. La responsabilidad civil debía "basarse en la existencia objetiva de un defecto en el producto y de una relación de causalidad adecuada entre el defecto y el daño (28). El primer objetivo debía ser el resarcimiento. Coincidimos con esta posición asumiendo además, que la Ley de Protección al Consumidor ha incorporado, básicamente, un esquema de protección que consigna las reglas asignadas, en forma original, a la responsabilidad civil extracontractual.

Con una posición al parecer, adversa a admitir la unidad, Leysser León (29) puntualiza que ninguna propuesta favorable a la unificación puede ser compartida dadas las diferencias que el Código civil peruano, plantea para la responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones y la responsabilidad extracontractual, como son las referidas al plazo prescriptorio, los principios sobre la prueba, la causalidad jurídica, la extensión del resarcimiento en cuanto al daño moral y el daño a la persona como el tratamiento de los intereses. Las advertencias indicadas resultan valiosas al advertir de la presencia de reglas diferenciadas. Pero ellas no restan mérito a la presencia de elementos y funciones comunes. Será importante considerar tales observaciones para atender al régimen que fija la Ley de Protección al Consumidor.

No se trata éste, sin embargo, de un tema cerrado y carente de interés como lo demostrará lo manifestado por el Derecho nacional y el comparado.

Somos de la opinión que la figura de la responsabilidad civil surge fundamentalmente de una acción u omisión que tiene el rango indudable de la antijuricidad respecto del pacto o del principio general de no dañar. La conducta indicada, afecta, a través del daño, el ámbito patrimonial y/o el extrapatrimonial de la víctima, generando, en el sujeto causante o en el llamado por el ordenamiento jurídico, la obligación de resarcir o reparar. En esta línea, el imperativo de responder en términos de reparación, es el objetivo central de la figura de la responsabilidad civil. La relación entre tal conducta dañosa, la generación del perjuicio y la opción del legislador respecto del factor de atribución recogido por éste, marcará la presencia de la responsabilidad civil siendo importante advertir, en un mundo postmoderno, que queda vigente de ese esquema originalmente diferenciado sobre todo cuando nos hallamos ante la responsabilidad civil del proveedor por los defectos de los productos.

Las respuestas al cuestionamiento sobre la definición y los elementos de la responsabilidad civil, son tan variadas como lo son las preguntas que se hacen en torno al tema desde diferentes propuestas metodológicas. Es fascinante constatar que con el tiempo, no solo han variado los problemas (30), sino también la forma de tratar la responsabilidad civil, sea desde la perspectiva funcional del *Common Law* que se maneja en los Estados Unidos de América como desde la visión más conservadora, que se tiene en Europa (31), incluyendo Inglaterra, país que se ha

27. *Ibidem*, Tomo II, p. 660.

28. *Ibidem*, Tomo II, p.p. 660 y 661.

29. LEÓN HILARIO, Leysser Luggi, *La Responsabilidad Civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2004, p. 15.

30. Reseñan los Mazeud y Tunc, en la *Ob Cit.* p. 1, que al momento en el que se redactaron los textos codificados, la lucha se centraba entre la doctrina tradicional de la culpa y la teoría moderna del riesgo. Aunque se mantienen algunos conflictos doctrinales sobre la materia, la temática se ha ampliado fabulosamente y por ello, no puede decirse que las discrepancias se mantengan en dicho ámbito.

31. Como detallaremos, ha habido en Europa, especialmente en Francia, una larga discusión, sobre si la responsabilidad civil por productos debía concebirse como de carácter contractual o extracontractual; si en el caso de una acción judicial, se requiere recurrir de manera exclusiva a

sometido a la regulación escrita en el tema de la responsabilidad por productos defectuosos para adaptarse a los requerimientos de la Unión Europea, lo que analizaremos en su oportunidad.

La preferencia metodológica del mismo investigador, orienta los criterios y otorga una particular tónica a su aproximación jurídica.

Como adelantamos, creemos en la necesidad y la posibilidad de unificación de la responsabilidad civil a partir de sus elementos fundamentales como de la constatación de que, en ambos casos, se apunta a un objetivo común de reparación. Habrá que repensar en la responsabilidad civil a partir de la razón de ser de cada una de las reglas incorporadas en los regímenes contractual y extracontractual.

No se puede negar, el peso tradicionalmente atribuido a las diferencias, las que tendrían más un desarrollo refractario a la abstracción (32). Este principio ha mantenido vigencia en la forma de concebir y regular las relaciones jurídicas.

La perspectiva que separa un régimen de otro, ha tenido un particular espacio histórico que resulta bastante limitado en los tiempos actuales sobre todo, en lo que a responsabilidad civil por las relaciones entre proveedores y consumidores. Para este caso particular, el anonimato y la rapidez con la que se producen las transacciones comerciales o la colocación de un producto, tras las cuales se halla la celebración de un contrato, no se iguala a los acuerdos de antaño, dotados casi siempre, de una negociación directa, personal detallada por las partes al estructurar el acuerdo. Basta reflexionar en el número de productos que adquirimos a diario para meditar si en cada caso, está la percepción de un contrato con esquemas de negociación. La relación entre las partes que inspiró el esquema contractual en el Derecho Romano y en propuestas posteriores, se encuentra modificado en nuestros tiempos. Ese esquema de contratación se mantiene aún pero no son la generalidad sino la excepción. Las operaciones que vinculan a un consumidor con un proveedor o cadena de proveedores en el mercado actual, está inmersa, en un complejo proceso en el que éstos últimos, utilizan su mayor conocimiento sobre el producto, para producirlo y colocarlo en el mercado, recurriendo a la publicidad que, impulsada o consentida por el proveedor, busca inducir a la adquisición del producto o fomentar su uso o consumo creando representaciones generales o específicas sobre la seguridad e idoneidad del mismo.

Actualmente, en el mundo, tenemos fabricantes y comerciantes que colocan en el mercado, millones de productos, creándose una brecha por la falta de simetría informativa entre el sujeto que adquiere un producto o quien se ve afectado por él,

un régimen o se puede optar entre ambos, o, es posible acumularlos. Hemos adelantado, que en los Estados Unidos de América, tal debate sencillamente no se plantea pues se analiza, estudia y orienta la respuesta jurisprudencial, partiendo del supuesto de que en todos los casos o casi en todos, se procura cumplir con la función o el resultado buscado de si se merece o no la reparación y por ello, la discusión sobre el origen de la infracción, es decir, si esta proviene de la infracción a un pacto o a un deber genérico de no dañar, son los mecanismos para alcanzar ese fin. Destaca Julio Alberto Kelly en *La Responsabilidad del Fabricante* (Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1987, p. 12) y resulta evidente, que bajo el sistema norteamericano hay una unidad temática que aunque se nutre de las instituciones mencionadas, se fundamenta en la creación judicial de la solución jurídica y ello otorga flexibilidad. En los sistemas codificados, la jurisprudencia, sin embargo, no ha vacilado en resolver con la misma elasticidad a través de la lectura creativa del texto normativo frente a las nuevas situaciones que se hallaron con el desarrollo de la producción masiva. Eso ratifica que en la materia, ha primado la búsqueda de resultados más que el carácter teórico en la discusión. No seguiremos extendiéndonos sobre el tema pues de tal proceso, se ocupa esta investigación.

32. ESPINOZA, ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p. 19. Son oportunos, los comentarios que aparecen en la obra ya indicada, en cuanto a que si bien la labor de los pandectistas alemanes supone un avance en la conformación de categorías abstractas, no se alcanzó a reconocer la esencia resarcitoria que une a la responsabilidad civil contractual con la extracontractual.

y quien lo produce y/o coloca en el mercado. El proveedor, entonces, no solo conoce mejor su producto que el consumidor, controlando la información o instrucción que transmite a éste sino que recurre a la publicidad o propaganda para presentarlo de forma tal que induzca al consumidor a optar por su producto descartando otros. Tales circunstancias hacen necesario un tratamiento que apunte a concebir la realidad de las relaciones humanas contemporáneas y a eliminar las desigualdades de trato en aras de respuestas simplificadas y equitativas, en el marco de la responsabilidad por los daños causados por los defectos de los productos. Indudablemente, los consumidores, en este proceso, recurren a su capacidad cognitiva o raciocinio cuando optan por el consumo de un producto, pero hay mucho de otras formas de manejo o captación de la información que trasmite el proveedor para inducir al consumo siendo indispensable advertir que ello también crea una situación de desigualdad entre un proveedor y un consumidor.

Por esta vía, analizamos la situación de los daños a la población con una visión que busca ser inclusiva en cuanto a comprender los supuestos que rodean a la figura del consumidor.

Resulta innegable que la responsabilidad civil se constituye en uno de los pilares del Derecho de la mano con instituciones como la propiedad, obligaciones, familia, y otras. Es piedra angular tanto desde una perspectiva clásica hasta una relativamente moderna, como sería la del Análisis Económico del Derecho (33).

Bajo el objetivo de la reparación, se irradian reglas de prevención y determinación de costos y beneficios (en un sistema que proyecta adecuadamente tal cálculo y que no es obviamente el nuestro), buscando en esencia, mantener la paz social y los fines de bienestar. Paulatinamente, se ha abandonado la percepción del conflicto con una idea liberal o individualista, que dejaba solo en las partes, la solución del mismo, no obstante reconocer particular importancia a la conducta del sujeto afectado el que debe revelar interés por la autoprotección.

Frente a determinados momentos históricos y a la respuesta dada por el Derecho, creemos que inclusive en sistemas que reclaman ideológicamente, reforzar la libertad individual como ocurre en Europa, e inclusive en los mismos Estados Unidos de América, ha surgido la preocupación por armar un régimen orientado a brindar soluciones colectivas sea por la vía de los seguros y hasta por la de la difusión social de los riesgos.

Se asume en muchos países, la necesidad de compromisos sociales, con una visión "solidaria", acorde con la expansión, también social, de los perjuicios, y de los beneficios que el desarrollo de la ciencia y la tecnología genera. Son ejemplo de lo indicado, los países escandinavos y en otros de Europa, en donde se han creado regímenes básicos de seguros colectivos, de fondos que incluyen la investigación de los perjuicios causados y el resarcimiento, sistemas que además de liberar la reparación de la pesada carga de la discusión sobre el culpable, permiten minimizar o suprimir el conflicto en aras de una cultura de paz (menos litigiosa) que procure la protección a la víctima. Ello tiene el indudable peligro de afectar la internalización de la responsabilidad por el responsable pero, al mismo tiempo, tiene la ventaja de no dilatar la protección al afectado simplificándola. La persona humana y su protección, sin embargo, son o debería ser, el centro de una propuesta que reclame la vigencia de sus derechos, relacionando no solo al causante de un daño y a la víctima sino también a la sociedad a través de esquemas asegurativos.

33. Nos parece interesante recordar en este sentido, el orden expositivo de autores como COOTER, Robert y Thomas ULEN, quienes en su libro *Derecho y Economía*, (México, Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en español, 1998), incluyen una teorización de la ecuación: economía y derecho, ante instituciones como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el proceso legal e inclusive el delito y el castigo.

Como destaca Marcial Rubio (34), en la actualidad, estamos conscientes de vivir en un mundo con derechos que reconocemos como fundamentales, los cuales no solo se deben a cada persona sino que también, pertenecen a la humanidad. Estos conceptos, obviamente, están presentes en el tema que nos ocupa. Sin embargo, en este tema, el desarrollo ha sido progresivo nos obstante las regresiones o el retorno a posiciones que colocan el interés del mercado o de la uniformidad de reglas de comercio, como veremos en la Unión Europea, por sobre los requerimientos de las víctimas, situación que se manifiesta en determinados momentos.

Los derechos fundamentales aplicables a la persona humana (que también sustentan la defensa de las víctimas por tales daños, bajo una percepción que engloba sobre todo, la relación del Derecho como una propuesta esencial e integrada desde todas las coordenadas), no fueron siempre los mismos, pese a mantener identidad en la denominación de algunos conceptos. La dignidad del hombre, como los principios de libertad e igualdad jurídica contenidos en la histórica *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* dictada en Francia, el 26 de agosto de 1789, no son los que actualmente se manejan. Tal Declaración constituyó un paso importante, pero se requiere “contextualizarla” asumiendo sus limitaciones. El daño al esclavo por ejemplo, era uno de carácter patrimonial sin ninguna otra consideración por la condición atribuida al esclavo.

Manifiesta Trimarchi (35), que la igualdad se relacionaba con los ataques al régimen pre-existente de privilegios reales, de la aristocracia y el clero por lo que la ley debía ser igual para los que tenían estatutos similares. La libertad fue asumida en el terreno más amplio (pero no para todos), como autonomía de la voluntad del individuo y libertad de acción en diferentes ámbitos incluyendo el económico, con el límite de los derechos de los demás.

Subsistían, sin embargo, tanto en lo que a dignidad como a libertad e igualdad se refiere, estatutos incompatibles: la esclavitud y otros regímenes que revelaron las limitaciones a tales conceptos.

Si la autonomía de la voluntad y la libertad con la que se actuaba, eran considerados dogmas absolutos, los criterios de imputación de responsabilidad, con el tiempo y la influencia de la religión, no pudieron escapar de esa “espiritualización” o revisión interna del deseo o la intención del sujeto causante de un daño lo cual llevó a colocar en un pedestal, el carácter subjetivo de la responsabilidad.

Como veremos, para muchos, sin embargo, la ratificación del uso de la culpa como factor de atribución, cuando el mundo asistía a los descubrimientos de proyección masiva que la ciencia y la tecnología produjo hacia fines del Ochocientos y en etapas posteriores, habría sido un simple pero desencantado “subsidio” que impidió o limitó que la “emergente” industria capitalista, enfrentara los costos reales que habría representado el abonar las indemnizaciones por la “experimentación” y/o por la puesta en marcha de nuevas técnicas de producción masiva y tecnificada (36).

Probar las características del daño ante productos complicados y casi desconocidos pero sobre todo, demostrar el dolo o la culpa del causante, diluyó gran parte de las demandas pero sobre todo, impidió que se fijaran las indemnizaciones que tendrían que haberse pagado. El precio de la experimentación para el avance de la industria

-
34. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 89.
 35. TRIMARCHI, Pietro, *Intituzioni di Diritto Privatto*, Milano, Giuffré Editore, Ottava Edizione, 1989, p.p. 32 y 33.
 36. PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile-Profilo di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 54. Véase también a SALVI, Cesare, *La Responsabilità Civile*, Milano, Giuffré, 1998, p.p. 13 y 14.

automovilística, farmacéutica o de cualquier otra vinculada a la creación y colocación de productos, fue cubierto por las víctimas.

La aplicación de un régimen de responsabilidad estricta que prescindiera de la culpa, fue percibida como un atentado a la libertad que significaba gozar de los beneficios que la naciente y masificada industria concedía pero también, se consideró que su aplicación sobre todo en el siglo XIX, resultaba ofensivo a la justicia.

Proteger la industria, fue durante mucho tiempo, un objetivo fundamental por sobre las necesidades de las víctimas de actividades cada vez más tecnificadas. La respuesta de las autoridades judiciales ante los siniestros, reveló el indicado nivel de protección, al reducir las posibilidades de involucrar en una demanda por daños, a quien no había celebrado un contrato con el demandante afectado por el defecto de un producto (37)

La relación íntima entre las distintas facetas que se ven afectadas a partir de un accidente, con los derechos a la vida, a la integridad física y mental, a la protección del patrimonio de las personas, se fue desarrollando, en forma paulatina, hacia una propuesta de responsabilidad civil también humanizada, revalorizada en la solidaridad. Aún cuando para muchos, la solidaridad solo puede darse en el terreno extracontractual, pues en el contractual, se asume la capacidad de las partes para regular sus propios intereses, es innegable que las posibilidades de proyectar las ventajas y las desventajas de un acuerdo se ven afectadas por los pocos conocimientos que una parte tiene respecto del contenido de tal acuerdo como de la imposibilidad que hay de rechazar tal o cual estipulación en un mundo dominado por la rapidez, anonimato y hasta por mensajes o instrucciones diversas, producidas en el ámbito de la publicidad que rodea las operaciones comerciales.

Tanto en el ámbito de la contratación como en los espacios en donde no hay pacto, ha ingresado una noción humanizada del daño. Esta doctrina se ha proyectado hacia otras áreas sea de Derecho privado o público, sea por la aplicación de programas de seguridad social a cargo del Estado y seguros obligatorios privados o por la colocación de reglas más estrictas en la aplicación de la indemnización a cargo del sujeto dañoso. El objetivo es que las víctimas sean colocadas en la misma o la más cercana posición que tenían antes de producido el daño y por ello, en muchos casos, se ha privilegiado la atención a las víctimas por encima de la indagación del causante.

Uno de sus signos, como indicamos, es la evolución de la institución a partir de una base civil, que aunque se mantiene vigente, ahora, se enlaza con principios de diferentes áreas como el Derecho del Consumo, el constitucional y procesal en la búsqueda de la efectiva protección bajo principios de orden público, entre otras. La protección a los consumidores, aparece en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú, relacionándose, en términos generales, con la doctrina de los derechos humanos, en la función resarcitoria y el acceso a la tutela jurisdiccional para la defensa de los intereses afectados (38). Éstos forman parte del circuito de derechos con tutela

37. La sentencia del caso *Winterbottom v. Wright* (caso que data de 1842) resulta ilustrativa para comprender el tema. Una detallada explicación del caso, puede ser hallada en el libro de WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 27 a 34.

38. Sobre este tema, menciona Guido Alpa, el caso de Alemania en donde "no obstante la presencia del artículo 823° del Código civil alemán (B.G.B), la doctrina y la jurisprudencia han basado sobre la normatividad constitucional, sobre los derechos fundamentales y, además, sobre nuevos derechos subjetivos, sus argumentos para ampliar los casos de resarcimiento del daño a la víctima". Esta cita aparece en el Prólogo al libro de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p. 9. En los últimos tiempos, la República Francesa al ser demandada ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por el incumplimiento en la transposición de la Directiva sobre los productos defectuosos, recurrió también, como argumento de defensa, a muchos principios de derecho constitucional y procesal como es el de igualdad de trato en la protección de intereses y del acceso a la justicia. Esta investigación, se ocupa de dicho desarrollo cuando nos referimos a la situación existente en el indicado país.

constitucional, resaltando el citado artículo 65°, que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, velando, de manera particular, por la salud y seguridad de la población. La redacción y la propuesta tuitiva pueden ser mejoradas aún más colocándola como parte del articulado que enuncie directamente a los derechos del consumidor como fundamentales y resalte la necesidad de introducir procedimientos eficaces en la protección (39).

Los derechos del consumidor, y específicamente, el derecho a una indemnización por los daños causados por los defectos de los productos, son derechos humanos que concentran los llamados derechos *personalísimos*, entendidos como aquellos que pertenecen a la esencia o entorno de cada ser humano (es decir, a la vida, a la integridad moral sea psíquica como física y al libre desarrollo como al bienestar). El tratamiento adquiriría precisión y con ello, se reforzaría el principio de interpretación favorable al consumidor (40).

Una propuesta como la indicada, suena para algunos, excesiva; para otros, podría representar crear una situación perjudicial para la economía por colocar mayores cargas sobre los proveedores no obstante que trabajar en nuestro país, es ya bastante difícil por la falta de una industria competitiva. Sin embargo, la problemática de la responsabilidad por productos defectuosos es tan compleja, que una regla como la indicada, no dice ni hace mucho si no advertimos la realidad y trabajamos con ella. El aporte de una regla como la indicada, solo recordará a las autoridades pero también a las partes, las muchas diferencias existentes para actuar con equidad y por esa vía, lograr la justicia.

A consecuencia del desarrollo constitucional y en general, del Derecho de consumo, la protección al consumidor no es un mero postulado o deseo sino que se ha tornado en un verdadero principio general a seguir tal y como ocurre en otros países (41). Así, el

39. El artículo 51° de la Constitución Política española de 1978, al igual que el 110° de la Constitución de Portugal, contiene un precepto que informa al sistema sobre la protección a favor del consumidor mediante procedimientos eficaces. No se han hallado reglas similares en otros países. Una tradición interpretativa de corte positivo, como la nuestra, puede ser más efectiva y clara cuando se trate de defender al consumidor, si tiene preceptos como los indicados. Ello no impide que por la vía de la interpretación sistemática y específicamente, en base a lo previsto en los artículos 2°, 3° y 65° de la Constitución Política de 1993, se pueda requerir una defensa efectiva por parte de los poderes públicos. Pero un texto que reclame procedimientos eficaces, colocada de manera directa en un texto constitucional, aportaría claridad a una realidad de operadores que gusta más del método de interpretación jurídica absolutamente literal que de los demás reconocidos por la Teoría General del Derecho. El texto del artículo existente en la Constitución Política de España, figura en este libro, en la parte referida al tratamiento de la materia en dicho país.

40. Recogemos la clasificación de los derechos fundamentales expresada en la importante obra, ya citada, de Marcial Rubio Correa, *Estudios de la Constitución Política de 1993* (tomo I, p.p. 107 a 108), quien señala que, pese a que los derechos humanos son, todos, fundamentales, pues crean las bases esenciales para la vida en sociedad, hay los inherentes o personalísimos y aquellos que se ejercitan en relación a otras personas. Los derechos del consumidor, tendrían la particular característica de relacionarse con los primeros, pero hacerse efectivos en los fenómenos de producción e intercambio de productos. Otra clasificación, es aquella que divide los derechos constitucionales que permiten constituir la vida individual y social del ser humano o de primera generación; los sociales y económicos que regulan tales relaciones y son de segunda generación, siguiendo los derechos políticos y el de participación en la gestión pública.

41. RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, *La responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000, p. 13. Es posible recurrir también a los comentarios de RODRIGUEZ LLAMAS, Sonia, Régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 42. Se ratifica lo dicho en cuanto a la aplicación de la idea en nuestro país, en base a lo previsto por el artículo 2° de la nuestra Ley de Protección al Consumidor con la modificación de la Ley N° 27251, disposición que precisa lo siguiente:
"Marco constitucional de la protección al consumidor.

artículo 2º de la Ley de Protección al Consumidor, ha impuesto el criterio de interpretación de las reglas contenidas en dicha ley, en el sentido más favorable al consumidor (42). Como principio, rige el análisis o interpretación e integración jurídica, más aún si tenemos en cuenta que con el desarrollo de la ciencia y la tecnología, la modalidad o formas que pueden revestir los daños al consumidor pueden ser muy diversas y por ello, requerir, como de hecho han requerido, de respuestas acordes con las diferentes situaciones (43). La función de esta regla es la de informar también al juzgador sobre cómo resolver de acuerdo al artículo 139º numeral 8) de nuestra Constitución de 1993.

La forma de hacer efectiva la responsabilidad civil a través de los tiempos, ha revelado cambios o cierta “mutación” necesaria para no perder el objetivo de la reparación.

Así, se ha llegado a fijar en áreas concretas, un factor de atribución más estricto, modificaciones a la forma tradicional de determinar la causalidad o la ampliación del perjuicio o daño resarcible como la protección de intereses difusos, entre otros cambios al régimen tradicional. El contexto analizado, cual es la responsabilidad civil por productos, nos relaciona a su vez, con una variable: la actividad de consumo.

Como indicamos, se ha conformado una propuesta tuitiva, de objetivos integradores y de orden público. Con un ánimo de mayor protección, se han elaborado normativas desde el Derecho privado como el público, situación que facilita el uso de mecanismos como las acciones de clase (o *Class Action*) y alternativas a la justicia administrada por el Poder Judicial (a través del arbitraje de consumo vigente en otros países) las mismas que pretenden, por lo menos en teoría, facilitar la defensa de las víctimas y su efectivo resarcimiento (44). El Derecho del Consumo aparece como un área de acentuado carácter multidisciplinario o pluridisciplinario (45) al superponer la tradicional forma de clasificación de las disciplinas jurídicas, siendo el objetivo de tal materia, la

Artículo 2.- La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo 1, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable para el consumidor."

42. Según modificación impuesta por la Ley N° 27251 de 15 de diciembre de 1999, promulgada por el Presidente de la República el 06 de enero del año 2000
43. Resulta siempre útil, recurrir a las definiciones que sobre el sistema jurídico, vierte el maestro Marcial Rubio, quien precisa que los "principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos y del propio Derecho como totalidad". RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 307. Precisa el mismo Rubio, que los principios pueden ser en ciertos ámbitos, conceptos susceptibles de definición antes que proposiciones y una vez definidos, rigen como "grandes informadores del funcionamiento del Derecho". En este caso, nos hallamos ante un concepto cuyo origen y fuerza percibimos como actual por ser relativamente reciente.
44. Se puede citar, en este sentido, lo expuesto de manera especial, por el artículo 51º de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, artículo que legitima al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- Indecopi para promover procesos judiciales sobre temas de su competencia, en defensa de los consumidores, conforme al artículo 82º de nuestro Código Procesal Civil, procesos que se tramitarán por la vía sumarísima. Este artículo permite la acumulación de pretensiones y la de personas. El artículo de la disposición indicada, busca conceder a Indecopi mayor flexibilidad en su intervención que la que otorga el mismo artículo 82º del Código Procesal Civil, el cual bajo la fórmula de patrocinio de intereses difusos, facilita la delegación de esta facultad, a entidades públicas y privadas por parte de Indecopi, sin que pueda la autoridad judicial, calificar la legitimidad para obrar.
45. PRADA ALONSO, Javier, *Protección del Consumidor y responsabilidad civil*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1998, p.p. 20 y 21. Menciona este autor, el contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 7/1982 la misma que subrayó que el Derecho de Consumo tenía precisamente el indicado "carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo, que sin contornos precisos tienen por objeto la protección al consumidor".

protección de los diversos intereses del consumidor en el ámbito del derecho civil, administrativo, mercantil, penal.

Como veremos de manera extensa, se han dictado en Europa (concretamente en el ámbito de la Unión Europea) y en los Estados Unidos de América (en el ámbito jurisprudencial) como en nuestro propio país, pautas y directivas que inciden en la evaluación procesal civil, como en la administrativa, e inclusive penal, tratándose de imponer suficientes cargas en la actividad dañosa como para desincentivarla.

Obviamente, hay áreas que mantienen sus dominios y formas de análisis. Resalta Alpa (46), que “el bien protegido por la norma civil no coincide necesariamente con el bien protegido por la norma penal”. De hecho, añade, que “Existen bienes jurídicos que reciben tutela penal y civil, y bienes que reciben una u otra”.

Mientras en el Derecho penal y en el administrativo, se juzgan las conductas criminales o las infracciones, haya o no una víctima o un daño concreto, no puede sobrevivir el juicio de responsabilidad civil sin la argumentación y la probanza del daño. No puede dejar de advertirse que la constante es el interés por la protección y la facilitación de la defensa.

La autoridad judicial se pronuncia necesariamente, en el proceso penal, sobre la culpa del sujeto, sobre la pena y también sobre la reparación civil, debiendo fundamentar su análisis, como ya se adelantó, en la responsabilidad penal del autor; el resarcimiento es algo accesorio. Toda forma de responsabilidad objetiva queda proscrita, según confirma el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano. La responsabilidad administrativa, se nutre de la infracción, evaluada en un terreno objetivo.

La noción de bien jurídico, se constituye en el Derecho penal, como la determinación material, que solo la fija la ley, de los intereses jurídicamente protegidos, cuya lesión o puesta en peligro, es condición ineludible para la aplicación de la pena conforme precisa el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano.

Pero, como indicamos, será la presencia ineludible del daño, con todas sus condiciones, y no la puesta en peligro de bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud y el patrimonio, lo que generará la aparición de la reparación civil.

Lo que ahora entendemos como responsabilidad civil, sometido a una revisión que la Historia del Derecho desarrolla de forma apropiada, ha "convivido" y muchas veces, se ha superpuesto con la venganza, con la sanción penal y con la administrativa, hallando, cada una, con el tiempo, su propio espacio. Hay figuras que aún ahora, nos recuerdan esa vinculación. Ello ocurre con los llamados *daños punitivos*, aplicados por los Jueces de los Estados Unidos de América, la que pretende sancionar, imponer cargas mayores o formas de *multas* diferentes a la determinación de una reparación, contra aquellos comportamientos que por su particular intencionalidad o inexcusable negligencia, merecen ser desterrados a través de sanciones ejemplares.

Los orígenes comunes se deslizan bajo los cimientos de las construcciones (como el concepto tradicional de la causalidad), quedando ellos en evidencia gracias a la función preventiva y sancionadora de las disciplinas citadas. Es interesante constatar que, con el tiempo, y en aras de alcanzar los objetivos de una mayor protección, se apunte a un tratamiento que aunque diferente, puede mantener cierta complementariedad.

Una mejora del análisis de los daños provenientes de los defectos de los productos y las posibilidades de conciliación que ofrece por ejemplo, la vía administrativa, impacta, sin lugar a dudas, en el terreno civil y también en el penal al ahorrar costos legales a la víctima, satisfacerla y con ello, minimizar el conflicto social y lograr la prevención. La integración de propuestas bajo un objetivo tuitivo, de aplicación eficaz, es evidentemente beneficiosa.

Ofrece interesantes retos, en el terreno de la armonización, la posibilidad de utilizar en un proceso civil indemnizatorio, el material producido y evaluado como resultado de una denuncia, especialmente en el ámbito administrativo por la Comisión de Protección al Consumidor y por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Indecopi.

Aunque dicho material, puede ser recabado también del proceso penal, la indagación en torno a la culpabilidad y la aplicación de la pena, suele causar confusión o distraer los objetivos del análisis.

La propuesta de Indecopi es atractiva pese a los problemas por los que actualmente, atraviesa dicha institución. En efecto, advertimos el desgaste de la respuesta administrativa en la protección al consumidor debido a los altos costos que genera el recurrir a dicho órgano sobre todo para contradecir sus fallos en segunda instancia o para atender numerosas reclamaciones de pequeña cuantía, a la focalización de la atención en la capital, a la excesiva simplicidad que muestran sus resoluciones en los últimos tiempos, entre otros problemas. Con una población de recursos escasos, la sola presencia de tasas por reclamación y apelación, que no tengan en cuenta el monto de la remuneración mínima de la mayor parte de los peruanos, impide o limita el acceso a la justicia pudiendo deslegitimar la presencia de Indecopi, reduciéndola al papel de un ente para la atención de minorías. Son problemas, la ausencia de Oficinas Desconcentradas que acerquen la solución de los conflictos a las provincias y la falta de representantes de los consumidores sea en la Comisión o en la Sala mencionada, lo que acercaría la solución a los sectores involucrados. A pesar de requerir urgentes ajustes, ello no resta méritos a su trabajo por las posibilidades de especialización en la atención de los problemas y de complementación con la actividad judicial.

Por el carácter pluridisciplinario de esta materia pero también por la intervención de ciertos órganos, se observan regulaciones que parecen alterar los límites de la tradicional división del ordenamiento jurídico en Derecho público y privado. Un ejemplo concreto, es el de nuestra Ley de Protección al Consumidor aprobada por Decreto Legislativo N° 716, la cual pese a regular la temática de la responsabilidad civil por productos, contiene también, aspectos referidos a la actividad administrativa de Indecopi a tal grado que algunas autoridades judiciales han considerado que ella solo existe para regular las actividades de éste instituto más no para ser aplicada a los conflictos que, en materia judicial, involucran los daños causados por los defectos de los productos. No hemos hallado que sea ella, esta ley, sea aplicada regularmente por los jueces en caso de daños por productos defectuosos.

A pesar de la propuesta de libre elección y libre mercado, inmersa en la protección del consumidor, se admite en forma paulatina, la injerencia en las relaciones particulares, de aparatos estatales como es en nuestro país, el citado Indecopi, el cual interviene en los conflictos derivados de la responsabilidad de los proveedores frente a los consumidores, admitiéndose también, la posibilidad de que tales relaciones sean evaluadas en el marco de un procedimiento administrativo pese a que el origen del vínculo es fundamentalmente privado o comercial.

La referencia histórica, nos conduce, como antecedente todavía cercano, a una investigación fundamental en torno a la conducta ética del causante del daño. Tal indagación, fue propia del período en el que no se concebía responsabilidad sin que el Juez se aproximara a la culpa. Paulatinamente, operó el alejamiento de una visión orientada a la percepción individual, subjetiva, más moral o *ética* de la culpa, que Salvi ⁽⁴⁷⁾ llama *colpa ética*, para constituirse en un concepto de *culpa social* (o *colpa "sociale"*) que se relaciona con los parámetros de tolerancia social frente al riesgo generado por la conducta del sujeto infractor ⁽⁴⁸⁾. El concepto de culpa social, se acerca un poco más, a la objetivización de la responsabilidad que se funda en el riesgo introducido por la actividad económica ⁽⁴⁹⁾.

47. SALVI, Césare, *Ob. Cit.*, p. 12.

48. *Ibidem*, p. 12.

49. *Ibidem*, p. 16.

Como resultado del carácter colectivo o masivo de las actividades dañosas que aunque producen beneficios generales o sociales, también causan perjuicios del mismo rango, resulta lógico suponer el desarrollo de la responsabilidad civil hacia terrenos que involucren una propuesta también colectiva o social.

Ante tal panorama, la visión sistémica de la responsabilidad civil, se extiende también, hacia el papel que deben jugar las autoridades a través de órganos públicos que en principio, deben ser cada vez más especializados. La participación en nuestro país, de entidades como Indecopi, hace útil, analizar los principios que sostuvieron la clásica distinción entre lo público y lo privado.

Claude du Pasquier ⁽⁵⁰⁾ expresaba en torno a la separación entre Derecho público y privado que los romanos, no concedieron a tal clasificación un carácter fundamental; consideraban que se ocupaba el Derecho público de “la organización de la cosa pública”, mientras que el privado trataba lo referente al interés de los particulares (*quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singolorum utilitatem*). Lo público se ha mantenido, ancestralmente, vinculado a la organización del poder sobre una colectividad que, más tarde llegaría a ser el Estado y los servicios públicos incluyéndose, al derecho constitucional, penal, administrativo, etc. A su vez, bajo la esfera del Derecho privado, se ha conformado la vasta área del derecho civil, aplicable, a todos los individuos en sus relaciones como persona civil, con su familia, sus derechos reales u obligaciones. Para Du Pasquier, el procedimiento civil se incluye en el Derecho privado ⁽⁵¹⁾; sin embargo, reconoce, que aunque por la materia que trata y por los intereses que asegura, tal procedimiento se relaciona con el Derecho privado, hay una evidente vinculación con el Derecho público en la medida que, mediante el procedimiento civil se determinan las condiciones que el Estado fija dentro de los esquemas constitucionales, para la protección de los intereses jurídicos ⁽⁵²⁾.

Trimarchi afirmaba en su libro *Instituzioni di Diritto Privato* ⁽⁵³⁾, recogiendo la clasificación "clásica", que el Derecho público tiene por objeto, en primer lugar, la organización del Estado, los entes públicos territoriales y de otros también de carácter público, considerando que un ente tiene como papel fundamental, el realizar los intereses colectivos. Un segundo aspecto del Derecho público, se refiere al análisis de las relaciones recíprocas de dichos entes cuando resguardan el ejercicio de la función pública y las relaciones de éstos con los privados cuando se manifiesta la supremacía de la entidad pública y la sujeción del privado.

Resalta Trimarchi, que el Derecho privado regula las relaciones recíprocas de los individuos en el campo personal, familiar, patrimonial abarcando las obligaciones, contratos en general, la responsabilidad civil, las obligaciones, la propiedad o las relaciones comerciales. Regula la organización de la actividad de la sociedad pero desde la perspectiva de los entes privados.

La intervención en nuestro país, de un ente administrativo como Indecopi, para los casos en los que intervienen sujetos calificados como consumidores y proveedores, altera esa tradicional perspectiva por la que el Derecho público atendía todo lo relativo a la “cosa pública”, a la organización del Estado y sus servicios. Y ello ocurre por percibirse como de interés “público” esta clase de conflictos, no obstante mantener su origen privado. El accionar de Indecopi y de cualquier ente público que pueda intervenir en estos temas, se alimenta formalmente, de la fuente del Derecho público, para proyectarse en el ámbito de las relaciones comerciales de uno o más proveedores con el o los consumidores, por ejemplo, en la venta de un producto defectuoso sin pretender desvirtuar o afectar la esencia de la relación, con el permanente sustento de la atribución de competencia legal. En la hipótesis de la

50. DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Editora Humbolt, 1983, p.p. 13 a 28.

51. *Ibidem*, p. 19.

52. *Ibidem*, p. 19.

53. TRIMARCHI, Pietro, *Ob. Cit.*, p.p. 25 a 28.

venta, se puede ordenar la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor (al amparo de lo previsto en el artículo 42° inciso e) de la Ley de Protección al Consumidor según modificación realizada por la Ley N° 27311). Empero, sin perjuicio de aplicar sanciones al proveedor, será también posible, llegar a profundizar en los hechos con la finalidad de reunir material probatorio para esclarecer el conflicto en el terreno judicial.

Aunque el marco procedimental sea administrativo y por ese camino, se recurra a la Ley N° 27444- del Procedimiento Administrativo General, muchos de los criterios son, subsidiariamente, los del proceso civil, teniendo como referencia en lo que corresponde al derecho sustantivo, primero, a la Ley de Protección al Consumidor y de manera supletoria, al Código civil. La posibilidad de que la autoridad judicial siga adelante con el análisis de temas no solucionados ante el ente administrativo (como por ejemplo, los aspectos extrapatrimoniales del perjuicio causado) o para pronunciarse sobre la legalidad de la resolución administrativa, hace en nuestra opinión, que los bordes del Derecho público y del privado se estrechen y alimenten para producir una respuesta jurídica. Lo ideal es la armonización de dicha respuesta.

Resulta útil destacar, la clasificación sostenida por algunos quienes afirman que en la actualidad, procede la tripartición del Derecho privado patrimonial en Derecho de las empresas o mercantil, Derecho civil y Derecho de los consumidores (54). Bercovitz, en torno a la señalada tripartición del Derecho privado patrimonial en mercantil o de las empresas, civil y de los consumidores, recurre a Reich (55), quien a su vez, precisa que el derecho de las empresas abarcaría el tráfico jurídico interempresarial así como el análisis de la posición jurídica de la misma empresa en relación a la propiedad de los medios de producción. El Derecho de Consumo o Derecho del Consumidor, incluiría la problemática jurídica planteada por el tráfico de mercancías en un sentido amplio entre empresas y consumidores finales los cuales mantienen distintas relaciones de valor atribuidas a las cosas y frente a los que, también, se alzan diversas estructuras de propiedad (56). Por último, quedaría en el Derecho civil el trato de los privados que no se incluyen en las anteriores clasificaciones, y estaría orientado a la propiedad de los medios de consumo y a un proceso de intercambio de ámbito, entendemos, más limitado (57).

Coincidimos con A. Bercovitz en el sentido que el tratamiento propuesto se aprecia más sofisticado que útil. Rescatamos de él, lo mismo que resaltan autores españoles como Carlos Martines de Aguirre y Aldaz (58); esto es, la presencia de una línea de reflexión teórica y de reelaboración política (59). Todo ello destaca la validez de una propuesta que reconoce un Derecho de los consumidores con una particular dinámica vinculada a la asimetría informativa que crea distorsiones entre las partes involucradas, surgida del mayor conocimiento y especialización de los proveedores frente a los consumidores.

Como ya se adelantó, en el tema de la responsabilidad civil, se ha admitido la intervención del poder público para establecer seguros obligatorios e inclusive, para la defensa de la estabilidad del sistema y de las compañías aseguradoras, se ha llegado a fijar topes indemnizatorios (60).

54. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, SALAS HERNÁNDEZ, Javier, Coordinadores, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1992, p. 133. La parte a la que se refiere estos comentarios ha sido desarrollada por Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz.

55. *Ob. Cit.*, p.p. 133 a 137.

56. *Ibidem*, p. 134.

57. La cita que se realiza en el texto del libro dirigido por Bercovitz, ya citado, corresponde a Reich, *Mercado y Derecho*, traducción de A., Font, Barcelona, 1985, p.173.

58. Quien desarrolla de manera extensa y útil el capítulo del libro mencionado, es el citado autor.

59. *Ibidem*, p. 134.

60. Resulta pertinente señalar en este sentido, la española Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995, actualmente denominada *Ley sobre*

La disciplina ha adquirido además, vigencia transnacional por las características de sus fenómenos relacionados con los actuales complejos procesos de producción y comercialización, los cuales escapan a las fronteras de los países. El fin perseguido es el de facilitar, en primer lugar, la protección al consumidor (61). Con el tiempo, las regulaciones han buscado alcanzar cierta unidad de tratamiento a efecto de que la misma no falsee la competencia permitiendo que subsistan distorsiones al presentarse distintos grados de protección del consumidor (62). Nuestra aproximación pretende la elaboración de propuestas normativas o políticas públicas como también, en la defensa de los intereses en conflicto de manera instrumental, en la labor que realizamos los abogados y los magistrados. Esperamos un aporte efectivo en los indicados terrenos.

1.1.2. El tránsito histórico de la responsabilidad civil desde un supuesto general a uno particular: los daños causados por los defectos de los productos.

Como ya se adelantó, los albores del Derecho, nos traen la ausencia de deslinde en la sanción a aplicar por el daño causado, sea o no intencional. La satisfacción venía dada con mágicas y muchas veces, desproporcionadas reglas en las que el dolor por la pérdida de seres u objetos queridos, reclamaba venganza y sanción personal. Un claro ejemplo aparece en el *Código de Hammurabi*, donde se dice: "Si un albañil ha edificado una casa para un señor pero no ha dado solidez a la obra y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte" (63). Si era el hijo del señor quien fallecía, debía morir el hijo del correspondiente albañil (64). Se estructuró en el Derecho romano, una fórmula que se asemejaría un poco más, a lo que concebimos hoy, como responsabilidad objetiva la misma que tenía y tiene el don de la simplicidad en su aplicación. Curiosamente, la simplicidad de un régimen objetivo cuando se trata de proteger a las víctimas, será el atractivo que hará que el Derecho en la actualidad, recurra nuevamente, a algunos rasgos de tal construcción, aunque el desarrollo y los móviles actuales sean radicalmente distintos a los de la respuesta del Derecho romano.

No hubo entonces, una teoría como ya ha señalado Fernando de Trazegnies (65). Los hermanos Henri y Léon Mazeaud como André Tunc (66), dirían, que "Lo que

Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, introdujo límites indemnizatorios para los accidentes de circulación, regla que pretendió controlar la crisis de las empresas aseguradoras las cuales como resultado de la implementación y ejecución de un sistema más efectivo de responsabilidad civil, terminó generando la desaparición de las mismas. En DÍEZ PICAZO, Luis, *Derecho de Daños, Ob. Cit.*, Madrid, Civitas, 1999, p.p. 219 a 234. Sistemas como el vigente en los países escandinavos ha regulado también la protección de los sujetos afectados a través de un eficiente sistema de seguros, sujeto a fuerte intervención estatal.

61. Coincidimos en este sentido, con A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1987, pp 22; y con PRADA ALONSO, Javier, *Ob. Cit.*, p. 20.

62. Contiene tales principios, la Directiva Comunitaria dictada por el Consejo de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

63. La cita corresponde al trabajo de estudio preliminar, traducción y notas, realizado por LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid, Tecnos, Tercera Edición, 1997, p. 36.

64. *Ibidem*, p. 36.

65. DE TRAZEGNIES, Fernando, *Ob. Cit.*, p. 33.

66. Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 5a. Edición, Editions Montchrestien, París, 1965. La cita corresponde a la obra en castellano de tales autores, traducida por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, del *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad*

sorprende desde un comienzo es que no se encuentre, ni en materia delictual ni en materia contractual, un texto legal de alcances generales, que establezca el principio de que quien causa un daño a su prójimo, en determinadas condiciones, debe repararlo. Resulta suficiente, para comprenderlo, con recordar cómo y por qué intervino el legislador. Se trataba de ponerle fin a la venganza corporal, de reemplazarla por el pago de una suma de dinero. El legislador consideró, pues, uno por uno, los delitos, a medida que las quejas suscitadas por su reparación, le iban llamando la atención; no procedió jamás sino por casos especiales decidiendo que quien hubiere sufrido tal o cual daño podría exigir ésta o aquella suma.

Los jurisconsultos no tardaron en advertir, sin embargo, la insuficiencia de semejante procedimiento, la necesidad de darle a la víctima un recurso incluso en los casos no previstos expresamente por la ley. Por ello, se esforzarían en extender los textos legales menos concretos y en buscar en ellos la consagración de una regla de conjunto que no lograron nunca. Resaltan los Mazeaud y Tunc, que los primeros esfuerzos recayeron en la *Lex Aquilia* y es muy cierto, que el Derecho romano se mantuvo fiel a sus orígenes por lo que fuera de los casos tratados, la venganza corporal seguía siendo posible. Sin embargo, "a medida que las costumbres se refinan, la propia idea de venganza desaparece" (67).

Luis Díez Picazo (68) desde su posición de civilista, comentaba que la regla del artículo 1902° del Código civil español (sobre responsabilidad extracontractual) y los correlativos preceptos de los Códigos de corte francés, sólo podían comprenderse a través de lo que él llama "una larga y mal conocida evolución histórica, que, arrancando del Derecho romano, pasó después a través de los glosadores, los comentaristas. Dicho autor explica que en el Derecho romano, entre las obligaciones que se pueden considerar como derivadas de los actos ilícitos (*delicta*, para separarlos de los *crimina*, en los que existía un notorio interés público), se hallaba el *furtum*, concebido como toda acción que se ejecutara sobre una cosa concebida en su condición material, la cual violaba un derecho de propiedad o cualquier otro perteneciente a otra persona. El *damnum iniuria datum*, según Díez Picazo, habría sido la más saltante del delito privado procediendo de la *Lex Aquilia* e incluyendo tres capítulos diferentes (69)

Resaltó también éste, que el primer capítulo, que se lee en Digesto 9, 2, 2, aludía a «quien matare injustamente a un esclavo o esclava ajenos o a un cuadrúpedo o una res, sea condenado a dar al dueño el valor máximo que tuvo en aquel año» y una sanción adicional de corte procesal para quien negare los hechos. En este último caso, la acción sería del doble del valor. El segundo capítulo consideraba una sanción para el *adstipulator*, sujeto asimilable en su concepción, a la de un acreedor, que fraudulentamente realizaba una *acceptilatio*, del crédito o un reconocimiento o declaración de haber recibido la contraprestación y en este caso, debía pagar *quanti ea res sit*, a favor del verdadero acreedor. Esta respuesta o propuesta cayó en desuso. En el tercer capítulo, se trató el caso de quien hubiese infligido con *iniuria* cualquier daño a una cosa de otro sin distinguir en animales o esclavos. De la misma manera que el primero, este último capítulo de la *Lex Aquilia*, pasaría a tener particular relevancia en la doctrina de los intérpretes y, como precisa Luis Díez Picazo, en el Derecho pretoriano

La evolución operaría al ampliarse el daño contemplado por la ley como también, los sujetos legitimados para ejercitar la acción. Al lado de la acción directa derivada de la *Lex Aquilia*, se admitieron las acciones *in factum* y acciones útiles. Las primeras, se habrían relacionado de manera sustancial con las alegaciones que se presentaran pues no se hallaban garantizadas por el Edicto del Pretor, siendo admitidas en el

Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, pp. 39 a 40.

67. *Ibidem*, p. 42.

67. DÍEZ PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, p. 66

69. *Ibidem*, p. 65.

ejercicio del general *imperium* por parecer “equitativo y apropiado” (70). El *damnum iniuria datum* reveló los primeros esbozos de la jurisprudencia romana en torno al daño a las cosas, no conforme a derecho, como actos (no omisiones) representados en un daño material, inmediato. Más adelante, se aplicaron similares medidas a las lesiones corporales y a la muerte. Se impuso también la obligación de responder por los daños causados por los animales. Se hallaría también, la acción de dolo que buscó resarcir cualquier daño patrimonial injusto y malévolo que no pudiera ser resarcido por otra vía. La *iniuria*, comprendería supuestos diferentes, siendo prevista originalmente para las ofensas y la contumelia; su objeto sería el obtener una pena privada. Prada Alonso (71), resaltó que los romanistas hallaron referencias sobre la materia en las llamadas “acciones edilicias”.

Cabe resaltar, sin embargo, que en el Derecho Romano clásico, la regla *Caveat Emptor* (por la que se advertía: ¡comprador cuidado!) en los acuerdos, colocó en éste, el comprador, el peso de los controles o de la desconfianza y la prevención al momento de comprar si no quería éste, soportar los efectos negativos de una operación defectuosa. No se consideraba que el comprador fuera un sujeto digno de protección particular. Ese principio condujo al uso de la *stipulatio*, con la finalidad de que se otorgue una garantía por los vicios materiales evaluándose la responsabilidad del vendedor a partir de las estipulaciones (72).

Parra Lucán (73) recuerda en el mismo sentido, un adagio del Derecho germánico que decía *quien no abre los ojos, abra la bolsa* (“*Wer die Augen nicht auf tut, tut denbeutel auf*”).

Se trató de hallar en la *Lex Aquilia*, el origen de la responsabilidad por culpa, ante lo cual Sandro Schipani, resaltaría que si bien la Escuela Pandectista alemana del siglo XIX, recurrió a dicho criterio, en el derecho romano y en el terreno del daño que ahora reconocemos como daño extracontractual, éste se acercaría más a una responsabilidad objetiva (74). La culpa en todo caso, no anduvo presente en Derecho romano sino como una mera referencia de imputabilidad.

Para Alpa, los descubrimientos de los autores antiguos revelaron en su momento, la referencia al nexo entre reflexión ética y la elaboración del sistema jurídico de responsabilidad. La ética se fue impregnando de valores cristianos “espiritualizándose” también, las instituciones jurídicas. Éste sería el antecedente del sentido moderno y laico de la responsabilidad y no del que realmente tuvieron los antiguos jurisperitos romanos (75). Rotondi estudió el desarrollo del Derecho romano, destacando el aporte de los glosadores, comentaristas y iusnaturalistas; la idea de culpa se empezará a desarrollar en el Derecho de la época de Justiniano (76).

La Edad media con la evidente influencia de las ideas cristianas a través del Derecho Canónico, tendría una base moral, que delineó con más fuerza, la idea de la culpa subjetiva (77).

70. *Ibidem*, p. 66.

71. *Ob Cit.*, p. 20.

72. *Ibidem*, p. 20. Señala PARRA LUCÁN, María Ángeles, en *Daños por productos y protección al consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1990, p. 191, que el Derecho anglosajón se inspiró mucho tiempo en ese principio.

73. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ibidem*, p. 191.

74. SCHIPANI, Sandro, *Responsabilità "ex lege Aquilia"*, *Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Università di Torino, G. Giappichelli, Editores, Torino, 1969.

75. ALPA, Guido, *Ob. Cit.*, p. 106.

76. Tanto Fernando de Trazegnies en la página 37 del primer tomo de su libro *La Responsabilidad Extracontractual*, como Luis Díez Picazo en la obra citada, hacen referencia al valioso comentario de Mario Rotondi. Luis Díez Picazo mencionó en la página 72 de su libro *Derecho de Daños*, el cuidadoso estudio que Rotondi hiciera en su trabajo publicado en la Rivista del Diritto Commerciale en 1917, titulado *Dalla Lex Aquilia all'articolo 1.161. del Codice Civile (Ricerche storico-dogmatiche)*.

77. DE TRAZEGNIES, Fernando, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 40.

Corresponde a la Escuela Clásica de Derecho natural, una nueva construcción o reelaboración de la responsabilidad sobre una noción filosófica. Fue Grocio quien abrió las puertas como fundador, de una escuela de carácter más individualista. A ella se sumaron Pufendorf, Thomasio e Heinecio. La construcción del momento, introdujo principios por los que el daño debía generar la obligación de resarcimiento, afirmación que resulta para este autor evidentemente diferente a la casuística propia de la *Lex Aquilea* (78).

La culpa "moderna" que en el terreno de la responsabilidad extracontractual, inspiró al Código Napoleónico, tendrá sus raíces en la citada Escuela de Derecho natural. Como indicamos, no descartamos una fuerte inspiración de las ideas cristianas que a su vez, se deslizaron al interior de tal escuela.

Sobre la que sería una concepción de protección a los consumidores, Henri Pirenne, al tratar la formación de la burguesía en el Siglo XII, aludió a que el gobierno municipal se encargaba de proteger al consumidor y nada era más admirable que las precauciones tomadas contra el producto que se consideraba "desleal" por adulterado. Se dirá entonces, que la protección de los consumidores permitía "salvaguardar el doble interés de la burguesía local y del buen nombre de la ciudad en el exterior" (79).

Sin embargo, a pesar de las bellas pinceladas que se quisieran hallar, el cuadro era apenas un frágil y pálido esbozo de lo que se haría, de manera posterior, en el terreno de la producción y comercialización masificada siendo necesario un tratamiento jurídico distinto.

No puede negarse un desarrollo paulatino hacia al individuo que, inmerso en relaciones de consumo, reclama del proveedor o fabricante pero sobre todo, de la sociedad en general, su derecho a una vida mejor como parte de un nuevo pacto, un nuevo contrato social no solo de corte político, sino sobre todo, económico, social y jurídico. Ese acuerdo, no es claro aún en países como el nuestro.

Tras la diversidad de criterios y costumbres, se impuso la codificación francesa pero también el Derecho anglosajón, con un claro matiz individualista que no abría paso a la reclamación para quien no probara por lo menos, la culpa del causante, ni tampoco para sujetos ajenos a la relación generada entre quien vendió un producto y el dañado por el defecto del mismo.

Para algunos, ello no se debió propiamente a cuestiones principistas sino a la forma en la que se estructuró la actividad económica a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, períodos en los que primaron las relaciones de corte artesanal y agrícola (80). Estas relaciones económicas de poder, habrían delineado una propuesta ideológica que reforzó esos vínculos. El vendedor solía condensar el título de productor y la circulación de los productos era notoriamente limitada. Es obvio, sin embargo, que para los grupos de poder, no habría sido necesario facilitar la reparación a las víctimas.

Como ya adelantamos, tras esa estructura, se exaltó, aunque solo para ciertos grupos, la proyección de sentimientos de igualdad y libertad enunciados por la histórica Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y por la Declaración de Derechos de 1789 (81). Ante un irreal cuadro de igualdad entre los

78. *Ibidem*, p. 40.

79. PIRENNE, Henri, *Historia de Europa-Desde las invasiones hasta el Siglo XVI*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 164. Es lógico presumir que las sugerencias de la época guardaron grandes diferencias con las que se generarán posteriormente dados los cambios impuestos por la producción en masa. Resulta rescatable las preocupaciones por proteger la confianza de la población.

80. Formula dicho comentario, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.* p. 160; ratificando lo expresado por G. Vinney.

81. Raúl Ferrero Rebagliati consideraba que tales declaraciones recogían una tradición jurídica milenaria que provenía de los estoicos y del cristianismo con Santo Tomás de Aquino, los iusnaturalistas del Renacimiento y la Ilustración. Ya en Inglaterra con el advenimiento de Guillermo y María al trono inglés se haría notoria la influencia iusnaturalista que luego

sujetos económicos, con el tiempo, se fijaron propuestas de corte social en distintas coordenadas.

Pero en la práctica, a medida que se desarrollaba el mundo bajo el abrigo (o el desabrigo) de la técnica y la ciencia, se ampliaron las brechas de información por lo que pensar que los sujetos tenían las mismas capacidades para negociar y proyectar las ventajas y desventajas por los daños generados de un producto defectuoso, o defenderse adecuadamente, sin contar con la obligación de transmitir datos relevantes sobre los efectos, resultaba una ficción absurda contraria a la realidad. Aunque es evidente que siempre existió poderío económico de una parte sobre otra u otras, la asimetría severa de información y el poder de la publicidad, en una sociedad fundamentalmente tecnificada, impuso e impone nuevas condiciones y fallas que procuran libretos diferentes a los que iluminaron las relaciones de comercio hace apenas cien años.

Guido Alpa (82) sobre las nuevas tendencias, menciona: "Según el esquema tradicional, el daño debe recaer sobre el sujeto que lo ha provocado con intención o por impericia, negligencia o "culpa". Consolidando el principio "ninguna responsabilidad sin culpa", las diversas codificaciones del Ochocientos y de los primeros años del Novecientos no hacen sino aplicar este principio, e individualizar en el criterio de transferir las pérdidas del sujeto sobre el cual éstas han caído al sujeto que las ha provocado con culpa o dolo, el único criterio de distribución de los riesgos. De tal manera, el juicio de responsabilidad no se extiende a otros que a los sujetos inmediatamente interesados, es decir, al dañado y al dañante (en cuanto autor del daño).

Con la afirmación de las teorías solidarias, la categoría de los sujetos interesados se amplía hasta comprender no sólo a los usualmente identificados con el daño, sino a otros sujetos que, de vez en cuando, se toman en consideración, ya sea porque han creado un "riesgo", del cual el daño se deriva, o porque, a partir del lucro generado por la actividad dañina, se juzga que pueden, al mismo tiempo, soportar también las pérdidas, endosando, en consecuencia, a los mismos la obligación del resarcimiento. Aunque lo que ha llegado a conformar la vasta área de la responsabilidad civil, tiene un desarrollo anterior a la teorización de los derechos del consumidor, adquiere especial brillo con la revolución industrial y los grandes descubrimientos tecnológicos y científicos de tal época. La culpa había fijado su reinado antes de que se iniciara la época de cambios.

Guido Alpa incluyó en *Responsabilidad Civil y Daño – Lineamientos y cuestiones* (83), un comentario que resulta muy pertinente en esta etapa al resaltar que las fuentes no son tan esquemáticas, y "provistas de matices y de *nuances*, muestran otra riqueza semántica y preceptiva".

No obstante el riesgo de que cada intérprete introduzca su propia vivencia temporal, a la lectura del pasado, una revisión sobre cuanto de la historia conforma nuestro presente, no deja de ser importante para describir las bases y sobre todo, dar cuenta del cambio o de la inamovilidad.

Sobre el desarrollo histórico, añadió Alpa, recogiendo precisiones de la literatura norteamericana y escandinava (84), que sería recurrente en ambas la afirmación de que la responsabilidad civil cumple en todo tiempo y lugar, cuatro funciones fundamentales como son a) la de reaccionar contra el acto ilícito dañino a fin de resarcir a los sujetos dañados; b) retornar al *statuo quo* en el que la víctima se hallaba antes de sufrir el perjuicio; c) reafirmar el poder sancionatorio o punitivo; y, d) disuadir

predominaría a través del despotismo ilustrado primero y de la revolución francesa después. FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *Ciencia Política- Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Librería Studium S.A., 1975, p. 361.

82. ALPA Guido, *Ob. Cit.*, p. 72.

83. *Ob. Cit.*, p. 106.

84. *Ibidem*, p.p. 68 a 70.

a cualquiera que intente voluntaria o culposamente, cometer actor perjudiciales para terceros.

Sin embargo, precisa el mismo Alpa, que la identificación de las funciones que cumpliría tal institución ha variado (85). "Es innegable, en efecto, que mudando de período histórico y ambiente social (como se puede verificar también en la "lectura" de los sistemas codificados en Europa) una función deviene preeminente respecto a la otra y viceversa. La reafirmación de la potestad estatal, por ejemplo, a través de la amenaza de una sanción es propia de sociedades en las cuales se advierte el poder centralizador del Estado. Mientras el concepto de la "pena privada", que se descubre en la experiencia del derecho romano, desde las disposiciones de las XII Tablas hasta la más desarrollada regulación (si cabe el término) que del ilícito, ofrece la *Lex Aquilia*, es propia de sociedades en los que no era todavía neta la separación entre "pena", de un lado, y obligación de resarcimiento, por el otro.

Constituye escenario de los cambios jurídicos, hacia el siglo XIX, una Europa que afirma la ampliación de las industrias básicas en los grandes Estados, llegando la edad del acero con fuertes concentraciones industriales y la lucha por los mercados. La industrialización se inicia principalmente, con la disposición de fondos importantes, utilizados en vías férreas, fábricas como en la explotación de nuevos recursos (86) y sobre todo, de nuevos inventos como el motor impulsado por gasolina, la transmisión de la energía por conducciones metálicas, el teléfono y finalmente la aviación (87). Europa mostraría su dinámica, un poco más conservadora. Pero en este proceso, como resultado de sus característicos elementos, los Estados Unidos de América también revelarían una original propuesta.

Reconocen los juristas de la época, que el Derecho no quedó ajeno a los procesos económicos lo que fue plasmado con mayor o menor acierto en la normativa, doctrina y jurisprudencia de la época.

Tras las múltiples discusiones en torno a si la responsabilidad por productos debía plantearse en el terreno contractual o en el extracontractual, como ya indicamos, emergerán tendencias particulares que buscan unificar o en todo caso, diluir las diferencias de ambos esquemas en procura del ideal de protección. Para contrarrestar los juegos de poder y ante los "nuevos vientos del cambio" por el impacto de la ciencia y la tecnología, los sistemas jurídicos han dado diferentes respuestas.

La sensación de peligro y el temor al daño en todo caso, ha acompañado al hombre desde su origen. La constatación de la presencia de catástrofes naturales es un perfecto ejemplo de ello. Sería la creación del ser humano lo que generaría temor y ausencia de seguridad.

Rescata Geneviève Schamps (88) en el ámbito de la doctrina francesa y belga, el concepto de *mise en danger* o la hipótesis de responsabilidad civil como consecuencia de la *puesta en peligro o generación de peligros* que hizo necesaria por un cambio de circunstancias de hecho, pero también un cambio de mentalidad desde 1804 (89).

La concepción jurídica que objetivó la responsabilidad a partir de la verificación de la generación de riesgos o peligros, sea por actividades o por bienes, ha constituido un escalón para llegar a estructurar un concepto general de responsabilidad objetiva. Este es y ha sido, además, un importante instrumento al que se ha recurrido para cubrir aquellos supuestos que pudieran quedar fuera de la responsabilidad civil

85. *Ibidem*, p.p. 69 y 70.

86. HEER, Jean, *Reflejos del Mundo 1866-1966. Presencia de Nestlé*, Lausana, Imprimeries Réunies S.A., 1966, p.p. 47 a 54. Para estos efectos, hemos considerado interesante citar los comentarios de una importante transnacional europea, fabricante de productos alimenticios.

87. HEER, Jean, *Ididem*, p.p. 48 a 54.

88. SCHAMPS, Genevieve, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, 1998, p. 807.

89. *Ibidem*, p. 807.

prevista en la Ley de Protección al Consumidor. En el caso de la responsabilidad del productor, el fundamento de la misma, está ligada a la peligrosidad o los riesgos derivados de la presencia del defecto en una producción que se complace y enorgullece de sus elevados niveles científicos y tecnológicos (90), como de la posibilidad de cubrir inmensos mercados, todo lo cual, además de generar confianza sobre la seguridad de los productos, multiplica la potencialidad dañosa del defecto.

1.2. Las propuestas en el ámbito mundial.

1.2.1. Las diferencias en los modelos: Europa y los Estados Unidos de América.

Los nuevos inventos generaron accidentes que se hicieron más notorios, primero, en un área sensible por el peso atribuido a la producción manufacturera: la relación entre los trabajadores y sus empleadores o empresarios. Los grupos organizados de trabajadores como la fuerza de una ideología, reveló que el daño recaía, como pesado lastre, en estas víctimas.

Aunque ese fue el origen, el desarrollo de una visión menos culpabilística y más objetiva de la responsabilidad civil, no se limitó al ámbito de las relaciones de trabajo sino que pasó a cubrir otras áreas.

La propuesta procuró, con mayor simplicidad, defender a las víctimas y liberarlas de las cargas probatorias que hasta entonces significaban la probanza del dolo o la culpa de quien se asumía como responsable de los riesgos. Hay en ello, una percepción de que son los titulares de los medios de producción los que debían soportar el daño al haber creado el riesgo pero también, al recibir los beneficios o el provecho de su actividad (91).

La lucha surgida en el terreno laboral, se trasladó con el tiempo, a una nueva categoría de sujetos vinculados al juego económico de la producción: los consumidores, cuya condición de víctima fue y es ligada a la desigualdad en el acceso a la información en la que, de hecho, se halla frente al fabricante.

Surgirán propuestas como las del Presidente Kennedy quien en un famoso discurso de 15 de marzo de 1962, estableció que debía procurarse el acceso de las personas a la información, educación y elección del consumidor.

Textualmente, el citado Kennedy señaló que "si a los consumidores se les dan productos de inferior calidad y en contraprestación los precios son altos, si las medicinas son peligrosas o no sirven, si el consumidor no tiene posibilidad de elegir en base a una adecuada información, entonces se despilfarra su dólar, su salud y su seguridad quedan amenazados y sufre el interés general". Prada Alonso (92), reprodujo la histórica frase de John F. Kennedy, "todos somos, por definición, consumidores", para resaltar que la defensa del consumidor está en cada persona ("en nosotros mismos", dirá) y por la vía del beneficio individual, se llegaría también al social.

Con similares objetivos y también en 1962, se elaboró en la Gran Bretaña, un informe (que sustentó la emisión de disposiciones legales), del Comité sobre Protección al Consumidor inglés presidida por el jurista Molony. Su informe se conoce como "Molony Report" y pretendió una protección integral al consumidor, contemplándose inclusive la creación de un organismo estatal para cautelar sus intereses.

La Organización de las Naciones Unidas adoptó en Asamblea General de 12 de diciembre de 1973, la Resolución Nº 3108 por la que se recomendó la adopción de

90. *Ibidem*, p. 796.

91. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, "El "riesgo de la empresa" como fundamento de la responsabilidad civil", en *Responsabilidad de la empresa*, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., 1996, p. 104.

92. PRADA ALONSO, Javier, *Ob. Cit.*, p. 21.

normas uniformes sobre la responsabilidad de los fabricantes en los casos de daños por sus productos puestos a la venta. Este organismo aprobó en Sesión Plenaria de 9 de abril de 1985, por Resolución 39/248, conteniendo Directrices para la Protección al Consumidor entre las que fijan como necesidades legítimas, la protección frente a los riesgos para su salud y seguridad, la posibilidad de una compensación efectiva, entre otros.

Con el ánimo de alcanzar una visión uniforme, se emitió la Directiva 85/374/CEE del Consejo de las Comunidades Económicas Europeas, de 25 de julio de 1985 que es tratado más adelante y en este mismo capítulo. Como veremos, la mentada Directiva, es un instrumento importante en Europa al representar la fuente normativa por la que cada país integrante de la Comunidad Europea, ha dictado disposiciones internas iguales o similares a la Directiva mencionada. El tema no se ha agotado en la adecuación de la misma, al derecho de cada país. Por el contrario, hay un dinámico debate por la emisión de normas pero también, por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha seguido dictando pautas a través de sentencias sobre la interpretación de la Directiva en relación con la legislación de los países comunitarios (93).

Las propuestas en Europa se observan menos espectaculares en cuanto a la fijación de indemnizaciones pues hay permanente interés por evitar que se desborde el objetivo de protección y se desincentiven actividades económicas importantes; sin duda, su propuesta se nutre del esquema de seguros integrales sobre todo, a cargo del Estado.

A partir de una visión subjetiva, se pasó a otra que desvaloriza como fundamental referencia, el análisis de la conducta del causante. La creatividad de las respuestas jurídicas ha sido y es un elemento importante a considerar. Interesa resaltar, el aporte que la Unión Europea trae en términos preventivos (94) con la carga educativa y de

93. Cabe adelantar que en Internet, en el sitio www.indret.com, aparecen comentarios de Joan Carles Seuba Torreblanca de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, de julio de 2002, sobre las sentencias pronunciadas con fecha 25 de abril de 2002 por el llamado Tribunal de Justicia de las Unión Europea, también conocida como de las Comunidades, sobre la Directiva 85/374, de productos defectuosos, fallos que resuelven que la misma, es imperativa y debe ser trasladada a los ordenamientos internos, tal y como fue redactada, sin disminuir o ampliar su contenido salvo en aquellos aspectos permitidos por la misma Directiva. Más adelante, analizamos las sentencias con mayor detalle, al tratar lo relativo a las disposiciones de la Unión Europea, Francia y España.

94. La Europa comunitaria, se mostró activa en la producción normativa sobre seguridad general de productos y comercialización. Como ejemplo de la responsabilidad que se generaba de manera concreta por productos defectuosos; y, difusión o cambio de información sobre daños derivados del uso de los mismos y la extensión del manejo preventivo aunque en parte, también represivo, se puede citar, la diversa normativa dictada desde 1967 como por ejemplo, la Directiva de Embalaje y Etiquetado de Sustancias Peligrosas (DO de 16-VII-67); la Decisión 74/234 de 16-IX-74 referida a la Creación del Comité Científico de la Alimentación Humana (DOL. 20-V-74); Resolución del 14-IV-74 sobre Programa Preliminar para una política de Protección e Información de los Consumidores (DO del 25-VI-75); Directiva 76/769 de 27-VII-76 sobre sustancias peligrosas (DOCE L 262/1976); Resolución de 19-V-81 sobre segundo programa de una política de protección e información de los consumidores (DO C de 03-VI-81); Decisión 84/133 del 2-III-84 relativa a la Información sobre peligros generados por la utilización de Productos de Consumo (DOL del 13-III-84); la Directiva 85/339 del 27-VI-85 sobre Envase de Alimentos Líquidos (DOLG-VII-85); la Directiva Nº 85/374 del 25-VII-85 sobre Responsabilidad por Daños (DOL del 07-VIII-85), Decisión 86/138 del 22-IV-86 sobre creación del Sistema de Información de los Accidentes por Utilización Productos de Consumo (DOL 26-IV-86); la Directiva 86/197 de 26-V-86 por la que se rectifica la Directiva 79/112 sobre las Leyes de los Estados Miembros Relativos al Etiquetado, Presentación y Advertencias de Productos Alimenticios para la Venta de los Consumidores (DOL 29-V-86); Directiva 87/357 del 25-VI-87 sobre Apariencia Engañosa de Productos con peligro para la

difusión que ello conlleva. Hay allí, una interesante fuente de enseñanzas para tomar en cuenta en el diseño de propuestas integrales. De los Estados Unidos de América, la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia de Indecopi adoptó la flexibilidad del manejo jurisprudencial y la visión económica como un instrumento, que entre otros, resulta útil para el análisis. Del sistema continental europeo, se ha tomado la regulación escrita como base pero sin tener el respaldo de un eficiente sistema de transmisión de información y de seguros. Nos asomaremos en todo caso, a los avances de ambas propuestas.

Pese a la liberalización económica que propone ideológicamente el derecho norteamericano, conviene recordar la tendencia a estructurar respuestas que, por ejemplo, creen incentivos o desincentivos sociales ante ciertas conductas de producción y comercialización (95) y procuren un equilibrio entre la libertad económica y la propuestas de corte social para alcanzar seguridad.

Por efecto de la globalización, podría producirse, en el futuro, una discusión sobre si corresponde adoptar un estándar mundial para medir la hipótesis de la defectuosidad de los productos. La pregunta es si éste será el de la "Gran Europa" o el de los Estados Unidos de América. Aunque se ha adoptado mucho más del Derecho de los Estados Unidos de América, hay importantes avances mostrados por el Derecho comunitario o de la Unión europea. Una tercera opción será el de las propuestas autónomas que tomen lo de ambos regímenes y lo apropiado a la realidad de cada país. La pobreza es una limitante que impone respuestas particulares y lleva a centrar la atención en soluciones complementarias para facilitar el acceso a la justicia en sede judicial y administrativa brindándose protección barata y eficiente. No se debe descartar el esquema de seguros obligatorios para quienes colocan productos riesgosos. Ojalá que esta investigación colabore en sugerir un debate y en hallar respuestas sobre el tema.

1.2.2. Los avatares en Europa.

1.2.2.1. La perspectiva de la Unión Europea.

Seguridad y la Salud de los consumidores (DOL del II-VI-87); la Resolución de 25-VI-87 sobre Indemnizaciones a los Consumidores; la Decisión 89/45 del 21-XII-88 para un Sistema Comunitario para el rápido cambio de Información sobre Daños Derivados del Uso de Productos para el Consumo (DOL 21-I-89); Proposición de Directiva COM 89/162 del 28-IV-89 y 7-VI-89 sobre Seguridad General de Productos (Modificada 27-VI-90); la Proposición de Directiva COM 90/259 de 27-VI-90 sobre Seguridad General de Productos; la Decisión 90/534 del 22-X-90 referida a la modificación de la Decisión 86/138 sobre creación del Sistema de Información de Accidentes por Utilización de Productos de Consumo (DOL 27-X-90); la Propuesta de Directiva COM 90/482 sobre la Responsabilidad del Prestador de Servicios (DOC 18-1-91); la Directiva 92/59 de 29-VI-92 sobre Seguridad General de Productos (DOL II-VIII-92) y muchas otras disposiciones que se han seguido dictando por las que se ha regulado, como tema recurrente, la seguridad en el consumo y uso de alimentos, medicamentos, aparatos electrodomésticos, etc. Podemos llenar muchas páginas sobre las disposiciones dictadas. De las referidas directamente a los daños causados por productos defectuosos, nos ocupamos al tratar la situación de la Europa comunitaria.

95. Luis Díez Picazo sostiene que como resultado del abuso de esta tendencia al extender más allá de lo necesario, la cobertura a las víctimas a través de los seguros, lo elevado de las indemnizaciones y la incertidumbre en torno a la determinación del *cuantum*, el sistema de socialización ha fracasado. *Ob. Cit.*, p. 219. Sin embargo, hay quienes de manera reciente, han defendido adecuadamente la validez del régimen de *Tort* vigente en los Estados Unidos de América de donde provienen los fallos más espectaculares dictados sobre responsabilidad por productos. Regresamos sobre esta idea, al tratar el Derecho del indicado país.

Abordamos el análisis del Derecho europeo mostrando el estado de la cuestión, reconociendo que el camino de la responsabilidad civil por los defectos de los productos, no ha estado exenta de debates en la Unión europea desarrollándose, en gran parte, por el interés en la armonización de normas.

Hay en ello, conceptos e ideas fundamentales. La primera está referida al significado del proceso de integración, el que pese a su complejidad, ha resultado el más exitoso de la historia contemporánea. Se ha logrado mejorar la cooperación en asuntos de interés común, creado un ámbito sin fronteras interiores, una sola ciudadanía, la unión económica y monetaria con una sólida moneda (el *Euro*) salvo contadas excepciones (pues no se usa en Dinamarca, Suecia y Gran Bretaña), esquemas de política exterior y de seguridad común. Su principal signo, en nuestra opinión, es el de haber logrado adoptar acuerdos o decisiones comunes y hacer que éstos sean respetados por los Estados miembros. Los mecanismos para dictar e imponer sus regulaciones, aunque puedan merecer críticas, ha mostrado a la larga, eficacia.

Como quiera que se expondrán los avances del Derecho comunitario, es importante describir los órganos de este sistema, como son, la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas (96). La Comisión Europea es el órgano supranacional cuyos miembros realizan su función en defensa e interés de la Unión con independencia de los que corresponden a los Estados miembros. En esencia, vigila la correcta aplicación de los Tratados y las Decisiones tomadas en base a éstos. Ese poder, se extiende a la lógica vigilancia del accionar de los Estados miembros y las personas, generalmente empresas, para controlar que se cumpla en general, el Derecho comunitario. Tiene además, iniciativa para sugerir disposiciones, función que comparte con el Parlamento Europeo pudiéndose considerar, en parte, un órgano ejecutivo de la Unión al adoptar los textos de aplicación para ciertas disposiciones de los Tratados, aplicando las normas y gestionando el presupuesto comunitario. El Consejo celebra los actos jurídicos necesarios para la aplicación de los Tratados y las políticas comunes, impulsa los mandatos para la apertura de negocios internacionales y asuntos presupuestarios y también, se ocupa de asuntos de política exterior y seguridad común. El Parlamento Europeo ejerce el control político de la Comisión y el Consejo Europeo y entre otras, tiene funciones legislativas y de control de la buena marcha de las políticas europeas, con consultas a la Comisión y al Consejo de la Unión (97). Si bien el Tribunal de Cuentas, ejerce la función de controlar el presupuesto comunitario (98), el tema no es de interés para estos efectos.

Más valioso es el papel que juega el Tribunal de Justicia de la Unión (denominado muchas veces, *Tribunal de Justicia de las Comunidades*). Su función principal es la de garantizar el respeto al derecho en cuanto a la interpretación del Derecho comunitario, con el consiguiente control de los actos de las instituciones, dirimiendo conflictos de competencia entre las instituciones y personas naturales y jurídicas europeas, dando uniformidad a la interpretación y validez de los actos comunitarios. Es el Tribunal Superior de justicia de la Unión. Sus sentencias son inapelables. Además de los 15

96. Recurrimos en este tema, al auxilio que la tecnología ofrece. La información aparece detallada y actualizada, en la página <http://www.ser.gob.mx/unioneuropea/laue/instunioneurope.htm>.

97. *Ibidem*, p.p. 5 y 6. Curiosamente, aunque este Parlamento ejerce sus labores a través de los 626 diputados que actualmente la integran y representan a "los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad", representa también los intereses políticos de los casi 100 partidos que se agrupan con dicha finalidad y no con arreglo a su nacionalidad.

98. Se reseña en el material antes citado (*Ibidem*, p.p. 7 y 8), que este Tribunal controla la legalidad, regularidad y buena gestión de los ingresos y gastos de la Unión. Los problemas que se presentan, se ventilan de manera abierta. Un ejemplo, es lo ocurrido hacia marzo de 1999, cuando la Comisión presidida por el luxemburgés Jacques Santer, renunció antes de someterse a una votación de censura del Parlamento Europeo a consecuencia de un informe de peritos independientes, que reveló casos de fraude y corrupción en el manejo del presupuesto comunitario del año 1996.

jueces designados de común acuerdo entre personas de reconocido prestigio e independencia, propuestos por los Estados miembros, existe también, la figura del "abogado general" que actúa como experto independiente respecto del Derecho comunitario, en su sede, ubicada en Luxemburgo.

La Directiva de 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad por los daños que causen los productos defectuosos, emanó precisamente, del Consejo siendo dicho instrumento, objeto de análisis por el Tribunal de Justicia de la Unión.

Por otro lado, el Derecho comunitario emanado de los distintos órganos, está compuesto por los Tratados y por la normativa derivada de los mismos como son los Reglamentos y las Directivas, las cuales tienen alcance general, y, las Decisiones referidas a cuestiones concretas. Las Directivas han establecido las obligaciones genéricas que los Estados miembros deben incorporar a su régimen jurídico interno. A ese proceso se le conoce como "transposición" y supone, como sugiere la palabra, trasladar la normativa, desde la Directiva correspondiente, al ordenamiento interno de los países integrantes de la Comunidad. Ha dicho Derecho, se suman las sentencias del Tribunal de Justicia. Se asumen formas de interdependencia y complementación entre las regulaciones internacionales y las de cada Estado. Pero en caso de conflicto, prevalece el Derecho comunitario.

La Unión Europea ha venido trabajando en la armonización de la normativa de los Estados miembros sobre seguridad del producto y de hecho, ese interés se refleja en la optimización de las relaciones de comercio y en la búsqueda de seguridad para la población (99). El objetivo de contar con reglas uniformes ha sido extremadamente valioso. Sin embargo, no deja de preocupar la falta de definición para admitir esquemas de defensa más agresivos en beneficio del consumidor. Ello será comentado, con más detalle, al analizar la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra la República francesa. El juego de argumentos ha sido interesante y deja en claro la posición que, en el tema, tiene dicho Tribunal.

La unidad normativa y el empeño por abordar un trabajo común, es, en todo caso, un ejemplo para los países de América Latina, cuyos niveles de pobreza generalizados, reducida estructura de organización interna, falta de servicios básicos para las grandes mayorías y cultura, conforman elementos relativamente similares. La unión para enfrentar a los grandes "consorcios" continentales o estatales y a las empresas, trae la fuerza. Pero, la posibilidad de unir esfuerzos en el terreno político y jurídico, está muy lejana todavía en esa gran área que se ubica por debajo de la línea que divide a la gran América, separando a los Estados Unidos de América para seguir, sinuosa y agreste, hacia el sur.

La experiencia europea ha sido, sin lugar a dudas, evolutiva y gradual; por ello, no se debe perder la esperanza de que, algún día, se hable de un verdadero mercado común americano aunque para ello, debemos superar, en cada caso, las diferencias existentes al interior de nuestros propios Estados y definir nuestra política interna para proyectarnos con la personalidad y la fuerza de un país unido. Será menester contar con una visión de liderazgo orientada a la unión en el ámbito internacional, tarea que no solo involucra a nuestro país sino a otros de esta sub región. La experiencia reflejada en la creación de la Comunidad Andina, no ha sido del todo exitosa y pasa actualmente, por una grave crisis. No perdemos, sin embargo, la confianza en establecer realmente, una gran Comunidad Andina.

99. CAFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatori. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, Nápoles, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, 2002, p.p. 14 a 15. CAFARO, Rosanna, *Il Codice del Consumo. La tutela del consumatore dopo il D. Legs. 6 settembre 2005, n206*, Nápoles, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, 2002, p. 5. Esta autora, como otros citados en este trabajo, resaltan el reconocimiento de derechos fundamentales en el ámbito comunitario, a la tutela en materia de salud y seguridad de los consumidores, a la de sus intereses económicos, al resarcimiento del daño, a la información y a la educación como a la representación, fijándose una noción significativa de consumidor.

Afirma Prada (100), que la protección hacia los consumidores no fue expresamente incluida en el Tratado Constitucional de las Comunidades Europeas aunque habían referencias en el artículo 2° del mismo. Éste expresa que es fin esencial de la Comunidad, la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de sus pueblos, siendo su misión, la de promover, mediante el establecimiento de un mercado común y por la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas, la expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, un acelerado aumento del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados miembros. Estas premisas han sido desarrolladas en todos estos años, hasta llegar al nuevo milenio con una gran Europa, regulada por disposiciones similares.

La evolución de la política comunitaria enfrentó diferentes fases (101). La primera correspondió a una concepción liberal e individualista en la que el bienestar se asoció con la expansión económica y a la creación de un amplio mercado al interior de los países integrantes, en donde no se asumía aún, la necesidad de una política de protección a la colectividad. Ese período va de 1957 a 1972. La segunda, se inició en 1972 y fue hasta 1982, consolidando la posición de los ciudadanos en donde se trató la protección al consumo y la responsabilidad con esquemas indemnizatorios, pero también la atención de la salud, la seguridad, los intereses económicos y la educación. A esta época, corresponde el Programa Preliminar para una Política de Protección e Información a los Consumidores que se materializó en la Resolución de Consejo de 14 de abril de 1975.

Una tercera fase se inició en 1985 con una propuesta más directa de protección a los consumidores que tiene en la Directiva mencionada, un instrumento que se engarzó en un conjunto de normas destinadas a atender la seguridad en la alimentación, en la fabricación de juguetes, medicamentos, etc. (102).

Tanto el Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, formulado en La Haya, el 2 de octubre de 1973 como la Convención del Consejo de Europa de 27 de febrero de 1977 en Strasburgo, sobre la responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o de muerte, abrieron formal y directamente el tratamiento del tema. Esta última Convención, conforma una regulación comunitaria planteando la tutela del consumidor, que, a su vez, ya había sido planteada en la Carta de Protección del Consumidor adoptada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa con fecha 07 de mayo de 1973 (103).

Pero la norma "marco" del Derecho Comunitario sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, fue la Directiva 85/374 del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Como adelantamos, ella estuvo precedida de diversos intentos para homologar y unificar la normativa (104) pretendiéndose evitar que las divergencias de trato entre los países miembros, falseen la competencia, afecten la libre circulación de mercancías y favorezcan la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o bienes, por un producto defectuoso. La Exposición de Motivos que sustenta las regulaciones fue minuciosa. Se precisó allí, que únicamente

100. *Ob. Cit*, p. 31.

101. *Ibidem*, p.p. 31 a 32.

102. Hace Prada Alonso, un detalle de la normativa dictada en ese período. *Ibidem*, p. 35.

103. Sobre la importancia y alcances de esta Convención, entre muchos otros trabajos, se puede revisar el trabajo de WOOLCOTT, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad europea*, p. 388.

104. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones*, *Ob. Cit.*, p. 405, PAYET, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima, 1992, tomo I, p.p. 341 a 343.

el criterio de responsabilidad objetiva, permitiría resolver un problema propio de una época de creciente tecnicismo. Sin embargo, algunas de las situaciones contempladas en el artículo 7° de la Directiva en función de las cuales, no será responsable el productor, atenúan bastante la premisa de la responsabilidad objetiva lo que no significa, en nuestra opinión, que ella constituya una simple inversión de la carga de la prueba. En todo caso, aludir taxativamente a ésta, en el año 1985, para todos los países integrantes de la Comunidad Europea, debió percibirse como un avance novedoso que se ocupara de regular un tema sensible que había generado una "espiral" ascendente de demandas por productos defectuosos que, por millones de dólares, fueron planteadas en los Estados Unidos de América (105).

La política comunitaria en el terreno de la protección al consumidor, fue reforzada con el Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastrich, el 7 de febrero de 1992 entrando éste en vigor el 01 de noviembre de 1993 (106). La lectura de la Directiva del Consejo N°85/374/CEE de 25 de julio de 1985, ya revela que ella incluyó fórmulas de consenso entre los sectores involucrados.

Su elaboración respondió a un trabajoso proceso (107) en el que Ponzanelli (108) resaltó la importancia de la iniciativa comunitaria condensada en el Proyecto de Convención sobre la responsabilidad del productor adoptado por el Consejo en el año 1977, presentándose en 1979 una propuesta de Directiva más elaborada. Se expresó en el artículo 19° de la misma Directiva de 1985, que los Estados miembros, debían transponerla en un plazo máximo de tres años a partir del día de su notificación, realizada el 30 de julio de 1985. No obstante fijarse plazo, el proceso de adaptación tardó un buen tiempo. Dado el avance previo del Derecho en los Estados Unidos de

-
105. No tenemos dudas del amplio conocimiento que la comunidad jurídica mundial, tiene de las altas indemnizaciones concedidas en los Estados Unidos de América. El panorama para los productores americanos se presentó siempre desolador. Sobre el particular, escandalizado, RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis (*Ob. Cit.*, p. 13), recurrió a un artículo del diario "El Mundo" de 10 de julio de 1999 en el que se informó de la condena aplicada a la empresa norteamericana General Motors por la defectuosa fabricación de su Chevrolet Malibú de 1979, considerado como peligroso. Menciona Rodríguez, que la indemnización dispuesta de la Corte en beneficio de seis personas, ascendió a 793,000 millones de pesetas. Las indicadas víctimas habían sufrido graves quemaduras cuando en 1994, viajaban en el auto indicado y un chofer borracho, los impactó en la parte posterior que entendemos, se incendió pues este vehículo tenía el depósito de gasolina en esa zona, lo que era muy peligroso. El jurado consideró que el automóvil tenía un defecto de diseño pues la ubicación del referido depósito, facilitaba esta clase de siniestros. Europa no se habría mantenido ajena a la satanización del esquema de los Estados Unidos de América. Sobre las verdaderas circunstancias que lo rodean existe, como ya adelantamos, el importante libro de KOENING, Thomas H., Michael L. RUSTAD, *Ob. Cit.*, el cual busca aclarar muchas confusiones y defender el *Tort* vigente en tal país. Aunque los montos indemnizatorios son altos, destacan estos autores, que ello obedece a una dinámica de carácter económico propia de los grandes consorcios encargados de la producción. Y es que una indemnización basada solo en el daño que se ocasionó a los accidentados, resulta, para estos imperios de consumo, una "cosquilla". Aunque este tema será desarrollado extensamente al tratar el caso del Derecho de los Estados Unidos de América, no está de más un avance. El ya clásico, caso del *Café caliente del Mac Donald*, por el que la anciana doña Stella Liebeck, sufrió serias quemaduras al quemarse con el café expedido por tal proveedor, no habría sido presentado de manera correcta, según KOENING y RUSTAD (*Ob. Cit.* p.p 6 a 8). Esto será tratado en detalle al analizar el Derecho norteamericano.
106. CAFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatori. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, *Ob. Cit.*, p. 5. El citado Tratado de Maastrich en 1991, estableció, oficialmente, la Unión europea como sucesora de la Comunidad Europea.
107. ALCOVER GARAU, Guillermo, *La Responsabilidad Civil del Fabricante (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, p. 42.
108. *Ob. Cit.*, p. 109.

América, se advierte la actuación inspiradora de este último en la Directiva europea de 25 de julio de 1985 (109).

Subraya Alcover Garau (110), que la demora en la transposición de la Directiva a la regulación de los Estados miembros, ocurrió por lo novedoso de sus disposiciones a la fecha de emisión de las mismas y por sus indudables consecuencias económicas, existiendo la presión de numerosos "lobbys" los que apuntaron a los centros de decisión de los Estados miembros para dirigir los proyectos. Es posible comprender la preocupación frente a un sistema judicial que aunque puede tener una carga procesal elevada, cuenta con mayores recursos económicos y técnicos, y, con ello, más posibilidad de profundizar en la temática, contando con abogados y peritos mejor preparados para la defensa, apoyos complementarios para ubicar al responsable y recursos económicos del mismo proveedor para responder patrimonialmente frente a una acción (111).

Hay elementos por destacar de este proceso como resalta, de manera siempre magistral, Guido Alpa, siguiendo la propuesta analítica de Rodolfo Sacco (112); los formantes del derecho-ordenamiento fueron la legislación, la jurisprudencia y, obviamente la doctrina pero bajo el aporte de la ciencia civilista a la construcción del supuesto de hecho de responsabilidad del productor. La legislación, sin embargo, era inorgánica hallándose regulaciones para la producción de juguetes, de cosméticos, de energía nuclear, de venta por correspondencia. La jurisprudencia sobre responsabilidad civil era amplísima y el esfuerzo de la doctrina también. Sobre todo, era evidente la erosión del dogma "ninguna responsabilidad sin culpa" (113). La protección de los Códigos civiles de los países miembros era más bien indirecta, siendo necesario centrar la atención del problema en sus características.

Con apoyo del Derecho civil, se empezó a hablar del consumidor bajo la percepción de economistas clásicos y juristas atentos a los fenómenos comunicativos y de persuasión siendo muy apropiadas, las referencias de Ghindini, que, recogidas por Alpa (114), aluden a fundar la responsabilidad del productor en las erradas o las omitidas informaciones o sobre las dolosas *representaciones* del producto (bajo una terminología que nos recuerda a los constructos de los que se vale la psicología para estudiar el proceso cognitivo del ser humano solo que, en este caso, la referencia se sitúa en la forma como se crea en el consumidor, la expectativa de seguridad).

Se empezó a hablar de la tutela del consumidor, que en algunos casos, se habría mostrado paternalista a decir de Alpa (115), reflejando la real situación de las partes pero sobre todo, la posición de los protagonistas en el mercado, de la mano del mito del consumidor "racional", cargado de experiencias para prevenir gran parte de los incidentes del mundo actual. Ratifica Alpa, que el modelo es forzado llegando a convertirse en una *fictio* para utilizar con cautela (116). Lo cierto es que el proceso de

109. Coincidimos con lo manifestado por WOOLCOTT, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad europea*, p. 388.

110. *Ob. Cit.*, p. 42.

111. Es lejana esa realidad, para un sistema como el nuestro, en donde la limitación de recursos materiales o económicos, constituye una regla. Aunque las remuneraciones de los Magistrados han mejorado sustancialmente, se hace necesario considerar de manera integral, el apoyo a la labor jurisdiccional, con la difusión de los alcances de la Ley de Protección al Consumidor entre otros ajustes. El diseño de una propuesta pasa por comprender y mejorar una realidad en la que la difusión de los principios de la responsabilidad civil en general, y la referida a los productos defectuosos en especial, tiene también un papel importante. La meta y la fe e el cambio, no debe perderse de vista.

112. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones*, *Ob. Cit.*, p. 406.

113. *Ibidem*, p. 408.

114. *Ibidem*, p. 409.

115. *Ibidem*, p. 409.

116. *Ibidem*, p. 409. En la obra indicada, Alpa cita además, a diversos autores italianos que llaman la atención sobre esta figura tildándolo de problema.

descodificación, se produce en torno a la responsabilidad civil por productos defectuosos aplicables a la generalidad de ciudadanos afectados combinándose con normativa específica para atender la tutela del consumidor en su relación con los responsables de la producción y el comercio en el ámbito del mercado aunque abarcando otros supuestos de protección para cláusulas abusivas, publicidad engañosa, la venta a domicilio, venta a distancia, contratos turísticos y de multipropiedad, garantía de los bienes de consumo y acciones inhibitorias como ha ocurrido, por ejemplo, con el Código de Consumo publicado en Italia el 06 de setiembre de 2005 y aprobado mediante Decreto Legislativo N° 2006 (117). El objetivo de la armonización y mejora de las reglas de los Estados miembros se mantiene presente.

Fue el Reino Unido, el primero en cumplir con transponer la Directiva de 1985 en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, a su régimen interno en la Part I de su *Consumer Protection Act* de 15 de mayo de 1987, la cual entró en vigor, el primero de marzo de 1988 (118).

Le siguió Grecia, país que introdujo la norma a través de la Decisión común número 7535/1077 de los Ministerios Económicos, entrando ella en vigencia el 31 de julio de 1988 (119).

Italia lo hizo en 1988, por Decreto N° 224 del Presidente de la República de 24 de mayo de 1988 y éste entró en vigor el 31 de julio del mismo año (120).

Sin embargo, aunque se cumplió con incorporar la Directiva, la Comisión de la Comunidad consideró que, e algunos casos, ese proceso no se hizo correctamente y por ello, inició procedimientos contra Italia y el Reino Unido por una inadecuada transposición (121). Más tarde, lo haría también con Grecia (122) aunque, como veremos, estos no fueron los únicos casos de observaciones planteadas.

Se consideró hasta hace poco, que cada país podía incorporar ciertas modificaciones, incluyendo reglas más rigurosas en algunos aspectos. La facultad indicada, sin embargo, ha sido asumida de manera muy excepcional y de hecho, el tema ya ha motivado diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades, todas ellas de fecha 25 de abril de 2002, referidas a los alcances de la Directiva Comunitaria 85/374 de productos defectuosos (123). Ha quedado aclarado lo que ya se había

117. CAFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatori. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, Ob. Cit. CAFARO, Rosanna, *Il Codice del Consumo. La tutela del consumatore dopo il D. Legs. 6 settembre 2005*, N° 206, Ob. Cit. p. 23.

118. ALCOVER GARRAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 43.

119. *Ibidem.*, p. 43.

120. *Ibidem.*, p. 43.

121. DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, p. 49. Lamentablemente, este autor no realiza un detalle sobre las razones que generaron ese cuestionamiento.

122. Las observaciones realizadas a dicho miembro de la Comunidad Europea constan en la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto C-154/00 en los seguidos por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica, con fecha 25 de abril de 2002, por adaptación incorrecta de la Directiva, en la medida que no se había incluido la franquicia de 500 Euros y que la Directiva incluía principios no acordes con el ordenamiento interno de dicho país en torno a los daños que debían estar cubiertos. Grecia se defendió indicando que la Directiva solo incluía una armonización mínima permitiendo que los Estados miembros adoptaran o incluyeran reglas que proporcionaran mayor protección a los consumidores. Sin embargo, concluyó el Tribunal en el sentido de que en los puntos materia de la discusión, la Directiva establecía fórmulas imperativas y no de mínimos mientras que de otro lado, invocar las disposiciones del ordenamiento interno a fin de limitar los alcances del Derecho comunitario, involucraban menoscabar la unidad y la eficacia de dicho Derecho lo que no era admisible. Se declaró, pues, el incumplimiento de la República Helénica y ella fue condenada al pago de las costas.

123. Las sentencias en cuestión son sumamente recientes y están referidas a tres casos, pronunciados

indicado en doctrina y es que ella es de carácter imperativo y no de principios mínimos (124), existiendo un margen de modificación por parte de los Estados miembros, que debe ser interpretado de manera restrictiva. Los Estados tendrían que haberla incorporado solo en el sentido en que se adoptó, existiendo una reducción de la libertad regulatoria solo para los aspectos que ella misma admite o precisa.

La mayor parte de los países integrantes de la Comunidad no cumplió con el plazo acordado y por tal razón, la Comisión de la Comunidad inició procedimientos contra nueve Estados por demora en los plazos (125).

Austria se adaptó a la Directiva mediante la Ley Federal de 29 de enero de 1988 siendo su adhesión casi plena a la normativa indicada (126).

Alemania cumplió con la transposición en 1989; Bélgica lo hizo mediante Ley de 25 de febrero de 1991. Francia dilató bastante la transposición pues cumplió con ella en 1998 mientras que España, dictó la Ley 22/1994 de 6 de Julio de 1994 transponiendo la normativa comunitaria y limitando la posibilidad de exclusión en estos riesgos para el caso de determinados medicamentos y otros productos.

Lo concreto es que mientras se producía la incorporación o transposición, surgió todo un debate sobre el *efecto directo de la Directiva* siendo interesante conocer las medidas jurídicas adoptadas. En este sentido, refiere Alcover, que la llamada *doctrina del efecto directo* de las normas comunitarias había sido tratada y desarrollada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades desde 1970 aunque no sin presentar conflictos pues en Francia, los Tribunales negaron tajantemente el citado efecto (127). Si los Estados miembros, como receptores y destinatarios de estas reglas, habían incumplido el proceso de adaptación, se evaluó en el Tribunal si ello no facultaba a los particulares a requerir o invocar ante las autoridades jurisdiccionales, que el Estado cumpla con las disposiciones que sean precisas e incondicionales. Dicho requerimiento tendría que haberse aplicado recién a partir del 30 de julio de 1988, para los productos puestos en circulación (128).

Tal efecto directo a su vez, se combinaba con la doctrina del *stoppel* desarrollada por el Derecho anglosajón siendo un caso emblemático, el de la *Sentencia Ratti*, la que lo enuncia muy bien. El Tribunal de Justicia de las Comunidades señaló mediante dicho precedente, que una persona o una institución pública, no podía defenderse ante una reclamación basándose en una situación de incumplimiento que ella misma ha creado. Y ello, representa que un Estado no puede oponer a los particulares, como defensa, su propio incumplimiento de la obligación que la Directiva le impone para negarles

contra la República Francesa, Helénica (ya indicada) y en relación a una demanda planteada en España. No comentaremos por ahora, el detalle de lo ocurrido en el primer y último de los casos indicado sino que lo haremos al referirnos a la situación de los mencionados países. En líneas generales, expresó el Tribunal de Justicia, que la Directiva contiene reglas imperativas, salvo casos expresos como el referido a ciertos aspectos de los riesgos de desarrollo por ejemplo, o en su momento, para el caso de las materias primas agrícolas y los productos de caza. En ellos, se permitía un margen de apreciación al Estado miembro; pero ello no ocurría en la franquicia. Es posible revisar los comentarios hechos por Joan Carles Seuba Torreblanca de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, en julio de 2002, los que aparecen en www.indret.com.

124. Ya se había subrayado este principio, desde inicio de la década de los 90, en las palabras de ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p.p. 60 y 61. Si bien habían otras Directivas de la Comunidad que si permitían que los Estados adopten o mantengan disposiciones para una protección más intensa hacia el consumidor, el interés de la armonización, aparecería aquí como un objetivo fundamental.

125. DE LA VEGA GARCÍA, *Ob. Cit.*, p. 49.

126. ALCOVER GARRAU, Guillermo, *Ibidem.*, p. 44. Esta autor resalta la fuerza expansiva de la Directiva, cuyo texto, fue analizado para los efectos de la incorporación de sus reglas, por países como Finlandia, Noruega y Suecia aunque las principales objeciones giraron en torno a los "riesgos del desarrollo".

127. *Ob. Cit.*, p.p. 44 y 45.

128. *Ibidem*, p. 45.

derechos que tendrían en virtud de la norma interna de desarrollo de la misma (129). El efecto directo tendría que ser vertical más no horizontal entre los particulares pues así, se crearían obligaciones "a cargo no del Estado incumplidor, sino de un particular y no parece posible imponer obligaciones a éstos en virtud de una directiva, ya que no son los destinatarios de la misma y, por ende, nada han incumplido." (130).

La Directiva ha sufrido cambios desde que fuera publicada. Si bien en un primer momento se procuró no cargar con la responsabilidad objetiva y en general, no imponer un régimen estricto para los productores de materias primas provenientes de la tierra, el ganado y la pesca, los graves problemas detectados en buena cuenta, por el mayor desarrollo de las investigaciones médicas en ciertos productos, han hecho indispensable considerar su inclusión por los riesgos que estos productos generan. Esto se relaciona, concretamente, con la terrible enfermedad de las "vacas locas" cuyos efectos han devastadores en Europa. Así, con fecha 10 de mayo de 1999, fue publicada la Directiva N° 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modificó la Directiva N° 85/374/CEE a partir del 04 de diciembre de 2000. Los Considerandos 8 y 9 de la nueva Directiva, expresaron la necesidad de incluir los citados productos a fin de prestar mayor protección a los consumidores (131), obligando a dichos productores a ser especialmente cuidadosos en la calidad de sus productos considerando cuidadosos controles a su producción ganadera por ejemplo. La variación estaría dada por la supresión del inciso a) del apartado 1 del artículo 15° de la Directiva dictada en 1985.

Cabe señalar, que para evaluar si la Directiva 85/374/CEE, cumplió con los objetivos trazados, tras 15 años de su implantación formal, el 28 de julio de 1999, la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el llamado *Libro Verde* (132) sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos (133). Mediante dicho documento, se buscó consultar a los interesados, y generar el debate sobre si la Directiva había logrado proteger a las víctimas y promover la mejora de la seguridad de los productos en el mercado interior de la Unión Europea, evaluando los nuevos riesgos detectados. Rodríguez Carrión mencionó en torno al tema, un gran verdad que debe llevarnos a reconocer que "el riesgo cero" no existe (134). Las crisis alimentarias en Europa ("vacas locas", dioxina, etc.) confirmaron tal premisa. Frente a dichos siniestros, la política de la Unión Europea debía centrarse en la parte indemnizatoria (e imaginamos que la preventiva también). Pero con ello, ha estado presente también, la intención de no frenar la capacidad de innovación e investigación de la industria. , tratando de lograr un sistema óptimo para indemnizar lo mejor posible a las víctimas de los daños surgidos a causa de la producción (135).

Las principales propuestas del *Libro Verde* (136), fueron: a) la creación de un fondo por parte de las empresas productoras, en la medida que la Directiva 85/374/CEE no

129. *Ibidem*, p. 45.

130. *Ibidem*, p.p. 45 y 46.

131. RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 61. Es posible hallar en Internet, el texto actual de la Directiva 85/374/CEE.

132. Cabe señalar que el *Libro Verde*, constituye un documento de reflexión publicado por la Comisión en áreas de política concreta, que, como se ha indicado, buscan crear un ambiente propicio para la discusión de los temas propuestos y según el caso, estimular la emisión de la normativa respectiva. Son más la presentación de temas para generar debates. Por otro lado, el *Libro Blanco*, es un documento que muchas veces, es la continuación del Libro Verde y contiene propuestas para la acción comunitaria, también en áreas concretas o específicas. Mientras que el llamado *Libro Verde*, contiene propuestas, el *blanco* incluye un paquete oficial de programas de acción. El Libro Verde sobre responsabilidad por productos defectuosos, fue presentado por la Comisión de Bruselas en julio de 1999,

133. RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 35.

134. *Ibidem*. p. 35.

135. *Ibidem*, p. 36.

136. *Ibidem*, p.p. 36 y 37. Recogemos casi en su totalidad, las apreciaciones de Rodríguez sobre los alcances del *Libro Verde*.

obligó a las empresas a cubrir los defectos que la técnica no permitía descubrir en el momento en que el producto fue fabricado (la idea era cubrir los riesgos de desarrollo, y de esa manera, asegurar las indemnizaciones a los perjudicados como ocurre en otros países que han adoptado un principio de cobertura por encima de la determinación de responsabilidades); b) la eliminación del límite de la responsabilidad del fabricante, pues sólo tres Estados de la Unión Europea habían incorporado dicha limitación (España, Portugal y Alemania); c) la ampliación del plazo de caducidad de 10 años, por considerarse insuficiente para cubrir las situaciones de daños surgidos posteriormente, más aún si se tomaba en cuenta que el Parlamento Europeo había propuesto la extensión del plazo a 20 años en el supuesto de vicios o defectos ocultos; d) la implantación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio para los accidentes en serie; e) la extensión de cobertura a los servicios e inmuebles, a los daños extrapatrimoniales, actualmente no contemplados, así como a los daños causados a profesionales, ya que actualmente se protege al consumidor únicamente; f) supresión del artículo 13 de la Directiva, estableciendo un régimen común único de responsabilidad por productos defectuosos, ya que el citado artículo permite a los Estados contratantes legislar de forma distinta sobre determinadas cuestiones que en la misma se especifican, lo que daba lugar, según Rodríguez (137) a cierta inseguridad jurídica por parte del fabricante, así como del consumidor, al coexistir normativas no armonizadas sobre la misma materia; g) facilitar al perjudicado la carga de la prueba en tanto es oneroso y difícil de conseguir, dependiendo del producto en cuestión y del defecto; y i) obligar al fabricante a facilitar toda la documentación necesaria e información complementaria, para que el perjudicado pueda beneficiarse de elementos concretos para demostrar el daño sufrido (lo que significa hacer válida una *discovery rule*).

Las propuestas del *Libro Verde*, fueron analizadas por Resolución del Parlamento Europeo el 30 de marzo del 2000 (138) resolviéndose disponer en líneas generales, que cualquier reforma a la Directiva debía basarse en hechos probados de manera inequívoca, debiendo la Comisión, conseguir pruebas objetivas no solo a través de las consultas sino también, aplicando métodos científicos e implicando a la Comunidad académica y a la sociedad civil (lo que debe dejarnos una enseñanza sobre cómo manejar los problemas en cualquier sociedad democrática). De otro lado, recomendaron, que se profundice en algunas propuestas utilizando otros instrumentos del Parlamento Europeo y del Consejo para aprobar un plan de acción comunitaria para la prevención de lesiones en el marco de la salud pública y para recopilar datos relevantes sobre las lesiones personales producidas por productos defectuosos. Se señaló que era necesario poner en marcha proyectos de investigación idóneos para este ámbito jurídico, aludiéndose a la necesidad de buscar coincidencias entre la justicia correctiva basado en la culpa y en la responsabilidad sin culpa basado en un principio de distribución de riesgos. Recordó el Parlamento, que en relación con el derecho de obligaciones, se han conseguido notables resultados gracias a diversas iniciativas del Centro Europeo de Derecho de Seguros e Indemnizaciones. Entre otros temas, el Parlamento manifestó su preocupación por la necesidad de profundizar en el tema de la carga de la prueba y la posibilidad de que las partes puedan acceder a ella; en las excepciones a la responsabilidad estricta en los riesgos de desarrollo; la conveniencia de revisar los actuales plazos de responsabilidad civil tomando en cuenta los problemas que generan los defectos latentes; las categorías de daños físicos y psíquicos; y, los problemas pertinentes de acceso a la justicia.

Resulta importante resaltar que en el ámbito de la Unión Europea, no se concibe un régimen de responsabilidad por productos ajeno a la problemática de su aplicación procesal específica. De allí que inmersa en la problemática, se encuentra la facilitación

137. *Ibidem*, p. 36.

138. La información puede ser hallada en la ruta www.ecodes.org/documentoecodes/libroverde

de las acciones y los conflictos procesales para acceder a una justicia para atender este tipo de conflictos.

Por otro lado, algunos países han procurado incorporar las propuestas del Libro Verde. En este sentido, en Alemania por ejemplo, se discutió la incorporación de la *discovery rule* o regla que permite requerir descubrir la información importante o relevante para el consumidor la misma que, finalmente, fue incorporada a su ordenamiento jurídico.

Sin agotar el tema, en tanto posteriormente, recurriremos a la Directiva para comparar los aspectos concretos de la definición de producto, defecto y otros conceptos, es importante hacer un resumen de lo que señala dicho instrumento internacional (139).

1. Con relación a la calificación de producto, el artículo 2° de la Directiva incluye en ella, a todo bien mueble, aunque quede incorporado a otro bien, mueble o inmueble. Originalmente, se excluyó del concepto a los productos de caza, al ganado, a los que proporciona la tierra y a la pesca (con una redacción confusa pues, por los objetivos y sistemática general, los comprendían). La exclusión no era válida si éstos sufrían una transformación inicial. Empero, tal visión ha cambiado según lo ya indicado en páginas anteriores. Los servicios quedaban fuera por mera definición. Los inmuebles, fueron excluidos de forma expresa, no por su naturaleza sino por el hecho de que en Europa, casi todas las legislaciones contaban con reglas suficientes para proteger a los consumidores por los defectos de tales bienes (140). Esta ha quedado en otros casos como el peruano, como una opción del legislador (141).
2. La responsabilidad en la Directiva pretende ser, como consta en sus Considerandos y se desprende de la redacción misma de su artículo 1°, de carácter objetivo, introduciéndose una “verdadera y propia hipótesis de responsabilidad sin culpa” circunscrita a la figura del productor (142), al precisarse que el fabricante es responsable del daño causado por el defecto de su producto. Para algunos, esta responsabilidad es más bien, cuasi objetiva o semi objetiva (143). En nuestra opinión, es una responsabilidad objetiva aunque atenuada por regulaciones específicas sobre la exclusión de responsabilidad por los riesgos de desarrollo y otros supuestos que indicamos más adelante.
3. Sobre la calidad de sujetos pasivos, la Directiva alude en su artículo 3°, primero, al fabricante del producto acabado (también el fabricante-proveedor de una materia prima o de una parte componente del producto), al importador de un país tercero a otro de la Unión Europea, así como al suministrador del producto acabado (siempre que el perjudicado no logre identificar al fabricante o importador) y a toda persona que se presente como fabricante prestando su nombre, marca u otro signo distintivo, según precisa la normativa (144). Es una excepción, comprender al suministrador que debe comunicar al perjudicado, en tiempo oportuno, la identidad del fabricante o importador o de su propio proveedor o suministrador.
4. Sobre los que tienen la calidad de perjudicados, no se observa ninguna limitación directa ni por la vía de los Considerandos de la Directiva, en cuanto a

139. Resulta útil también, revisar los comentarios efectuados sobre el tema, por RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis, *Ob. Cit.*, p.p. 28 y 29.

140. LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 61.

141. Nuestra Ley de Protección al Consumidor, incluye a los inmuebles como productos. Así, el Decreto Legislativo N° 716, señala lo siguiente:
"Artículo 3°.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por:
[...]

c) Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor."

142. Alpa, Guido, *Responsabilidad civil y daño, Lineamientos y cuestionas*, *Ob. Cit.*, p. 417.

143. DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L., *Ob. Cit.*, p. 49.

144. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Ob. Cit.*, p. 28.

asumir una noción restringida de "consumidor"; de hecho, se ha interpretado que hay una visión más amplia de quienes caen como sujetos afectados por el producto dañoso (145). Todo indica por ello, que puede serlo cualquier persona humana, incluso el *bystander* o tercero no adquirente o contratante, sin vinculación al adquirente del producto por formar parte de su entorno familiar o social (146).

5. Para el artículo 6° de la Directiva, un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar de él, teniendo en cuenta todas las circunstancias que detalla la misma Directiva, de forma enunciativa y no como un *numerus clausus*.
6. Las causas que permiten la exoneración del productor, aparecen en el artículo 7° de la Directiva. Constan allí, los diversos presupuestos que, de probarse, permiten al productor su exoneración o liberación de la responsabilidad, lo que atenúa bastante la objetividad planteada. La Directiva aludió a la exoneración por los riesgos de desarrollo, *development risks* en inglés, *Entwicklungsgefahren* en alemán, *rischio di sviluppo* en italiano, *risque du développement* en francés lo que ha sido objeto de críticas (147) pues convertiría a los sujetos en *conejillos de indias*. Para otros, en caso de rechazarse la exoneración, se afectarían los costos de investigación de las empresas. Si el fabricante soporta los riesgos indicados, se paralizaría o encarecería la fabricación y comercialización de productos (al trasladarse el costo de las indemnizaciones a los consumidores), afectándose en particular, los farmacéuticos y los de alta tecnología. De trasladarse el resarcimiento al seguro, esto tendría un impacto en el precio haciéndose, también, más costosos los productos al trasladarse dicho concepto al precio y lógicamente, al consumidor. La discusión en el ámbito europeo, se ha centrado también en la irresponsabilidad en beneficio del productor, cuando el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas existentes o dictadas por los poderes públicos. La razón de la norma comunitaria habría sido la de no paralizar la producción y comercialización. A este nivel, se apunta a reforzar los niveles preventivos y de comunicación de cualquier riesgo o defecto. Para Alcover, la Directiva ofrece un grado de protección más elevado que el Derecho norteamericano pues impide al fabricante exonerarse de la excepción vinculada al *state of the art* o estado del arte o de la técnica de fabricación en un momento dado, opción que estaría permitida por el Derecho norteamericano. Empero, esa afirmación no aparece de manera precisa en la Directiva y el mismo autor que así lo manifiesta, no aclara el tema (148).
7. Corresponde al perjudicado probar el daño, el defecto y el nexo de causalidad entre el defecto del producto y el daño según el artículo 4° de la Directiva.
8. Para el artículo 9° de la Directiva, son objeto de cobertura como daños, la muerte, las lesiones corporales, así como los daños materiales (siempre que no se trate del mismo producto), que los bienes afectados superen el llamado "deducible" de 500 Euros, que el objeto material sea el normalmente destinado al uso o al consumo privados, o que haya sido utilizado por el perjudicado principalmente para su uso o su consumo privados.
9. La Directiva deja en el artículo 9°, que los daños morales, extramatrimoniales o inmateriales sean regulados por la legislación de los Estados miembros.
10. La Directiva precisa en su artículo 10°, que cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de

145. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 83. RODRÍGUEZ CARRIÓN, José Luis, *Ob. Cit.*, p.p. 28.

146. La Ley española por ejemplo, limita la protección al consumidor y al usuario como destinatarios finales. Como veremos, tanto la jurisprudencia administrativa de Indecopi, aluden a un concepto restringido de consumidor.

147. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ibidem*, p. 50.

148. *Ibidem*, p. 57.

la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad de setenta millones de Euros, que sería objeto de revisión.

11. La Directiva fija en su artículo 10°, un plazo para la prescripción de las acciones para reclamar la indemnización de daños derivada de la responsabilidad del fabricante, de tres años a contar desde la fecha en la que el reclamante ha tenido, o debiera haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del fabricante. Opera una simplificación de los plazos. No se expresó, sin embargo, que los Estados miembros se hallaran autorizados a establecer períodos diferentes de prescripción. Las regulaciones de los Estados miembros en torno a la interrupción y la suspensión de la prescripción, no son afectadas por la Directiva.
12. Bajo una regulación dictada en evidente beneficio para los productores, la Directiva fija además, en su artículo 11°, un plazo de caducidad de los derechos a accionar, de diez años, desde la comercialización del producto. Se entiende que dicho plazo, excluye la posibilidad de interponer con resultados positivos, cualquier reclamación posterior a dicho plazo, aunque no se haya materializado aún el daño pero pueda mantenerse éste latente. Por las características de la figura de la caducidad, aún si se manifestó el daño, basta con que no se haya producido un requerimiento formal al productor para perder toda posibilidad de acción. La dureza de la regla para el consumidor, es evidente pues la ciencia y la tecnología precisamente en productos defectuosos, ha revelado que el daño puede mantenerse latente más no evidenciarse en ocasiones durante un período prolongado superior a diez años. Es un ejemplo, el caso del famoso medicamento DES ⁽¹⁴⁹⁾.
13. La responsabilidad del productor no puede quedar limitada o excluida en relación al perjudicado, en virtud de cláusulas contractuales limitativas o exoneratorias de la responsabilidad, conforme precisa el artículo 12° de la Directiva.
14. Conforme al artículo 8° de la Directiva, la responsabilidad del productor no puede reducirse o anularse considerando todas las circunstancias del daño, cuando éste haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero. Ello es posible cuando concurre la culpa del perjudicado.
15. Ha sido importante en este contexto, la Directiva 87/357/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1987, sobre productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores y la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad de los productos.

Rodríguez Carrión, incluyó interesantes comentarios resaltando que por el carácter internacional del intercambio de productos, fueron necesarias regulaciones en el Derecho procesal internacional europeo ⁽¹⁵⁰⁾. Así, se dictó el Convenio Internacional relativo a la competencia judicial y de ejecución de sentencias judiciales en materia civil y mercantil, dictado en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968, el Convenio Internacional relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de Lugano, el 16 de septiembre de 1988, y, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de Roma, el 19 de julio de 1980 y otros. Rodríguez manejo procesal ⁽¹⁵¹⁾ por el que en virtud del contenido de los Convenios de Bruselas y Lugano, ya mencionados, el perjudicado que sea, por ejemplo, español, podía dirigir su acción judicial en España contra el fabricante extranjero, obtener la ejecución de la sentencia en el país de citado

149. Hay mucho sobre este caso y de hecho, lo tocamos en varas partes de este libro. Está referido al cáncer producido más de diez años después de consumido el producto por las madres, en sus hijas. Véase PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo I p. 151.

150. *Ob. Cit.*, p. 34.

151. *Ibidem.*, p. 34.

fabricante o dirigir la acción contra cualquiera de los "elementos activos de los daños", que entendemos, involucra accionar contra cualquiera de los involucrados como responsables en la producción del daño, siempre que sean ellos, obligados según el respectivo convenio.

Para elevar el nivel de protección y garantizar la salud y la seguridad del consumidor por los productos que se hallan en el mercado, se ha aprobado la Decisión N° 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999, con miras a establecer un cuadro general de actividades y de prioridad en materia de la política de los consumidores y de protección a su salud ⁽¹⁵²⁾ aprobándose el Plan de Acción para la política de los Consumidores 1999-2001 para temas como la representación e instrucción de los consumidores, su salud y seguridad y la protección de sus intereses económicos, asignando recursos económicos buscando elevar el nivel de tratamiento a la salud y a la seguridad de los consumidores ⁽¹⁵³⁾. Ha sido soporte de este Plan, la Resolución del Consejo del 28 de junio de 1999. Es posible hallar el Reglamento (CE) N° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo del 28 de enero de 2002 sobre seguridad alimentaria además de un Codex Alimentarius y un Libro Verde de 1997 en esta materia e inclusive, reglas para el tratamiento de los organismos genéticamente modificados regulada por la Directiva N° 2001/18/CE y Reglamento CE N° 97/258 referido a la indicación de la presencia de estos organismos en los alimentos ⁽¹⁵⁴⁾.

Las Directivas de la Unión Europea al igual que las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia, insisten en todo momento, en que es objetivo fundamental ⁽¹⁵⁵⁾, estrechar las relaciones entre los Estados miembros y los pueblos europeos así como asegurar su progreso económico y social. Un ejemplo de lo indicado, es la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la llamada *sociedad de la información* ⁽¹⁵⁶⁾ y de manera particular, el comercio electrónico en el mercado interior,

152. CAFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatori. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, Ob. Cit, p.p. 16 y 17.

153. *Ibidem*, p. 20.

154. *Ibidem*, p. 33 y 34.

155. Se señala de manera textual en el primer Considerando de la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, N° 85/374/CEE, que "es preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las actuales divergencias entre las mismas, pueden falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección". Asimismo, la Directiva N° 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, con un lenguaje más moderno, añade "La Unión Europea tiene como objetivo crear una unión cada vez más estrecha entre los Estados y los pueblos europeos". La lista de Directivas que resaltan ese objetivo es larga. Es pertinente puntualizar que en ese mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades dictada con fecha 25.04.2002 en el Asunto C-52/00 - Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, que la Directiva 85/374/CEE, vinculada a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, subraya que es objeto de la misma, la armonización mínima pero completa, de las legislaciones de los Estados miembros, garantizando una competencia no falseada entre los operadores económicos, facilitando la libre circulación de las mercancías y evitando que existan diferentes grados de protección de los consumidores. Comentaremos los alcances de esta sentencia, al tratar la parte relativa a Francia pues creemos que así mantenemos cierta unidad expositiva, dado el desarrollo del Derecho francés y la argumentación realizada en este caso.

156. La *sociedad de la información*, puede ser entendida como el ámbito de difusión o circulación de información desde Internet, o la transmisión de información desde una fuente, mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la comprensión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético. Ello consta en los términos planteados por el artículo 1° de la Directiva 98/34/CE con la modificación de la Directiva 98/48/CE, recogida en la de la Directiva 2000/31/CE. Recurrimos de manera tan frecuente a Internet que el sistema forma parte de nuestra vida cotidiana. Su importancia pero también sus peligros son indiscutibles.

conocida como la *Directiva sobre el comercio electrónico*. Entendemos por tal, a cualquier forma compra, venta, intercambio o de transacción de información comercial a través de la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, pactándose las condiciones de contratación de bienes o productos y/o servicios, que puede ser entendido entre ausentes o a distancia pues las partes no están presentes simultáneamente, una frente a otra. De la misma manera, las características de los productos y servicios como las condiciones contractuales, son ofrecidas recurriendo a ese medio electrónico.

Bajo los principios mencionados, tal normativa subraya, de conformidad con el apartado 2 del artículo 14º del Tratado, que el mercado interior es un espacio sin fronteras interiores en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea, en donde la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento, están garantizadas.

Ya se había resaltado en las Directivas 98/34/CE y en la 98/48/CE, la búsqueda de la mayor transparencia posible en las futuras normas nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información, que generaban oportunidades de desarrollo para los prestadores de servicios, incrementando su competitividad.

La idea es crear un marco básico para el desarrollo de tales servicios, la protección de intereses generales sin ocasionar restricciones a la libre circulación de servicios, a la libertad de establecimiento que pueda provocar una nueva fragmentación del mercado interior, un exceso de regulación e incoherencias normativas.

El principio de proporcionalidad supone que las medidas impuestas en la Directiva N° 2000/31/CE sean limitadas al mínimo necesario, para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior aunque garantizando un alto nivel de protección a los objetivos generales como son la defensa de los menores, de la dignidad humana, la protección del consumidor y la salud pública.

Por esa razón, de manera expresa, esta Directiva no afecta el nivel de protección previsto en las Directivas 93/13/CEE de Consejo de 5 de abril de 1993 sobre Cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores y la Directiva 97/7/CE del Parlamento y el Consejo, de 20 de mayo de 1997, sobre la protección a los consumidores en los contratos a distancia, entre muchas otras. Tampoco afecta, como se señala de manera expresa, los efectos de las tantas veces indicada Directiva N° 85/374/CEE del Consejo referida al tema que nos ocupa y así se expresa el Undécimo Considerando de la Directiva 2000/31/CE.

Los problemas sobre estas formas de comercio, se relacionan con la identificación del responsable o responsables del producto defectuoso en caso de daño a efecto de aplicar el régimen de responsabilidad civil, los conflictos respecto de a determinación de la ley y del fuero aplicable sin considerar que hay aspectos vinculados a la transmisión de información hacia el consumidor que podrían facilitar su confusión e incidir en la aparición del defecto. La seguridad para los consumidores es un bien jurídico a garantizar.

Son obvias las ventajas que trae un manejo coordinado y cooperativo del tema en el ámbito internacional.

Mediante la Directiva 92/59/CEE del Consejo de 29 de junio de 1992, se dictaron reglas sobre la seguridad general del producto, las que fueron modificadas por la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 03 de diciembre de 2001, publicada el 15 de enero de 2002. Esta última Directiva no debe incidir sobre los derechos de los perjudicados, a efectos de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

La Directiva incluye diversas definiciones destinadas a cubrir los ámbitos en donde no actúa la Directiva 85/374 sobre productos defectuosos garantizando que los productos colocados en el mercado sean seguros. Por su objetivo, no se aleja de ésta última. Se resalta así, que es obligación del proveedor, conforme al artículo 3º de la Directiva

2001/95/CE, la de colocar en el mercado, productos seguros. La regulación se ocupa también, de los mecanismos de transmisión de información y otros que buscan la efectividad de la protección por la vía del retiro de los productos inseguros.

Se considerará que un producto es seguro en los aspectos cubiertos por la normativa nacional aplicable cuando, de no existir disposiciones comunitarias específicas que regulen la seguridad del producto en cuestión, sea conforme a la normativa nacional específica del Estado miembro en cuyo territorio sea comercializado, establecida conforme al Tratado y en concreto a sus artículos 28 y 30, que fijen los requisitos que debe satisfacer el producto desde el punto de vista de la salud y la seguridad para poder ser comercializado. Se supondrá también con arreglo a esta Directiva, que un producto es seguro, respecto de los riesgos y de las categorías de riesgos cubiertos por las normas nacionales aplicables, cuando sea conforme a las normas nacionales no obligatorias que sean transposición de normas europeas cuyas referencias haya publicado la Comisión en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en aplicación del artículo 4. Los Estados miembros publicarán las referencias de dichas normas nacionales. En circunstancias distintas de las mencionadas, se evaluará la conformidad de un producto con la obligación general de seguridad teniendo especialmente en cuenta los elementos siguientes, cuando existan: a) las normas nacionales no obligatorias que sean transposición de las normas europeas pertinentes distintas de las mencionadas en el apartado 2; b) las normas establecidas en el Estado miembro en el que el producto se comercialice; c) las recomendaciones de la Comisión que establezcan directrices sobre la evaluación de la seguridad de los productos; d) los códigos de buena conducta en materia de seguridad de los productos que estén en vigor en el sector; e) el estado actual de los conocimientos y de la técnica; e) la seguridad que pueden esperar razonablemente los consumidores. La conformidad de un producto con los criterios destinados a garantizar la obligación general de seguridad, en particular con las normas mencionadas en los apartados 2 y 3, no impedirá que las autoridades competentes de los Estados miembros puedan adoptar las medidas oportunas para restringir la puesta en el mercado de un producto o exigir su retirada del mercado o su recuperación si, a pesar de dicha conformidad, resultara peligroso. Concretamente, a efectos de la referida Directiva se entenderá por: "Artículo 2º

(...)

- a) "producto": cualquier producto -incluidos los que entran en el marco de una prestación de servicios-, destinado al consumidor o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por el consumidor aunque no le esté destinado, que se le suministre o se ponga a su disposición, a título oneroso o gratuito, en el marco de una actividad comercial, ya sea nuevo, usado o reacondicionado.

Esta definición no incluye los productos usados suministrados como antigüedades o para ser reparados o reacondicionados antes de su utilización, siempre que el proveedor informe de ello claramente a la persona a la que suministre el producto;

- b) "producto seguro": cualquier producto que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluidas las condiciones de duración y, si procede, de puesta en servicio, instalación y de mantenimiento, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un nivel elevado de protección de la salud y de la seguridad de las personas, habida cuenta, en particular, de los siguientes elementos:
- características del producto, entre ellas su composición, envase, instrucciones de montaje y, si procede, instalación y mantenimiento,
 - efecto sobre otros productos cuando razonablemente se pueda prever la utilización del primero junto con los segundos,
 - presentación del producto, etiquetado, posibles avisos e instrucciones

de uso y eliminación, así como cualquier otra indicación o información relativa al producto,

- d. categorías de consumidores que estén en condiciones de riesgo en la utilización del producto, en particular los niños y las personas mayores.

La posibilidad de obtener niveles superiores de seguridad o de obtener otros productos que presenten menor grado de riesgo no será razón suficiente para considerar que un producto es peligroso;

- c) "producto peligroso": cualquier producto que no responda a la definición de producto seguro de la letra b);
- d) "riesgo grave": todo riesgo grave, incluidos aquellos cuyos efectos no son inmediatos, que exija una intervención rápida de las autoridades públicas;
- e) productor:
 - a. el fabricante de un producto, cuando esté establecido en la Comunidad, y toda persona que se presente como fabricante estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo, o toda persona que proceda al reacondicionamiento del producto,
 - b. el representante del fabricante cuando éste no esté establecido en la Comunidad o, a falta de representante establecido en la Comunidad, el importador del producto,
 - c. los demás profesionales de la cadena de comercialización, en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto;
- f) "distribuidor": cualquier profesional de la cadena de comercialización cuya actividad no afecte a las características de seguridad de los productos;
- g) "recuperación": toda medida destinada a recobrar un producto peligroso que el productor o el distribuidor haya suministrado o puesto a disposición del consumidor;
- h) "retirada": toda medida destinada a impedir la distribución y la exposición de un producto peligroso así como su oferta al consumidor.

No hay duda en cuanto a que se seguirán dictando normas a nivel comunitario y se darán particulares respuestas jurídicas.

Preocupa sin embargo, que en Europa, el objetivo de la armonización parezca reforzarse por sobre la protección al consumidor lo que se ha materializado en la emisión de resoluciones del Tribunal de Justicia. Parecería indicar este órgano, que cualquier regla diferente en temas que no admiten cambios normativos, debe ser propuesta, discutida y aprobada por los canales correspondientes al interior de la Unión Europea, antes de ser aplicadas aún cuando supongan una mejora de los intereses o de la protección de los consumidores. Ello se advierte en las resoluciones dictadas al tratar el caso de la República Francesa la que hasta la fecha, no cumple con lo ordenado por el referido Tribunal de la Unión Europea, mereciendo, con fecha 14 de marzo de 2006, una sanción de 31,000 Euros por cada día de atraso en la transposición de la Directiva en los términos que ella expresa ⁽¹⁵⁷⁾ no obstante haber establecido reglas con las que busca facilitar el acceso a la justicia de los consumidores.

Creemos que la empresa y el capital como la propiedad, son objetos de defensa pues garantizan el desarrollo del ser humano. Sin embargo, de concurrir éstos con la protección directa del ser humano, es éste último valor el que debería ser privilegiado. El primero, conforma un recurso de protección indirecto que debe ceder el paso a aquellos mecanismos que incidan en proteger directamente a la persona humana que es el fin supremo de todo régimen jurídico. Esta experiencia, es sumamente valiosa, sin embargo, por revelar una labor común de gran envergadura con la combinación de medidas con un eficaz sistema jurídico para calificar la defectuosidad y la seguridad

157. Para mayor información, es posible revisar el sitio, www.libertaddigital.com

del producto, transferir información y conceder protección procesal para la población incidiendo también, en la parte preventiva.

Las ventajas que ofrecen los regímenes complementarios de apoyo como son los seguros que rigen en muchos de los Estados miembros, hacen que las víctimas se encuentren cubiertas en sus necesidades inmediatas lo que minimiza los efectos negativos de los perjuicios.

Bajo el auspicio de las reglas de tutela del consumidor, los Estados miembros, han aprobado regulaciones expresas formalizadas en Códigos del Consumo. La presencia de regulaciones específicas, relativamente recientes, en materia de tutela del consumidor como la dictada en Italia mediante Decreto Legislativo N° 206 de 6 de setiembre de 2005, que incluye referencias a la seguridad y calidad del producto en sus artículos 102° a 127°, ocupándose de la responsabilidad por el daño derivado del producto defectuoso en sus artículos 114° a 127°, con lo cual deroga el Decreto del Presidente de la República de 24 de mayo de 1988 N° 224 y el Decreto Legislativo N° 25 de 2 de febrero de 2001.

La relación entre el Código civil, la ley especial sobre productos defectuosos y la regulación de protección al consumidor ha sido diversa al interior de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea. La constante es la búsqueda, de mejoras en la protección con la trasposición de la Directiva citada aunque en función de reglas uniformes al interior de la Unión Europea.

1.2.2.2. Francia

Fue el Código civil francés de 1804, el que proyectó sus efectos hacia diferentes ordenamientos durante el siglo XIX, incluyendo al Perú en la esfera de influencia; salvo excepciones, se admitió en él, la imputación de responsabilidad civil siempre que se pruebe el dolo o la culpa del causante. Ese principio, cual espíritu, a veces "fantasmal", ejerció su poder por un importante período en la vida de los operadores dada la importancia del Derecho francés sobre todo en la América del Sur.

Francia no ha dejado escapar su tradición en este tema. El tratamiento de la responsabilidad civil por productos defectuosos derivada de la Directiva Comunitaria, ha sido incorporado en la secuencia del Código civil aunque ciertos aspectos de la relación que un daño genera y se vincula al consumidor, sean tratados en el Código del Consumo.

Resulta interesante citar de manera previa al análisis del Código napoleónico, los comentarios de Guido Alpa en cuanto a la situación imperante antes de dicha sistematización; resalta dicho jurista que las fuentes romanas podían ser objeto de diversas lecturas: desde fundamentar el principio "de ninguna responsabilidad sin culpa" o el opuesto que podía admitir la responsabilidad por hechos ajenos sin que se revele la culpa personal de quien está obligado a la reparación.

La técnica casuística, no habría sido abandonada. Ocurriría, sin embargo, un salto de un sistema de fuentes tipificadas, a otro que, al menos formalmente, sería atípico. El gran cambio vendría con Domat y Pothier (158).

Sobre el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual, Henri, Léon y Jean Mazeaud manifestaron que los redactores del Código Civil francés se contentaron con copiar a Domat (159), estableciendo en los artículos 1382° a 1386° del Capítulo "De los delitos y de los cuasidelitos", que el requisito fundamental de la responsabilidad se situaba en el dolo y en la culpa (que denominan "hecho" y la generada por imprudencia o negligencia, contenidas en los artículos 1382° y 1383° del Código civil). Mencionan tales autores, en todo caso, que los

158. Alpa, *Ob. Cit.*, p. 111.

159. MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Segunda, Volumen II, 1978, p.p. 16 a 18.

principios sentados en 1804, a partir de una concepción subjetiva de la responsabilidad, pese a los "asaltos furiosos" de que fueron objeto y a una jurisprudencia que supo tomarlos en forma flexible, se mantenían aún en pie ⁽¹⁶⁰⁾.

Hay casos en los que esa "furia" resultó saludable y lo fue para la jurisprudencia francesa que optó por la creatividad, pese a las imposiciones de un poder legislativo que pretendía ser el único que dictara las reglas.

Alpa menciona que Domat "describió minuciosamente la figura del ilícito, pero hizo preceder esta descripción de la noción general del hecho ilícito". Con Pothier, operaría una ulterior simplificación y en líneas generales, fue él quien trazó las reglas de los delitos y de los cuasidelitos, insistiendo, especialmente, sobre la imputabilidad ⁽¹⁶¹⁾.

Reiteró Alpa, que "Domat (1625-1697) parte de una noción amplia y unitaria del hecho ilícito. Toma en consideración no sólo los hechos prohibidos expresamente por la ley, sino todos aquellos que se colocan en contraste con la equidad, la honestidad y las buenas costumbres" ⁽¹⁶²⁾. Agregó el citado Domat que es el "orden que liga a los hombres en la sociedad, que los obliga no solo a no causar daño sino a mantener todo lo que posee en un estado tal de no dañar a los demás" ⁽¹⁶³⁾.

La fuerza de los requerimientos impuestos por la economía, los cambios sociales y el derecho queda en notable evidencia con el desarrollo del maquinismo y la multiplicación de accidentes de fines del 19 y durante el siglo pasado. Se observaron entonces, los problemas probatorios de la teoría subjetiva que iluminó la interpretación del Código civil, y que requerían probar el dolo y la culpa, del causante. Los Mazeaud dirán que contentarse con las reglas del Código civil habría condenado a las víctimas a recurrir a difíciles comprobaciones, por lo que, para socorrerlas, se impuso un esfuerzo del legislador, de la doctrina y la jurisprudencia por ajustar las reglas de la responsabilidad ⁽¹⁶⁴⁾.

Se distingue en dos períodos, uno que se desarrolla hasta 1880 y otro que se inicia después de tal año. La responsabilidad civil extracontractual en la primera etapa, como ya indicamos, reconoció a la culpa como factor de atribución adoptado. Posteriormente, se puso en discusión la necesidad de la misma al conceptualizar la teoría del riesgo creado, aún cuando, según los Mazeaud, la teoría no contaría "con defensores en la actualidad" ⁽¹⁶⁵⁾. En todo caso, para ellos, resultaba muy difícil que tal tendencia calificada de "violenta" fuera adoptada en Francia pues todavía se mantenía un esquema más tradicional.

Se recurrió a medios oblicuos para buscar satisfacer las inquietudes referidas a la protección a las víctimas, sobre la base al artículo 1386° del Código francés relativo a la responsabilidad del propietario por la caída de un edificio o un inmueble. Empero, además de una diferente lectura de los artículos iniciales sobre la responsabilidad, surgió una nueva interpretación del Código francés para permitir que los trabajadores quedaran protegidos frente al industrial que generaba riesgos con su maquinaria: la tesis de la responsabilidad por las cosas.

Saleilles afirmó que lo que allí se contemplaba era un hecho generador de daños. Josserand, como el citado Saleilles, serán llamados por Ripert como los "síndicos de la quiebra de la culpa" ⁽¹⁶⁶⁾. A la luz de una jurisprudencia nueva, se aludió a la responsabilidad que tendrían las cosas en custodia y si ésta causaba un daño, su guardián debía responder haya o no incurrido en culpa.

Josserand escribiría hacia el año 1900: "La culpa no es aquí sino un procedimiento de construcción jurídica, un sesgo en el que el legislador ha incurrido para encubrir su intromisión omnipotente, ella no es fuente verdadera de la obligación, y cuando la jurisprudencia la invoca es solamente para rendir tributo a una idea tradicional

160. MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Ob. Cit.*, p.p. 16 a 18.

161. ALPA, Guido, *Ob. Cit.*, p. 111.

162. *Ibidem*, p. 111.

163. *Ibidem*, p. 112.

164. MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Ob. Cit.*, Parte II, Volumen 2, p. 17.

165. *Ibidem.*, p. 18.

166. *Ibidem*, p. 18.

perfectamente arraigada en nuestro espíritu y nuestras costumbres; pero yendo a lo hondo de su pensamiento y sus resoluciones, únicamente el título subsiste, la cosa ha desaparecido [...]" (167).

Sin embargo, al poco tiempo de la publicación de los trabajos de Salleilles y Josserand, parecía que sus teorías habían perdido vigencia pues en 1898 se trazaron reglas de excepción que reconocían la responsabilidad sin culpa, en la Ley Francesa de Accidentes de Trabajo. Pero ello sólo hizo que se tomara con más fuerza la idea de combatir la culpa como única referencia o factor de atribución de responsabilidad.

Planiol y Henri Capitant (168) cual militares al pie del cañón de la tradicional teoría de la culpa, habrían insistido en cuestionar la teoría del riesgo, afirmando los Mazeaud, que sus críticas no pudieron ser levantadas. Para ellos, nunca se probaría la utilidad ni la equidad de la responsabilidad objetiva (169).

Con el tiempo, en el ámbito legislativo, se planteó en Francia si se había incluido la doctrina del riesgo con un carácter más generalizado, esto es, para supuestos diferentes al de la Ley de Accidentes de Trabajo, lo que no habría ocurrido. La regla de la culpa estaba aún vigente, pretendiéndose reaccionar contra la interpretación jurisprudencial de corte objetivo.

Las discusiones en torno a la ley de accidentes de trabajo en Europa fueron trascendentales para debilitar la fortaleza ideológica de individualismo inmersa bajo la teoría subjetiva de la responsabilidad civil (170). Con la indicada Ley, se creó la obligación del patrono, de *garantizar la seguridad* del obrero y de lesionarse éste, quedaba en evidencia que el patrono había faltado a esa obligación salvo que demostrara que el daño se había producido por causa ajena a él (171). El principio de *garantía*, será una noción útil para la construcción futura de la responsabilidad por productos.

Resarcir de manera independiente a la conducta del causante, involucró un rompimiento con el pasado, poniéndose en tela de juicio, la visión que sólo atendía al sujeto que generó el daño y a la víctima.

Reiteramos que no estaría exenta la concepción jurídica, de las influencias ideológicas de "socialización" que no coincidían con la idea liberal del Estado abstencionista (172); en todo caso, no negamos que tal situación bien pudo haber representado en su momento, un necesario "reacomodo" de fuerzas para evitar conflictos aún mayores.

Con el tiempo, una fórmula objetivada se adoptó en regulaciones concretas como la Ley Francesa de Accidentes de Trabajo de 1898, en el llamado Código del Aire de 1924, e inclusive en el derecho público en donde se admitiría cada vez más, que el Estado debía reparar por los daños causados a particulares en base a una responsabilidad sin culpa (173).

Aunque no se abandonó la concepción razonable de la culpa, bajo la tesis de Saleilles y Josserand, la jurisprudencia y la doctrina colaboraron en una progresiva construcción de una interpretación de riesgo, de carácter no subjetivo y por causa de las cosas que se tienen en custodia, desconociendo, según Tunc y los Mazeaud, la intención de los legisladores quienes habrían buscado restringir tal objetivación; para ellos, tras el

167. JOSSERAND, Louis, mencionado por Henri y Leon Mazeaud en "Transports" 2 ed. No 1016. Citado por Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, *Ob. Cit.*, p. 103.

168. MAZEAUD, Henri y otros, *Lecciones de Derecho civil*, *Ob. Cit.*, p. 19.

169. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Tomo Primero, Volumen I*, p. 89.

170. GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la reparación de daños*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 4.

171. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Tomo Primero, Volumen I*, p. 87.

172. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Cit.*, p. 9.

173. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Ob. Cit.*, p.p. 91 a 93.

debate sobre la teoría del riesgo creado, se presentaron algunas resoluciones de carácter excepcional que la acogieron en los años 1905 en adelante (174).

Para Patrice Jourdain (175), sin embargo, desde 1885, la Corte de Casación asumió la objetivización de la responsabilidad civil para los casos de daños causados por animales, restringiendo las posibilidades de exoneración para el propietario o el guardian solo si se probaba una razón de fuerza mayor Jourdain da cuenta de *L'arret Teffaine* de 16 de junio de 1896, por la cual se admitió que el guardian de una cosa era responsable en base al fundamento del artículo 1384° del Código civil, por los vicios ocultos del bien, los que solo autorizaban la exoneración por caso fortuito (176). En 1930, el famoso *arret, Jand'heur* (177), conduciría a una generalización de esa respuesta para quien se asumía como guardián y por ello, responsable de la cosa. Las Cámaras reunidas de la Corte de Casación fijaron la responsabilidad por el hecho de las cosas con la *presunción de responsabilidad* a partir de la interpretación del artículo 1384° del Código Civil, la que solo podría ser destruida por la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor o de causa ajena más no probando la ausencia de culpa. Se juzgaba en este caso, al conductor del camión perteneciente a las "Galerías de Belfort" que atropelló y causó graves daños a la niña Lisa Jand'heur y a su madre.

Se puede resaltar el que la jurisprudencia francesa se sintiera en plena facultad de conservar y acrecentar su libertad de juzgar mientras que el legislador trataba de restringir al máximo esta atribución.

La responsabilidad civil en el derecho francés mostró, antes de las modificaciones derivadas de la transposición de la Directiva Comunitaria, un sistema complejo para la responsabilidad civil por productos defectuosos, con supuestos de responsabilidad contractual subjetiva, contractual objetiva, de responsabilidad extracontractual subjetiva y extracontractual objetiva, referencia que se hacía en función de la posición jurídica del dañado (178).

Como ya se indicó, paulatinamente se desarrolló una tendencia hacia reconocer en determinadas áreas, la aplicación de una teoría objetivada; así, recurrió también a la responsabilidad contractual a través de una interpretación "creativa" de la garantía por los vicios ocultos y la ampliación del contenido obligatorio del contrato de compraventa con una extensión de la responsabilidad de los vendedores frente a los subadquirentes y la fijación de una obligación de seguridad (179). La garantía por vicios ocultos se mantuvo bajo la prolongación natural de la obligación de entrega del bien vendido, admitiéndose que según el artículo 1648° del Código francés, operara la determinación del breve plazo en el que según la naturaleza de los vicios y la costumbre del lugar en el que se celebró la venta, fuera posible recurrir a este requerimiento (180). En este orden de ideas, se procuró dar respuestas para beneficiar a la víctima mediante una lectura diferente de la normativa.

Vale la pena recoger, en este sentido, el caso resuelto por la Sección civil I de la Cámara Civil de la Corte de Casación el 24 de Noviembre de 1954, que da cuenta de la explosión de una botella de gas de un camión mientras ésta era cargada el 3 de Enero de 1949. Con el estallido, murió el propietario del camión y sus herederos

174. MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil, Ob. Cit.*, Tomo Primero, Volumen I p. 93.

175. JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 4 Edición, 1998, p. 11.

176. *Ibidem*, p. 12.

177. *Ibidem*, p.p. 12 y 187.

178. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, tomo I, p. 213. Patrice Jourdain ratifica esta observación señalando que la distinción es una fuente mayor de dificultades en *Ob. Cit.*, p. 31.

179. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, tomo I, p. 219.

180. *Ibidem*, p. 224. Hay en tal precepto, una diferencia evidente con lo expresado en el artículo 1514° del Código civil peruano de 1984. La mención de "breve plazo" no debió ser fácil de manejar tampoco.

plantearon una demanda indemnizatoria contra la compañía vendedora del gas recurriendo a la garantía por vicios ocultos y concretamente, a las impurezas que presuntamente tenía el gas, las cuales afectaron la superficie de la botella metálica, fabricada en 1940, de acuerdo a las normas reglamentarias y a los usos de la industria de la época. En el proceso se acreditó que la botella tenía numerosas fisuras interiores. Los jueces se pronunciaron, sin embargo, por la existencia de impurezas en el gas las que constituían vicios ocultos que determinaron la explosión. De esta manera, se buscó eludir en beneficio de la víctima, los cortos plazos que se imponen para accionar por los vicios ocultos dada la fecha de fabricación de la botella (181). En función de la parte que debía ser protegida, se armó funcionalmente la respuesta jurídica.

Bajo el principio de protección, la jurisprudencia concedió una visión más progresista al contrato de compra venta; citando a los juristas Mazeaud, Ghestin y Nana, Prada Alonso (182) apuntó que “al que vende, se le une la condición de ser el productor o fabricante del producto, siendo considerado por los Tribunales como *“connaisseur les vices de la chose”* y conforme a los artículos 1446° y 1645° del Código francés, se ha generado la obligación de reparación de todos los daños y perjuicios ocasionados al adquirente.

Resaltó este autor, que la jurisprudencia permitió “al comprador perjudicado dirigir directamente contra cualquiera de los vendedores sucesivos acción en garantía, incluso del productor o fabricante como primer vendedor. Así, se admitió una acción directa para hacer efectiva la protección del consumidor o usuario”, ampliando el círculo de personas protegidas más allá de los límites de la compraventa u operación inmediata por la que el afectado adquiere el producto defectuoso al admitir que el subadquirente ejercite una acción directa de garantía contra el vendedor primitivo.

Ratifica Prada en la obra ya citada, que “esta acción directa tiene una protección limitada hacia los consumidores y usuarios, ya que al ser su acción de carácter contractual, no puede tutelar a quien no haya sido adquirente o comprador o consumidor final aunque haya usado o consumido el producto y se vea perjudicado por su defecto. Cuando el dañado sea un tercero ajeno a la cadena de distribución del producto, el productor no debía quedar sujeto a responsabilidad más que en los términos que expone el art. 1.382 (responsabilidad extracontractual) “.

La responsabilidad extracontractual en el Derecho francés acogió la responsabilidad del fabricante-productor frente a cualquier consumidor, bien sean adquirentes finales o bien terceros ajenos como es el *Bystander*, sujeto que es afectado por los defectos de un producto sin ser consumidor o adquirente o vinculado al círculo del adquirente en sentido estricto. En este caso, se desarrolló la tesis de la responsabilidad por el hecho de las cosas que se tienen en custodia y bajo una apreciación flexible de la culpa del fabricante ampliando los medios de prueba, en beneficio de la víctima (183).

La fuerza de la tradición normativa en Francia, condujo a que en el ámbito de la doctrina y de la legislación, se siga aludiendo, a “la responsabilidad por el hecho de las cosas” o “*le fait des choses*” en contraposición al hecho personal y al del tercero.

La intermediación de las cosas inanimadas generó una corriente de discusión en torno a la responsabilidad del guardián.

La denominación es, en nuestra opinión, tradicional pero poco precisa, dotada de cierto tono animista; creemos que la responsabilidad del productor o proveedor, hace tiempo que merece y recibe un tratamiento propio que prescinde de recursos indirectos o denominaciones correspondientes a doctrinas (sobre la guarda de las cosas), agotadas hace muchos años.

181. Sobre el particular, son interesantes los comentarios de PAYET, José Antonio, *Ibidem*, tomo I, p.p. 228 y 229.

182. PRADA ALONSO, Javier, *Ob. Cit.*, p. 28.

183. Se puede revisar en este tema, también el trabajo de José Antonio Payet, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 276.

Sin embargo, es correcto decir que en estos casos, vale más la verdadera vigencia y eficacia de las normas por encima de las "etiquetas". En lo primero, radica lo valioso de este régimen.

Antes de que se dictaran regulaciones específicas, ya habían fórmulas novedosas en las sentencias de la Corte de Casación, los que reconocen la intervención del sujeto dañoso en el mercado como criterio de determinación de responsabilidad frente a daños colectivos ⁽¹⁸⁴⁾. Dicha teoría es conocida en Francia como *part du marché* y coincide con la tesis de *market share* o la causalidad probabilística del derecho norteamericano.

La interpretación "objetiva" de los artículos del Código civil para tratar estos casos, se vio aparentemente ratificada, con la propuesta de responsabilidad objetiva planteada por la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985 destinada a armonizar las disposiciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Si para ciertos exégetas, la tradicionalísima distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, seguía imponiendo conflictos, la Directiva comunitaria pasaba a diluirlos al incorporar un tratamiento unitario de la responsabilidad por productos defectuosos, tanto para los contratantes como para los terceros al contrato. La jurisprudencia francesa en todo caso, ya había abierto caminos sólidos de protección ⁽¹⁸⁵⁾.

Francia se adaptó a la Directiva Comunitaria mediante la Ley de 19 de Mayo de 1998 denominada *Ley de la Responsabilidad por el Hecho de los productos defectuosos* ⁽¹⁸⁶⁾. Tal adecuación debió producirse a más tardar el 01 de julio de 1988, no acatando la *Republique*, el plazo general; por ello, fue amenazada con la aplicación de una multa de cuatro millones de francos por día de retraso en 1997.

Si la jurisprudencia francesa, ya había aplicado respuestas creativas y apropiadas para estos conflictos, es lógico suponer que no hubiera especial interés por trasladar la Directiva al ordenamiento interno, más aún si ella incorporaba reglas que generaban discusiones, por ejemplo, sobre la exoneración de responsabilidad del productor por el cumplimiento de las reglas imperativas dictadas por la ley o por los reglamentos o ante los riesgos de desarrollo.

Sin embargo, el compromiso había sido asumido y bajo la tesis de la armonización de reglas que implicaba (e implica) retornar a una nueva forma de *Ius Comune* o Derecho común europeo, en este contexto, respecto de la responsabilidad civil, se tenía que transponer la Directiva a las leyes de Francia. La lógica lucha entre los defensores de los derechos de los consumidores y los productores debió estar presente aunque

184. ALTERINI, Aníbal Atilio, *Ob Cit.*, p.p. 360 y 363. Dicho autor, cita el caso de daños particulares a los municipios vecinos del aeropuerto de Orly. La Corte de Apelaciones en un fallo de 19 de Marzo de 1979, ordenó que las compañías aéreas resarcieran en función o proporción al uso del aeropuerto. Se habría dictado un fallo similar respecto a las fábricas del aeropuerto Roisse - Charles De Gaulle en donde según el citado Alterini, "se aceptó que la responsabilidad de las compañías aéreas era una carga de las empresas ligadas a la explotación de las líneas aéreas fuera de todo acontecimiento de carácter excepcional". Hay un interesante detalle de los precedentes judiciales en PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo I, p.p. 213 a 288.

185. Se puede citar en este sentido, el fallo de la Corte de Casación, Primera Sala Civil, de 28 de abril de 1998, N° 96.20421, JCP ED. G. 1998, II N° 10.088 la que expresa, antes de la promulgación de la ley francesa sobre responsabilidad por productos defectuosos, que todo productor es responsable de los daños causados por los defectos de sus productos, tanto respecto de las víctimas inmediatas como las víctimas indirectas, o de rebote (o como dice textualmente la sentencia, *par ricochet*), sin que tenga lugar o proceda, distinguir si son parte contratante o terceros. Cabe señalar que ya en una sentencia de la Corte de Casación civil dictada el 14 de enero de 1965, ya se había admitido la disminución de la exigencia de la culpa dentro del juego de la responsabilidad contractual.

186. La denominación original de esta normativa es *Loi 98-389 du 19 de mai 1998, relative a la responsabilité pour le fait des produits defectueux*, Recueil Dalloz, 1998, Cahier, 10.09.98, FIEHP, 35.

también, la forma de incorporar los llamados riesgos de desarrollo debió generar más de un dolor de cabeza (187). Al dictarse en dicho país, la Ley de productos defectuosos, se ha cumplido con las reglas del Derecho comunitario pero al mismo tiempo, se han generado un nuevo ámbito de discusión sobre la autonomía de cada Estado miembro, para fijar los parámetros de la protección al consumidor.

Como ya se dijo, en la medida que los jueces franceses ya habían fijado reglas más estrictas para los productores con la lectura flexible y creativa de los artículos del Código civil, se asumió que ella, la Directiva, tenía que ser aplicada en el Derecho francés, en base a lo que literalmente señala pero también, de acuerdo a su finalidad o a los objetivos que la animan.

La discusión se ha tornado en nuestra opinión, apasionante por las características de los argumentos. Ella se mueve sobre la ponderación de dos principios: la armonización de reglas al interior de la Unión Europea y la protección al consumidor. Veremos cual prima realmente.

Las tradiciones han tenido y tienen un peso particular en Francia. Así, la Ley sobre la responsabilidad civil por los productos defectuosos, mantiene la clásica denominación de "responsabilidad civil por el hecho de las cosas" y, de otro lado, ella se ha insertado como una continuación del artículo 1386° del Código civil francés no obstante que dicho apartado está referido a la responsabilidad de carácter extracontractual y que la mencionada ley, comprende situaciones de responsabilidad contractual y extracontractual. Esta acción, encaja con lo manifestado mayoritariamente por la doctrina en cuanto a que la protección por los defectos de los productos defectuosos debe ser ubicada recurriendo a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. La presencia de normativa especial, fue incorporada al Código civil. Esa opción no deja de tener utilidad para facilitar la interpretación guardando relación con el diseño de la misma ley.

Aunque en el Derecho alemán e italiano, la conexión con el Código civil se mantiene, subsiste la presencia de una ley especial en el tema. En todo caso, más allá de estas posibilidades, lo importante es que el operador jurídico tenga claros los caminos interpretativos y los proyecte al interpretar o integrar la regulación jurídica.

Como indicamos en la parte final del tratamiento del Derecho comunitario, la opción corresponde, pues, al respeto a una sólida e inamovible tradición que además, en opinión de los franceses, facilita el tratamiento del tema a partir de la cláusula general de responsabilidad civil fijada en el Código.

Para Francia, la regulación del Código del Consumo, conformaría una propuesta complementaria, destinada a la seguridad que en beneficio de los consumidores considerando para tal efecto, el hecho de que nos hallamos ante grupos particulares cuya relación se desarrolla en el ámbito del mercado, incluyendo problemas diversos de la tutela del consumidor. El Código de Consumo francés se ocupa pues, de la seguridad que cabe legítimamente exigir a los productos y servicios, en condiciones normales de utilización o en otras condiciones razonablemente previsibles, por los profesionales en la producción o prestación de servicios, de acuerdo a lo señalado en el artículo L 221.1 del Código de Consumo francés.

Tras el citado artículo 1386° del Código civil francés, se ha agregado una numeración correlativa que va del 1386-1° al 1386-18°, inserta en el Libro III del Código, en el Título IV (188), conteniendo la Ley 98-389 del 19 de mayo de 1998, veintidós artículos, que regulan su aplicación en el tiempo, para los productos puestos en circulación con posterioridad a la entrada en vigor de la ley aún cuando ellos sean objetos de un

187. Agradecemos los comentarios del doctor Philippe Malaurie quien conversó sobre este tema, tras asistir como participante, al Tercer Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, realizado en Lima, en la Pontificia universidad Católica del Perú, entre los días 14 a 17 de setiembre de 1998.

188. Se puede revisar el texto de la ley en el interesante espacio del servicio público de acceso al Derecho francés, www.legifrance.gouv.fr

contrato anterior (artículo 21 de la ley), y el ámbito territorial de aplicación (en el artículo 22°).

Como se adelantó, esta ley en su artículo 2° (incorporado como el artículo 1386-1 del *Code*), considera la posibilidad de que la misma se aplique cuando el productor sea responsable del daño causado por un defecto de su producto, esté o no ligado a través de un contrato con la víctima (189). El punto central, generador del supuesto de responsabilidad, son los daños causados por los defectos de los productos, los que comprenden por igual al *bystander* o el sujeto afectado por el defecto, como al comprador, al arrendatario, al comodatario, etc. del producto defectuoso. La Directiva no hacía ese distingo aunque quedaba claro que no pretendía excluir a sujeto alguno del ámbito de protección en razón de la presencia o carencia de un contrato por el cual el producto llegaba a la víctima. Las discusiones sobre el tema en Francia, hacían conveniente la precisión. Según el artículo 1386-18 del Código civil y 20° de la Ley N° 98-389, ello no afecta otros derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o a un régimen especial de responsabilidad (en virtud de una normativa particular) tal y como señala el artículo 13° de la Directiva comunitaria. No se sabe que esas otras normas, hayan generado un conflicto con el Derecho comunitario.

La Ley francesa que reguló la responsabilidad civil por productos defectuosos, fue cuestionada mediante una Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fecha 25 de abril de 2002, en el asunto C-52/00, la que se comenta en la parte final de este apartado. Dicho órgano ha declarado que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en la transposición de la Directiva 85/374/CEE al no haber incluido en el artículo 1386-2 del Código civil, la franquicia de 500 euros. De la misma manera, se han observado mediante dicha Sentencia, los artículos 1386-7° y 1386-12° del Código civil francés. Para no afectar la secuencia de lo expresado en la ley particular, incorporada al Código civil francés, continuaremos con la exposición.

Con relación al producto, el artículo 1386-3° del Código (artículo 4° de la ley francesa), comprendió en forma expresa, a todo bien mueble y a la electricidad (de la misma manera que lo hizo la Directiva comunitaria), los frutos de la tierra, al ganado, a la caza y la pesca.

La calificación de defectuosidad aparece en el artículo 1386-4°, y ella no genera mayores comentarios por tener dicho artículo, una redacción similar al de la Directiva.

Precisa el artículo 1386-5, que un producto es puesto o colocado en circulación cuando el productor se desprende o es desposeído del respectivo producto, voluntariamente. Si éste se encuentra circulando en el mercado, habrá que presumir que ello ocurrió por voluntad del productor, salvo prueba en contrario. La parte final de este artículo, presenta una redacción particular. Puede considerarse que la calificación de producto es aplicable a la primera vez que el productor se desprende voluntariamente del producto y lo pone en circulación.

Precisa el artículo 1386-6° del *Code*, que se es productor cuando se actúa a título profesional, cuando se es fabricante de un producto terminado, productor de la materia prima como fabricante de una parte componente. Es asimilado al productor, toda persona que actuando a título profesional, se presenta como productor insertando sobre el producto, su nombre, su marca o cualquier otro signo distintivo; quien importa el producto hacia la Comunidad europea en vista de una venta, de un arrendamiento, de una promesa de venta o de cualquier otra forma de distribución. No son considerados como productores en el sentido del título de la ley, las personas a las cuales, la responsabilidad pueda ser investigada con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1792° a 1792-6° y 1646-1° del Código civil francés (referido al contrato de

189. "Art. 1386-1.- Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime."

obra, de industria especificando el artículo 1646-1º, la garantía por los defectos de las cosas vendidas).

Conforme al artículo 1386-7º, fueron asimilados a la figura del productor como responsables del defecto de seguridad del producto, el vendedor, el arrendador a excepción del arrendador crediticio o de quien concede un arrendamiento financiero (que no es en sí, un suministrador responsable por la fabricación de un producto) y todo otro suministrador profesional. Este artículo ha merecido el cuestionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al producirse una asimilación de un número mayor de sujetos; analizaremos tales observaciones al comentar toda la sentencia.

Según el artículo 1386.11º del Código civil francés, el productor será responsable de pleno derecho, a menos que pruebe que, que no había puesto el producto en circulación; que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, es posible estimar que el defecto causante del daño, no existía al momento en el que el producto fue puesto en circulación por él o que el defecto apareció posteriormente; que el producto no estaba destinado a la venta o a toda otra forma de distribución; que el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el que se puso el producto en circulación no ha permitido revelar o descubrir la existencia del defecto; que el defecto se debe a la conformidad del producto con las reglas imperativas de orden legislativo o reglamentario. Se menciona en el párrafo final de este artículo, que el productor de la parte componente, no es tampoco responsable si él establece que el defecto es imputable a la concepción o diseño del producto dentro del cual esta parte está incorporada o a las instrucciones dadas por el productor del producto terminado. Este artículo es similar al Artículo 7º de la Directiva comunitaria.

Subraya el artículo 1386-12º del *Code*, que el productor no podrá invocar la causa de exoneración prevista en el numeral 4) del artículo 1386-11º, cuando el daño haya sido causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos provenientes de aquel (como la sangre). Especifica el numeral 4) del artículo 1386-11º del Código francés, que no será responsable el productor siempre que pruebe que el estado de los conocimientos científicos y tecnológicos, al momento de la colocación del producto en circulación, no permitía detectar el defecto. Este artículo también fue cuestionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por considerar que no se respetó el texto de la Directiva 85/374/CEE. Los motivos, son detallados al referirnos, con más detalle, a esta Sentencia.

Conviene advertir que hay una tácita asimilación al concepto de producto (que, obviamente, supone la colocación de un bien en el mercado para que sea objeto de transacción comercial), de los llamados *elementos del cuerpo humano o sus derivados*. La constatación de los efectos y consecuencias que genera la colocación en el mercado de la sangre con fines de transfusión y la necesidad de normar y proteger ese mercado, han primado para la calificación por encima de una concepción ética y/o religiosa o de orden público o "buenas costumbres", que limitaría someter al juego de la libre oferta y demanda estas sustancias. La importancia de las mismas en la supervivencia y seguridad de las personas resulta indudable, apoyando nosotros, el que se siga una opción que califica de producto a estas sustancias y en esa medida, asume su control y supervisión.

Los demás artículos de la ley, guardan relación con lo expresado por la Directiva ya comentada.

Por otro lado, esta fórmula se completa con lo establecido por el Código de Consumo francés, el que, además de regular las situaciones de crédito y los múltiples aspectos que reviste la relación de consumo, se ocupa, en el Capítulo II, de la obligación general de conformidad, señalando en el artículo L 212-1º, que desde la primera colocación o puesta en el mercado, los productos deben responder a las prescripciones en vigor relativas a la seguridad y a la salud de las personas, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores. Menciona este artículo, que el responsable de la primera puesta o colocación en el mercado de un producto, es el encargado de verificar que aquel esté conforme a las

prescripciones en vigor, lo que se llevará a cabo a requerimiento de los agentes habilitados o autorizados para exigir las verificaciones y controles. Este Código tiene además, en su Capítulo VIII, regulaciones particulares de prevención en materia de alimentación humana y animal; tratando el tema específico de la seguridad, la presencia de una comisión de seguridad de los consumidores (que se encarga de proponer toda medida destinada a mejorar la prevención de los riesgos en materia de seguridad de los productos); contiene también este Código, regulaciones sobre las asociaciones de consumidores y sobre el Instituto Nacional de Consumo que es, según el artículo l224-2º, el encargado de investigar, informar y llevar adelante estudios sobre los problemas del consumo. En el tema de la garantía legal en los contratos de consumo, tratada en el artículo L211-1, no se aleja de la figura del código civil sobre vicios ocultos sino que se remite a ellas, reproduciendo los artículos 1641º a 1648º del Código civil. La propuesta del Código de Consumo es básicamente administrativa.

Se ha procurado mantener la estructura del Código civil en todo momento lo que constituye una opción interesante para orientar a los operadores sobre el manejo sistemático de la normativa. La incorporación de la ley sobre responsabilidad civil por productos defectuosos a dicho Código, se justifica en razón de que para el ordenamiento francés, no se aplica un trato particular, orientado solo a los consumidores sino que hasta el dañado que no es consumidor, como el *bystander*, está protegido o cubierto por esta ley.

Nuestra legislación, mantiene la materia en una ley especial que contiene aspectos de derecho civil y administrativo. Pero esa "mezcla" ha hecho que en muchos casos, las autoridades judiciales consideren que dicha normativa es solo para el manejo de los asuntos administrativos a cargo del Indecopi, cuya participación es también regulada en el Decreto Legislativo N° 716 - Ley de Protección al Consumidor. Lamentablemente, en nuestro país, es aún novedoso el tema, siendo necesaria una mayor difusión y probablemente, la determinación legislativa de las materias que ella conviene dada la tradición de interpretación literal en la que se sumerge la mayor parte de nuestros operadores. Ello no afecta la posibilidad de asumir su verdadero carácter al tratar la problemática civil de la responsabilidad civil derivada de los productos administrativos y la administrativa.

El tratamiento dado en Francia, mantiene la referencia a las reglas del Código civil en el caso de vicios ocultos, lo que, en nuestra opinión, revela el interés por no desintegrar el tema civil. La tradición pesa pero diríamos que también, se observa el Derecho como un todo. Por la vía de la interpretación y, según el caso, de la integración, integra o fija las conexiones de la ley especial con el régimen general del Código civil.

La transposición de los preceptos de la norma comunitaria al Derecho interno francés, no impidió que su legislador, insertara reglas más estrictas para facilitar la protección a las víctimas.

Como indicamos, desde la vigencia de esta Ley, que data de 1998, no habíamos hallado objeciones a la misma en el seno del Tribunal de Justicia de las Comunidades, órgano que como vimos, tiene carácter jurisdiccional y supranacional para el control de la normativa comunitaria, hasta que el 25 de abril de 2002, se dictó la Sentencia en el asunto C-52/00, en los seguidos por la Comisión contra la República Francesa (190), resaltándose que la Directiva era y es imperativa y por tal razón, debería ser trasladada a los ordenamientos internos, tal y como fue redactada, sin disminuir o ampliar su contenido.

Tal sentencia expresa que el Estado francés, incorporó o adaptó incorrectamente a su ordenamiento, determinados preceptos. Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2000, la

190. Como mencionamos, en Internet, aparece el contenido del fallo, siendo la referencia directa, el sitio www.indret.com, en donde figuran interesantes comentarios de Joan Carles Seuba Torreblanca de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

Comisión de las Comunidades interpuso un recurso destinado a que se declare que la República Francesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículo 9, 3 apartado 3 y 7 de la Directiva 85/374/CEE. La Comisión invocó que no procedía admitir que se sometían al tratamiento establecido en dicha Directiva, los daños causados por productos defectuosos, inferiores a 500 euros ni que se equiparara el régimen de la responsabilidad del productor y del suministrador, no obstante que la Directiva no lo ha expresado así. Finalmente, la Comisión cuestionó la modificación a las exigencias al productor para alegar las causas de exoneración por los riesgos de desarrollo o de fabricación, requisito que tampoco establece la Directiva.

La Comisión resaltó que bajo el principio de una armonización, se pretendía y pretende crear un régimen prácticamente igual en todos los países de la Unión y no una mera aproximación normativa. Por ello, no podían subsistir regímenes diferentes salvo en los temas y bajo la forma expresamente autorizada por la misma Directiva.

La discusión planteada es realmente interesante pues se recurre a diversos principios propios de la doctrina de los derechos humanos en su relación con la defensa del consumidor.

Lo incluimos en este apartado y no en el que tratamos el Derecho comunitario, en la medida que hemos querido que el lector enfrente el debate con todo lo que se ha dicho y hecho en el ámbito normativo, jurisprudencial y doctrinario francés.

Sobre el primer motivo, basado en una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva, la Comisión subrayó que, a diferencia de lo que se había establecido en la misma, el artículo 1386-2 del Código Civil francés, incluía todos los daños causados a bienes privados y no privados, sin deducir la franquicia de 500 euros.

El Gobierno francés no negó esta divergencia; pero formuló cuatro alegaciones para justificarla. En primer lugar, indicó, que al privar al perjudicado de su legitimación activa, la franquicia conculcaba el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. En segundo lugar, la franquicia era también contraria al principio de igualdad de trato, por cuanto creaba un desequilibrio injustificado tanto entre los productores como entre los consumidores. En tercer lugar, dicha franquicia producía el mismo efecto que una exención total de la responsabilidad criminal o por dolo, que, en Derecho francés, era contraria al orden público. En cuarto lugar, estas críticas se veían confirmadas por el hecho de que en el Libro Verde, de 28 de julio de 1999, sobre la responsabilidad por productos defectuosos (COM/1999/396 final), la misma Comisión ya había sugerido la supresión de la misma.

Respecto de las dos primeras alegaciones, que cuestionaban la validez legal de la franquicia prevista en la Directiva, recordó el Tribunal de Justicia a través de la sentencia, "que el sistema de recursos que establece el Tratado distingue entre los aquellos a los que se refieren los artículos 226 CE y 227 CE, que tienen por objeto que se declare que un Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben, y los recursos contemplados en los artículos 230 CE y 232 CE, cuyo fin es que se controle la conformidad a Derecho de los actos o de las omisiones de las instituciones comunitarias. Estos recursos persiguen objetivos distintos y están sujetos a procedimientos diferentes. Por consiguiente, un Estado miembro no puede, si una disposición del Tratado no lo autoriza de forma expresa, invocar eficazmente la ilegalidad de una decisión de la que es destinatario como motivo de oposición ante un recurso por incumplimiento basado en la inobservancia de dicha decisión. Tampoco puede invocar la ilegalidad de una directiva cuyo incumplimiento le impute la Comisión (sentencia de 27 de octubre de 1992, Comisión/ Alemania, C-74/91, apartado 10)."

La sentencia especificó también que "los límites que el legislador comunitario ha fijado en el ámbito de aplicación de la Directiva, es el resultado de un complejo proceso de ponderación entre diferentes intereses. Tal como se desprende de los considerandos primero y noveno de la Directiva, entre tales intereses se encuentran los dirigidos a mantener una competencia no falseada, a facilitar los intercambios comerciales dentro

del mercado común, a proteger a los consumidores y a garantizar una buena administración de justicia. La elección efectuada por el legislador comunitario implica que, con el fin de evitar un número excesivo de litigios, las normas de responsabilidad establecidas en la Directiva no reconocen, cuando se trata de daños materiales de escasa importancia, la legitimación activa a los perjudicados por productos defectuosos, de tal modo que éstos deben ejercitar sus acciones conforme a los regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual previstos por el Derecho común. En estas circunstancias, no puede considerarse que la franquicia prevista en el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los perjudicados. Asimismo, el hecho de que se apliquen distintos regímenes de responsabilidad a los productores de productos defectuosos y a los perjudicados por éstos, no constituye una violación del principio de igualdad de trato, puesto que efectuar una distinción en función de la naturaleza y del importe del daño sufrido está objetivamente justificado (véanse las sentencias de 21 de junio de 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges/Alta Autoridad*, 8/57, 247)." En lo que respecta a la tercera alegación formulada por el Gobierno francés, basada en la supuesta incompatibilidad de la franquicia prevista en el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva con el orden público francés, la sentencia señala que "basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, invocar las disposiciones del ordenamiento jurídico interno a fin de limitar el alcance de las disposiciones del Derecho comunitario implica menoscabar la unidad y la eficacia de dicho Derecho, (véanse, en particular, las sentencias de 2 de julio de 1996, Comisión/Luxemburgo, C-473/93, apartado 38, y Comisión/Grecia, antes citada, apartado 24). En cuanto a la referencia del Gobierno francés al Libro verde de la Comisión, la sentencia recuerda también que el hecho de que la Comisión, en previsión de una eventual revisión de la Directiva, haya decidido consultar a los medios interesados acerca de la oportunidad de suprimir la franquicia prevista en el artículo 9, párrafo primero, letra b), no puede eximir a los Estados miembros de la obligación de atenerse a las disposiciones comunitarias en vigor."

Sobre el segundo motivo, basado en una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 3, apartado 3, de la Directiva, la Comisión sostuvo que, a diferencia del citado artículo 3, apartado 3, de la Directiva, que sólo prevé la responsabilidad del suministrador con carácter subsidiario, si no pudiera identificarse al productor, el artículo 1386-7º del Código Civil francés, había colocado al suministrador, en la misma posición que al productor.

Tampoco negó el Gobierno francés, que existiera esta divergencia. Alegó que la misma se derivaba de una norma de procedimiento nacional. Asimismo, indicó que el artículo 1386-7º del Código Civil francés, producía el resultado previsto por la Directiva, puesto que el suministrador que hubiere sido demandado por el perjudicado podía emplazar como interviniente forzoso al productor, quien tendría que cargar con la indemnización según el propio sistema de la Directiva.

Se reconoció en la sentencia, que si el legislador comunitario era competente para armonizar la normativa de los Estados miembros sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, también lo era para determinar la persona a la que debía imputarse dicha responsabilidad, así como los requisitos para su atribución.

Sobre el tercer motivo, basado en una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 7º de la Directiva, la Comisión alega que, a diferencia del artículo 7º, letras d) y e), de la Directiva, que prevé supuestos de exención de la responsabilidad del productor que no están sometidos a requisito alguno, los artículos 1386-1º I, párrafo primero, y 1386-12º, párrafo segundo, del Código Civil francés supeditaban la aplicación de dichos supuestos, al requisito de que el productor cumpla la obligación de efectuar un seguimiento del producto.

El Gobierno francés destacó en este sentido, que el tercer motivo versaba sobre un aspecto que la propia Comisión, en el Libro verde, también había proyectado

modificar. En todo caso, para el Gobierno francés, el artículo 15º de la Directiva había dejado a los Estados miembros, la opción de modificar lo referido a la exención de responsabilidad vinculada al estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se puso en circulación. El Tribunal de Justicia declaró que, si bien esta disposición permite a los Estados miembros suprimir la exención de responsabilidad prevista en el artículo 7, letra e), de dicha Directiva, no les autorizaba a modificar los requisitos para la aplicación de dicha exención.

Interesante aunque discutible observación que resulta absolutamente literal. O se hace solo lo que manda la Directiva o no se hace nada salvo en aquellas situaciones que de manera absolutamente diáfana, están admitidas por la misma Directiva. No hay interpretación y menos integración.

Finalmente, el Tribunal de Justicia resolvió: 1) Declarar que la República Francesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al incluir: a) en el artículo 1386-2º del Código Civil francés, los daños inferiores a 500 euros; b) considerar, en el artículo 1386- 7º, párrafo primero, del mismo Código, que el suministrador de un producto defectuoso es responsable en todos los casos y por el mismo concepto que el productor; c) prever, en el artículo 1386-12º, párrafo segundo, de dicho Código, que el productor debe probar que ha adoptado todas las medidas adecuadas para prevenir las consecuencias de un producto defectuoso con el objeto de poder acogerse a las causas de exención previstas en el artículo 7, letras d) y e) de dicha Directiva. 2) Condenar en costas a la República Francesa. Hasta la fecha, la República Francesa, no cumple con lo ordenado por el referido Tribunal de la Unión Europea, mereciendo, con fecha 14 de marzo de 2006, una sanción de 31,000 Euros por cada día de atraso en la transposición de la Directiva en los términos que ella expresa (191) no obstante haber establecido reglas con las que busca facilitar el acceso a la justicia de los consumidores.

También en esta parte, consideramos que los últimos capítulos de esta historia, sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho francés, no han sido aún escritos. Será interesante conocer la reacción de los Jueces y en general, la de las autoridades francesas sobre el tema.

Se ha aludido a una crisis que amenaza el futuro de la responsabilidad civil en Francia por la deformación o alteración extrema de la culpa civil y el abuso de la protección de las víctimas, lo que ha hecho que las autoridades judiciales apunten a extender el resarcimiento de forma excesiva y así, se pierda el valor social de la culpa para medir y controlar los comportamientos antisociales. De la misma manera, se afirma que los sistemas de aseguramiento o de abono de la indemnización en forma colectiva, habrían disipado la determinación de responsabilidad individual lo que afecta la parte preventiva (192). Al casi asimilar la sanción para quien comete un acto antijurídico por culpa y quien lo hace por dolo, no se está planteando una actitud reflexiva frente al daño pues no hay mayor sanción por incurrir en actos abiertamente intencionales al momento de fijar la indemnización.

Patrice Jourdain desde la tradición del Derecho francés, destacó en 1998 y en términos generales más no especiales (en cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos se refiere, como figura especial que no alcanzó a comentar), que la culpa estaba lejos de haber sido suprimida o de haber desaparecido del derecho de la responsabilidad civil (193). Precisó tal autor, que de ello, se podía deducir *una bella resistencia de la culpa* (194).

191. Para mayor información, es posible revisar el sitio, www.libertaddigital.com

192. JOURDAIN, Patrice, *Ob. Cit.*, p.p. 17 a 26.

193. *Ibidem*, p. 19.

194. *Ibidem*, p. 19.

Reconocemos, que pese a las ventajas de internalización de la responsabilidad y la graduación que aporta el uso de la culpa, se ha impuesto la decisión del legislador y de la jurisprudencia para no tenerla en cuenta en ciertos conflictos, valorando más, el uso de mecanismos simples que eludan una discusión que puede ser sumamente agotadora (sobre la presencia del dolo o la culpa del sujeto dañoso) para facilitar la defensa de la víctima.

Como vemos a continuación, ordenamientos europeos como el alemán, el italiano y el español, también consagraron durante un buen tiempo, como regla general, la responsabilidad civil por culpa aunque con particulares trazos. Se admitió una suerte de coexistencia de reglas objetivas y subjetivas para el tratamiento de la responsabilidad por los productos defectuosos. La jurisprudencia ha mostrado un tratamiento que ratificó la forma funcional en la que fue percibida la institución.

1.2.2.3. Alemania.

La doctrina como la jurisprudencia de este país, nos trae interesantes aproximaciones sobre lo que concebimos como la responsabilidad civil por productos pese a que no hubo en la legislación alemana, un tratamiento orgánico del tema sino hasta los años sesenta (195).

Promulgado el 18 de agosto de 1896 para entrar en vigor el 1 de enero de 1900, el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) fue la fuente de regulación normativa fundamental como ocurrió en otros países europeos.

La discusión sobre el canal adecuado para la protección de las víctimas ante los supuestos de los daños causados por los defectos de los productos, se movió, como en otros países) entre los cánones de la responsabilidad contractual o extracontractual, también en Alemania. En un primer momento, la doctrina habría excluido la posibilidad de recurrir a la responsabilidad extracontractual (196).

Cabe resaltar que en el esquema de la responsabilidad extracontractual, tal código se ocupó de los *hechos ilícitos* en los artículos 823 y siguientes, señalando en el primer párrafo, que aquel que por un hecho contrario a derecho, produce un daño con intención o negligencia, a la vida, el cuerpo a la salud, a la libertad, a la propiedad, o al derecho de otro, está obligado para con éste, a la reparación por el daño que resulte. En el segundo párrafo, aparece que la misma obligación incumbe a aquel que contraviene una ley que tiene por objeto la protección de otro. Este artículo, no excluye la referencia a la culpa como factor de atribución.

Los siguientes artículos del BGB, tocaron supuestos concretos o típicos de responsabilidad, razón por la cual, se afirma que este código no incluyó una cláusula general de responsabilidad la que aparece en los códigos civiles de Francia e Italia e incluso en España. No obstante lo expuesto, algunos juristas alemanes propusieron una labor de abstracción, considerando para ello, las hipótesis o las categorías de responsabilidad extracontractual. Por otro lado, las propuestas contractuales, se desarrollaron en torno a las disposiciones sobre la venta y las obligaciones del vendedor, previstas en los artículos 433° del Código civil alemán y especialmente, de la prestación de la garantía que correspondía al vendedor por los defectos de la cosa, contenidos en los artículos 459° del citado código.

195. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 293. Dicho autor realiza una extensa y valiosa reseña del tratamiento normativo en Alemania a partir de lo que señala el Código civil alemán. También es interesante revisa a PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.*, p.p. 174 a 181. La autora antes indicada, da cuenta de la extensa bibliografía existente sobre este período.

196. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ibidem*, p.p. 175. Hace PAYET, José Antonio, *Ibidem*, p.p.319 a 332, una minuciosa exposición del tema, explicando el desarrollo de las teorías contractuales basada en la responsabilidad del productor basada en la garantía por vicios ocultos y en la violación positiva del contrato.

Se advierte una interesante sentencia en la que se haría referencia a la responsabilidad del productor. A través de una resolución del Tribunal Supremo del Primer Reich en 1915, el *Reichsgericht* se enfrentó a un caso, denominado *Brunnenzalfall*, referido a las serias lesiones sufridas por una persona que ingirió en una farmacia y por prescripción médica, un paquete de sal medicinal con pequeños trozos de vidrio. El producto había sido fabricado por un laboratorio. El Tribunal se pronunció en contra del fabricante, condenándolo a la indemnización por los daños sufridos por el consumidor en aplicación del parágrafo 831-I del BGB. Este pronunciamiento es considerado, sin embargo, aislado o excepcional.

La década de los sesenta traerá una mayor identificación de la problemática en Alemania. El tema fue objeto de discusión primero, en la 43 Sesión del *Deutsche Juristentag* o Jornada de Derecho alemán, realizada en Munich en 1960 y más tarde, en los debates doctrinales de la 47 sesión también de la *Deutsche Juristentag*, llevados a cabo en Nüremberg del 17 al 20 de setiembre de 1968 (197). Las conclusiones de esta última sesión, invitaría a los tribunales alemanes a buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del régimen legislativo vigente.

La atención, va de la mano con un hecho sumamente doloroso: la constatación de los daños causados por el producto *Contergan-Thalidomida*, fabricado por una empresa alemana. Dicho producto fue suministrado para aliviar algunas molestias causadas por el embarazo. Sin embargo, se detectó tiempo después, que causaba terribles deformaciones en el feto el que se desarrollaba sin brazos, piernas, con miembros reducidos, etc. Hay una generación que nació sufriendo los efectos del defecto de diseño de ese producto. La opinión pública fue muy afectada tanto por los efectos de la *Thalidomina* indicado como por las alergias producidas también por otro bien de uso cotidiano como fue una margarina defectuosa.

Tras estos problemas, la responsabilidad por medicamentos defectuosos, fue manejada con particular seriedad en Alemania (198).

Como ya se indicó, los estudios y discusiones sirvieron de base a las respuestas jurisprudenciales. En 1968, el Tribunal Federal en un fallo del 26 de diciembre de ese año, se pronunció en un caso célebre denominado "*la peste de las gallinas*" (*Hünerpestfall*), aunque no fue precisamente una "peste", lo que mató a las aves. Como resultado de una vacuna defectuosa, colocada contra la peste aviar, en una granja, cuatro mil gallinas murieron y cien debieron ser sacrificadas. La demandante no había adquirido la vacuna directamente sino que ésta había sido comprada por el veterinario. Al acudir a los tribunales, se alegó como prueba que los frascos no se hallaban en perfectas condiciones de inmunización y que contenían, en su confección original, focos bacteriológicos activos. El Tribunal rechazó las soluciones "contractuales" ofrecidas por la doctrina en tanto, no se había celebrado un acuerdo con la víctima, eludiéndose, también, el exigir a la víctima que pruebe la culpa del fabricante por lo que más bien, éste debía probar que no incurrió en ella (199).

Estas discusiones y el ambiente imperante en el ámbito jurídico, generarían una construcción jurisprudencial que es citada aún y conforma un deber especial de seguridad en el tráfico (*Verkehrssicherungspflicht*), a cargo del titular del proceso de producción, en el marco del artículo 823 del BGB (200).

197. PRADA ALONSO, Javier, *Ibidem*, p. 25.

198. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 335.

199. PARRA LUCÁN, M. Ángeles, *Ob. Cit.*, p.p. 177 y 178.

200. PARRA LUCÁN, M. Ángeles, *Ob. Cit.*, p. 176. También se da cuenta en su obra, del desarrollo doctrinario anterior al año 68 por el cual surgieron diversas teorías que desde la perspectiva contractual, y pese a que fueron calificadas de ficticias, expusieron la preocupación por solucionar la ausencia normativa. Se estructuraron los esquemas de protección a partir del contrato a favor de tercero (*Vertrag zu Gunsten Dritter*), del contrato con eficacia protectora para tercero (*Vertrag mit schutzwizking für Dritte*), de la liquidación de daños en interés de tercero (*Schadensliquidation im Drittinteresse* o *Drittischadensliquidation*), de transmisión implícita de la garantía (*Stillschweigende Weitergabe einer Garantie*) o la consideración del fabricante como

Se partió de la constatación de la existencia de una serie de actividades que a pesar de no ser ilegales, al ser ejercitadas, podían violar los bienes o derechos reconocidos en el artículo indicado del Código. Este deber implicaba que quien creaba o controlaba una fuente de peligro, debía adoptar todas las precauciones para no causar daño.

La responsabilidad por productos sería ubicada por la jurisprudencia alemana en el terreno extracontractual. Se ha considerado que con este fallo, *Hünnerpestfall*, se inició un camino por el que de emplearse según las instrucciones, un producto industrial y de generar éste, daños a una persona o cosa como consecuencia de que el mismo fue fabricado con un defecto, el fabricante debía probar la falta de culpa respecto del defecto y de no poderlo hacer, asumiría la responsabilidad respectiva. El avance se produjo, primero a partir de la inversión de la carga de la prueba, aunque en el terreno de la culpa.

Prada Alonso resaltó que con el tiempo, en Alemania, el deber de organización del productor constituirá el verdadero criterio de imputación de la responsabilidad, el cual ha sido ligado a la noción objetiva de diligencia y por dicho camino, a un nivel objetivo de seguridad (201).

La desgracia de la *Generación Thalidomida* como los indicados debates y fallos, justificaron la emisión de una normativa específica, la Ley de Medicamentos o Drogas de 24 de agosto de 1976 (*Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts* o *AMG*) la que fijó patrones más rígidos o exigentes que los fijados en su Código civil.

Tal disposición aludió a diferentes factores de atribución dependiendo del tipo de defecto, configurando un concepto ciertamente subjetivo por el que se podía determinar responsabilidad en función del llamado "hallazgo de la ciencia médica". Con él, era posible determinar que factor se aplicaba y sobre todo cuando debía responder el productor. Demás está decir, que éste podrá eximirse de responsabilidad en el caso de los riesgos de desarrollo que son aquellos descubiertos a partir del desarrollo de la ciencia y la tecnología, lógicamente luego de que los productos han sido colocados, usados o consumidos. Se podría considerar que se estaba introduciendo sutilmente, valores de carácter subjetivos o el concepto de culpa para aproximarse a la conducta del productor a partir de la idea de lo que se entiende como conocimientos o "hallazgo médico". Según esta norma, se impusieron límites económicos para responder por los productos.

Somos de la opinión que se advierte en estas disposiciones, un evidente interés económico de controlar las situaciones "explosivas" dada la importancia que reviste la industria farmacéutica en dicho país. No obstante lo indicado, la jurisprudencia alemana, respecto de otros productos, ha hecho gala de una riqueza conceptual al imponer rigurosas obligaciones al productor. Es importante, en este contexto, hacer una reseña de la sentencia en el caso *Apfelschorffall*, dictada por el Tribunal Supremo Federal Alemán a inicios de los años 80 (202). La demanda está referida al perjuicio causado a los agricultores alemanes por la ineficacia del producto Derosal, el cual era un fungicida empleado para combatir infecciones de hongos en viñas, árboles frutales y plantas hortícolas. En 1972, se detectó la resistencia de este producto en algunas zonas vinícolas del citado país aunque no en relación a los hongos que afectaban las cortezas de las manzanas (*apfel*). Sin embargo, en 1974, se produjo la resistencia del hongo de la corteza de manzana, frente al Derosal en una amplia región del Bajo Elba. Precisa Solé i Feliú (203) en torno a este caso que un elevado número de agricultores perdió una parte sustancial de sus cosechas, agregando en torno a tal sentencia:

auxiliar en el cumplimiento del vendedor (Der Hersteller als Erfüllungsgehilfe des Händlers), contrato de garantía directa entre el fabricante y el consumidor (Unmittelbarer Garantievertrag zwischen Hersteller und Letztabnehmer) y la afirmación de la responsabilidad basada en la confianza que se genera en el consumidor (Vertrauenshaftung) .

201. *Ob. Cit.*, p. 27.

202. Citada por SOLÉ I FELIU, Josep, *Ob. Cit.*, p.p. 769 y 770.

203. *Ibidem*, p.p. 769 y 770.

"Se descubrió que dicha resistencia habría podido evitarse si se hubiera combatido el hongo, no exclusivamente con Derosal, sino en combinación con un denominado fungicida de contacto, producto que ya venía siendo utilizado habitualmente con anterioridad. Los agricultores, sin embargo, no fueron informados de esta circunstancia, que también era desconocida por la empresa demandada. El Landesgericht desestimó la demanda de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, pero el Oberlandesgericht la admitió. Interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo Federal, éste resuelve condenar a la demandada, argumentando que con la puesta en circulación de su producto lesionó el bien jurídico "propiedad" de los demandantes al no atacar con eficacia el hongo *Venturia Inaequalis*. El Tribunal reconoce que en principio, la falta de aptitud para el uso del producto es tutelable por la vía de la responsabilidad contractual, mientras que la responsabilidad extracontractual debe reservarse para la lesión de un interés de integridad. Sin embargo, admite que es posible acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual cuando un producto resulta ineficaz para proteger determinados bienes jurídicos de los consumidores, como por ejemplo, la propiedad, y como consecuencia de ello, se producen unos daños. Para que esto suceda es fundamental la expectativa de uso y de seguridad del tráfico con relación a la protección del interés de integridad del bien jurídico expuesto. No se trata de una extensión de la responsabilidad contractual sólo de la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales que resultan de la actuación del fabricante causante de los daños sufridos por el consumidor en sus bienes y derechos protegidos por vía extracontractual." (204).

Cita también Josep Solé i Feliu otro caso relativo a una lámina de cobertura de techo PVC, por el que en función de lo regulado por el *BGH* alemán, se llegó a idéntica conclusión a la especificada en el párrafo anterior (205):

"Entre los años 1968 y 1973, la demandante instaló en el techo de algunos edificios que estaba construyendo, una cobertura fabricada por el demandado, formada por láminas de cloruro de polivinilo (PVC) y suministrada por DIT KG. En 1976, después de constatarse por primera vez problemas de permeabilidad en el techo, DIT KG realizó las reparaciones oportunas. En 1977, se produjeron numerosas roturas en la lámina, lo que provocó la filtración de una cantidad considerable de agua y originó la necesaria renovación de la cobertura del techo en una superficie de más de 12.000 m². DIT KG rechazó realizar nuevos trabajos de reparación. En un informe elaborado en 1978 por el *Bundesanstalt für Materialprüfung* (Instituto federal para el examen de materiales) se apuntaba la posibilidad de una conexión causal entre la pérdida de flexibilidad de las láminas fabricadas por el demandado y los daños producidos. A raíz de este informe, la demandante reclamó al demandado la indemnización de los daños producidos, así como los costes de saneamiento del techo, alegando que la instalación de la lámina tuvo su origen en el asesoramiento de un representante del demandado.

Aunque el Landesgericht rechazó la demanda, el Tribunal Supremo Federal opta por acogerla, pese a reconocer que la lámina no era peligrosa, ni causó por sí misma los daños, sino que era únicamente ineficaz, al no cumplir con su función de protección y permitir el filtrado del agua y la penetración de la humedad a través de las demás capas inferiores, causando los daños contra la propiedad de la demandante. Por ello, junto a una responsabilidad -contractual-basada en la falta de aptitud para el uso del producto, el Tribunal reconoce la procedencia de una responsabilidad extracontractual por lesión de un interés de integridad derivado de la lesión de uno de los bienes jurídicos protegidos por

204. *Ibidem*, p.p. 769 y 770.

205. *Ibidem*, p.p. 770 y 771.

el § 823 BGB (en este caso, la propiedad). Según el Tribunal, si un fabricante pone en circulación productos destinados a la protección de personas o cosas, los cuales, por una parte, son ineficaces a causa de un defecto y no cumplen esa protección, y por otra, existen otros productos o mecanismos que permiten alcanzar dicha finalidad, queda sujeto, junto a la eventual responsabilidad derivada de una lesión contractual positiva, a una responsabilidad conforme al § 823.1 BGB".

Cabe señalar que además de considerar lo dispuesto en el artículo 823° del Código civil alemán (BGB), la doctrina y la jurisprudencia de este país, han recurrido a la normatividad constitucional y concretamente, a los derechos fundamentales, para extender o ampliar el resarcimiento a la víctima (206).

Alemania incorporó la ya citada Directiva de la Comunidad Europea en una Ley conocida como *Produkthaftungsgesetz*, *Produkt Haftung* o simplemente *ProdHaftG*, que se puede traducir como la Ley alemana de responsabilidad por productos (o responsabilidad por productos) dictada el 15 de Diciembre de 1989 (en vigor desde 1990).

A continuación, incluimos detalles relevantes de la indicada ley (207); el análisis de la misma se efectúa en conexión directa con los artículos sobre responsabilidad extracontractual del Código civil alemán y en función del principio reconocido por la jurisprudencia como la doctrina de la infracción de garantizar la seguridad en el tráfico (*Lehre der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten*).

Así, el artículo 1° lleva por título el de *Responsabilidad*, señalándose en el numeral 1° del mismo, que si por el defecto de un producto alguien fallece, si su cuerpo o su salud resultan dañados o lesionados, o si se daña algún objeto material, el fabricante del producto está obligado a indemnizar a aquél al que le haya causado los daños. Los bienes dañados deben ser de aquellos que normalmente se usan para un uso o consumo determinado y de uso por el siniestrado, en forma particular o privada.

Conforme al numeral 2° del artículo 1°, se excluye la obligación de indemnizar que corresponde al fabricante, en las mismas condiciones de la Directiva, como son, por ejemplo, cuando se acredite que éste, el fabricante, no puso el producto en circulación; cuando el producto, en la fecha en el que el fabricante lo había puesto en circulación, cumplía obligatoriamente con las regulaciones imperativas o el reglamento jurídico; cuando el defecto, según las condiciones científicas y tecnológicas a la fecha en la que el fabricante puso el producto en circulación, no podía ser reconocido, regla que corresponde a la exoneración por los riesgos de desarrollo (*Entwicklungsrisiken*). En este punto, respecto de los medicamentos e ingeniería genética (*Arzneimittel und Gentechnikgesetz*), se considera que no opera tal exoneración pues se respeta lo previsto en la Ley de Medicamentos que no la admite. Se respeta en líneas generales, las regulaciones de la citada Directiva comunitaria.

Menciona el numeral 3°, que la obligación de indemnizar del fabricante de un producto parcial o parte, está excluida, si el defecto se debe a la construcción del producto, en el cual la parte fue incluida, o se produce por instrucciones del fabricante del producto total, y por ello, se ha causado algún daño. El párrafo 1 se aplica al fabricante de una materia prima.

Al igual que lo señalado en la Directiva comunitaria, expresa el numeral 4° de la ley, que el perjudicado tiene la carga probatoria del defecto, el daño y el nexo causal. Puede discutirse este principio y de hecho, opera la inversión de la carga de la prueba que

206. Comentarios de Guido Alpa en el prólogo del libro de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de la Responsabilidad Civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 9.

207. Agradecemos la colaboración de Mónica Sotomarino Cáceres para la traducción de este texto.

deberá enfrentar el productor, en los casos de los párrafos 2 y 3 del artículo 1° que tratan sobre las causales de exclusión o de exoneración de la responsabilidad. Esta peculiaridad ya había sido desarrollada por la jurisprudencia y es recogida por ello, por la normativa indicada.

Conforme al artículo 2° de la ley indicada, se entiende por producto, en el sentido de esta ley, a cada objeto móvil, incluso si ella forma parte de otro objeto mueble o de un bien inmueble, así como la electricidad.

La defectuosidad se califica, según se precisa en el artículo 3° de la Ley, cuando el producto, no ofrece la seguridad que corresponda tomar en consideración, bajo cualquier circunstancia, y especialmente: a) su presentación; b) el uso que razonablemente puede ser considerado; c) el momento en el que fue puesto en circulación y el que pueda satisfacer las expectativas del beneficiario. Un producto no tiene un defecto, por el hecho de que más adelante, una versión mejorada sea puesta en circulación.

Precisa el artículo 4°, quien será considerado fabricante para los efectos de dicha normativa. Así: 1) El fabricante es, en el sentido de esta ley, el que fabricó el producto final, una materia prima o un producto parcial. Un fabricante se considera también, al que a través de la colocación de su nombre, su marca u otra característica distintiva que lo presente como fabricante; 2) Además se considera fabricante, quien introduce o transporta un producto con el objetivo de su venta, alquiler, alquiler-venta u otra forma de distribución o venta con un propósito económico, en el contexto de su actividad económica y en el campo de uso del acuerdo con el área de comercialización europea; 3) Si el fabricante del producto no puede ser determinado o identificado, se considera como tal a cada proveedor de los fabricantes, a menos que él señale al perjudicado, la identidad del productor o suministrante en el plazo de un mes, después de que el requerimiento correspondiente haya culminado. Esto se aplica también a un producto importado, si con esto la persona especificada en el párrafo 2 no se determina, incluso si es el nombre del fabricante es conocido.

Regula el artículo 5° de la ley, la situación de la pluralidad de obligados a la indemnización, aplicándose la solidaridad así como los artículos 421° a 425°, los párrafos del artículo 426° párrafo 1, y artículo 2° y párrafo 2 del Código Civil alemán.

Trata el artículo 6° de la ley, la reducción de la responsabilidad por intervención de tercero o del hecho de la víctima. Se señala aquí, una regla similar a la de la Directiva aludiendo a que procede aplicar el artículo 254° del Código Civil alemán (sobre la intervención de la víctima en la producción del daño, responsabilidad que será analizada en función de las circunstancias y la intervención preponderante del mismo aludiendo también, a que en caso de daño material, es culpable aquél que ejerza el verdadero dominio sobre el objeto).

Precisa el *ProdHaftG* § 7 (artículo 7° de la ley), el alcance de obligación de la indemnización por muerte, mencionando: 1) Que en el caso de muerte la indemnización de los costos, debe tomar en cuenta los gastos de curación, así como por los perjuicios patrimoniales, el que el fallecido haya sufrido, por el hecho que durante la enfermedad su capacidad de trabajo hubiere sido afectada, reducida o suspendida o sus necesidades se vean incrementadas. Además la obligación de indemnización comprende los costos de inhumación o entierro; 2) Corresponde que el responsable, ocupe la condición del fallecido en relación a un tercero, si al momento de la lesión, el afectado, por mandato legal, estaba en la obligación de pagar alimentos, y fue privado este tercero, como consecuencia de la muerte, del derecho a una manutención. La obligación de indemnizar al tercero, por los daños provocados, conduce al responsable, a ocupar la posición del fallecido. La obligación de indemnización también se genera si el tercero al momento de la lesión, hubiere sido engendrado, aún cuando no haya nacido.

Asimismo, el *ProdHaftG* § 8 (o artículo 8° de la ley), está referido a los alcances de la obligación de indemnización por lesión patrimonial. Para el caso de lesión del cuerpo o la salud, la indemnización de los costos por la curación, así como los daños patrimoniales que el damnificado sufre, deben ser realizados por el causante debido a

que la lesión reduce o suspende ocasional o permanentemente, la capacidad de trabajo de la víctima o incrementa sus necesidades. Por el daño, que no sea un perjuicio patrimonial, también puede ser exigida una compensación mínima en dinero. Al igual que en la Directiva europea, no se ocupa la ley alemana, sobre la regla a seguir en torno a al daño extrapatrimonial

La Ley expresa en su artículo 9°, lo relativo a la indemnización por daños a través de una renta facilitando dicho otorgamiento y la aplicación del artículo 843° párrafo 2 al 4 del Código Civil alemán. Consagra el artículo 10° (*ProdHaftG § 10*), la cantidad máxima a aplicar como responsabilidad global, conforme al artículo 16° de la Directiva. El artículo 11° de la ley, regula la participación de la víctima en la generación del daño, expresando que también en este caso, se aplica la franquicia de 500 Euros.

La prescripción es de tres años tal y como aparece en la Directiva y consta en el artículo 12° de la Ley, aplicándose las regulaciones que sobre la prescripción están contenidas en el Código Civil. La caducidad de diez años, es tratada en el artículo 13° de la ley.

Conforme consta en el artículo 14° de la disposición que analizamos, la responsabilidad del productor no puede ser limitada o excluida en función de pactos, los cuales de celebrarse, son nulos.

Se refiere la *ProdHaftG § 15*, o artículo 15° de la ley, lo relativo a la responsabilidad por medicamentos, y la responsabilidad con arreglo a otras disposiciones. La ley de medicamentos sería aplicable aunque debemos deducir que ello debe ocurrir dentro de la propuesta de la Directiva comunitaria. La responsabilidad tratada en otras regulaciones o convenios especiales como sería por ejemplo, los daños por accidentes nucleares, no están afectos o sometidos a la indicada ley.

Conforme al artículo 16°, referido a las disposiciones transitorias, esta ley no es aplicable a los productos que antes de su entrada en vigor fueron puestos en circulación. Por otro lado, menciona el artículo 17 (*ProdHaftG § 17*) lo relativo a los reglamentos estatutarios, señalando que el Ministro Federal de Justicia está autorizado, para realizar los ajustes para la aplicación de la Directiva comunitaria. El artículo 18° de la ley, hizo una precisión a que este régimen se aplicaba a la ciudad de Berlín.

Según el artículo 19°, la ley rige desde el 1 de enero de 1990. Pero la Sección III, ratificó que ella, la ley, se aplicaría a los productos que al día su entrada en vigor, o ingresen o sean puestos en circulación.

A través de la siempre dinámica *sociedad de la información* (208), que el 1 de agosto del 2002, se inició la vigencia en Alemania, de la modificación a la ley de reforma sobre el Derecho de Daños (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*), la que ha traído regulaciones para este tema, aunque sin alterar la estructura básica del Derecho de dicho país. La reforma se ha producido en el ámbito del Derecho alemán de obligaciones (*Schuldrechtsreform*) siguiendo la estructura del Derecho de los Contratos y el Convenio de Viena. Algunas de sus reglas han generado expectativa en los demás países. Por ahora, solo haremos un breve resumen del tema. Así, se ha adaptado el derecho a las necesidades y regulaciones actuales de la Unión Europea y otras de la misma Alemania en cuanto a mejorar la protección de las víctimas de daños particularmente en el caso de lesiones personales, mejorar la situación de los niños en caso de accidentes de tráfico. En líneas generales, se ha concretado un conjunto de reglas sobre responsabilidad en los

208. La información ha sido obtenida del sitio www.indret.com en donde aparecen los comentarios de Albert Lamarca i Márquez y Sonia Ramos González de Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio de 2002. De manera más reciente, en torno al tema, puede hallarse el artículo de Uldrich Magnus de la Facultad de Derecho de la Universidad de Hamburgo, *La reforma del Derecho Alemán de Daños*, Working Paper N° 127, Barcelona, abril de 2003 en la misma página web antes indicada.

accidentes de tráfico y en las lesiones por productos farmacéuticos. El derecho alemán de daños ha quedado adaptado a los nuevos estándares europeos en materia de responsabilidad. Se incorporó la *Discovery rule* por la que si hay indicios de que un medicamento ha podido causar los daños por los que se reclama, la víctima podría requerir del laboratorio farmacéutico, la información de que éste disponga sobre los efectos conocidos, efectos secundarios e interacciones del medicamento en cuestión. No procederá la pretensión de información cuando se deba mantener en secreto la información por imperativo legal o bien el mantenimiento del secreto responda a un interés preferente del empresario farmacéutico o de un tercero. De acuerdo con los requisitos del primer apartado, también procede una pretensión de información contra las Autoridades competentes de autorizar y supervisar los medicamentos. La Autoridad competente no está obligada a facilitar la información en el supuesto en que deba guardar secreto sobre la información de que dispone por imperativo legal o bien porque el mantenimiento del secreto responda a un interés preferente del empresario farmacéutico o de un tercero.

La normativa indicada puede ser resumida de la manera siguiente (209): 1) Plantea modificaciones a la Ley del Medicamento, de 24 de agosto de 1976, (*Arzneimittelgesetz*) estableciendo en favor de la víctima: a) Una pretensión de información o *Discovery Rule*, que se dirige contra la empresa farmacéutica y la autoridad administrativa competente; b) Una *presunción de causalidad* contra el empresario farmacéutico, quien deberá probar que el medicamento administrado no ha causado el daño o bien que los daños derivan de otra causa; c) Una extensión de la indemnización al daño moral o no patrimonial a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo (desprovista del análisis de la culpa); d) La desaparición de la limitación, vigente en el derecho civil alemán, respecto de los daños no patrimoniales aunque se mantiene todavía el principio de especialidad en el § 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que expresamente prevea la indemnización de los daños no patrimoniales. Hasta la nueva ley de reforma, sólo el § 847 BGB preveía la indemnización de los daños inmateriales o extrapatrimoniales en la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia. Plantea la protección por el daño inmaterial, referida a la indemnización por sufrimientos, sentimientos heridos y similares, el dolor y sufrimiento (*Schmerzensgeld*); ello no estaba previsto el régimen de la responsabilidad sin culpa. A los daños morales o extrapatrimoniales le correspondería una indemnización (210) equitativa en dinero (*eine billige Entschädigung in Geld*); e) Una delimitación de nuevos supuestos en los §§ 825 y 839a del BGB o Código civil alemán incorporándose otras figuras (211); f) se ha dictado una regulación minuciosa y con ello, una modificación de los criterios del § 249 del BGB para cuantificar la indemnización de los daños

-
209. Podemos consultar en Internet y en el sitio antes mencionado, los comentarios de los citados Lamarca i Marqués como Sonia Ramos González en la revista *In Dret*, la que precisamente, comenta los avances de los diferentes ordenamientos en al ámbito de la jurisprudencia y la regulación. De hecho, tomamos en cuenta su resumen para mostrar los avances del tema en Alemania.
210. Consta esta indicación en el mismo sitio de Internet, referido en la nota anterior.
211. Por ejemplo, que la normativa incluye una mayor protección de la libertad sexual en el nuevo § 825 BGB, como bien jurídico especialmente protegido en el ámbito del derecho de daños; la tipificación como supuesto específico de responsabilidad por los daños causados por un peritaje judicial incorrecto, en el nuevo § 839a BGB. La norma se ocupa del régimen de inimputabilidad de la responsabilidad civil por los accidentes automovilísticos y ferroviarios a los menores de diez años de edad, salvo que concurra dolo y de la duplicación de las cuantías máximas de indemnización (o baremos) en los casos de responsabilidad objetiva o por riesgo (*Haftpflichtgesetz*).

materiales y solo por esa vía, considerar la posibilidad de incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA) si la víctima lo ha satisfecho realmente, es decir, si ha procedido a la reparación *in natura* de la cosa. La normativa señala claramente los extremos de su aplicación en el tiempo respecto por ejemplo, de la *discovery rule*.

Serían los aspectos más importantes de esta modificación, la presunción de causalidad en favor de la víctima y la indicada *Discovery Rule* o pretensión de información para los casos en que se discute la responsabilidad por el uso de medicamentos, así como la generalización de la pretensión de indemnización por los daños morales o no patrimoniales. En el ámbito de la Ley del Medicamento, el daño moral sólo podrá ser indemnizado en los casos de significativas lesiones corporales o a la salud significativas, de acuerdo con lo previsto en el § 84 de la Ley del Medicamento (212).

-
212. A continuación, reproducimos la traducción realizada por Lamarca y Márquez como por Sonia Ramos, de los artículos modificados de la Ley de Medicamento de Alemania. Conviene advertir en este sentido, que hay pocas precisiones en torno a los límites a partir de los cuales, se puede determinar la responsabilidad del productor farmacéutico. En verdad, es la ciencia y la tecnología en materia de productos farmacéuticos, el que aclara el tema pero también, el que le confiere un carácter sumamente técnico y complejo.

"Art. 84 de la Ley de Medicamento:

Si como consecuencia del uso de un determinado medicamento destinado al consumo humano, prescrito al consumidor en el ámbito de aplicación territorial de esta ley y que esté sometido a autorización sanitaria o bien esté exento de la misma mediante disposición reglamentaria, se ha causado la muerte de una persona o bien ha sufrido lesiones corporales o a la salud significativas, el empresario farmacéutico, que ha introducido el medicamento en el mercado de acuerdo con el ámbito de aplicación de esta ley, está obligado a indemnizar los daños causados. Sólo nace el deber de indemnizar si el daño causado a consecuencia del uso correcto del medicamento va más allá de lo que, de acuerdo con la ciencia médica, es tolerable o bien el daño se ha producido a consecuencia de advertencias, informaciones especializadas o instrucciones de uso que no se corresponden a los conocimientos de la ciencia médica. En el caso de que el medicamento utilizado sea idóneo, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, para causar el daño, se presumirá que el daño ha sido causado por este medicamento. La idoneidad en el caso concreto se determina de acuerdo con la composición, la dosificación del medicamento administrado y el uso prescrito, teniendo en cuenta la relación temporal con la producción del daño, el tipo de daño y el estado de salud de la víctima en el momento del uso del medicamento, así como de acuerdo con todas aquellas circunstancias que, en el caso concreto, favorecen o no la causa del daño. La presunción se rompe si se prueba que existe otra circunstancia que, en el caso concreto, es idónea para causar el daño. Esta circunstancia no puede consistir en la existencia de otro medicamento que, en el caso concreto, sea igualmente idóneo por causar los daños, a no ser que a causa del consumo de este medicamento no se estimen pretensiones, de acuerdo con este precepto por otros motivos que no sean la falta de causalidad de los daños.

Se excluye el deber de indemnizar del empresario farmacéutico, de acuerdo con el apartado 1º, inciso 2º, número 1, si, atendidas las circunstancias del caso, es necesario deducir que los efectos dañosos del medicamento no tienen su causa en el ámbito de su desarrollo y producción."

"Artículo 84a de la Ley de medicamento

En el caso de que se den circunstancias que fundamenten la consideración de que el medicamento ha causado el daño, el perjudicado puede exigir información del empresario farmacéutico, excepto cuando no sea necesario para determinar si procede una pretensión de indemnización según el § 84. La pretensión de información comprende los efectos terapéuticos, efectos secundarios e interacciones conocidos por el empresario farmacéutico, así como los casos sospechosos de efectos secundarios e interacciones que le sean conocidos, así como cualquier otra información relevante para determinar la responsabilidad por los daños causados. Los §§ 259 hasta el 261 del BGB se aplican analógicamente. No procederá la pretensión de información

La *presunción de causalidad* incorporada por esta modificación al derecho de daños, involucra una variación de la ley sobre productos defectuosos y en la Directiva comunitaria que establecen que a la víctima, corresponde probar el daño, el nexo causal y el defecto. Veremos si en el futuro, se presenta una objeción a esta regla por parte del Tribunal de Justicia.

Se considera en Alemania, diversas posibilidades de asistencia a los consumidores y perjudicados en general. Un esquema es a través de la intervención de las *Verbraucherzentrale* (Liga de consumidores). Por otro lado, los ciudadanos con ingresos reducidos o por debajo de la media, pueden recurrir al apoyo legal de un abogado de su elección en caso de defensa extrajudicial o de litigio y la mayor parte de las costas son asumidas por el Estado (213). La base de esta regulación está dada por la Ley de turno de oficio (*Beratungshilfegesetz*) y la Ley de Defensa Gratuita (*Gesetz über die Prozebkostenhilfe*). Como en los casos anteriores, es obvio que el tema no se agota en lo descrito a través de esta exposición sino que seguirá siendo desarrollado, dada la importancia que ahora reviste la experimentación en productos farmacéuticos e inclusive en el área de la producción de órganos para transplantes los que quizás, puedan producirse en un ámbito tal que se favorezca el objetivo de salvar vidas o mejorar su calidad sin afectar los criterios éticos que supone su vinculación con la persona humana. Habrá que ver, entonces, qué calificación se concede a éstos últimos.

1.2.2.4. Italia

La doctrina italiana ha sido y es sumamente valiosa en el tema de la responsabilidad del productor o del proveedor-fabricante, de la mano de autores como Adriano de Cupis, Pietro Trimarchi, Guido Alpa, Giulio Ponzanelli, Cesare Salvi, Paolo Cendon y otros (214). La forma de tratar el tema, ha revelado tocar aspectos centrales pero también, advertir aspectos singulares que han hecho que lo expresado por sus juristas, sea de referencia obligatoria. La discusión previa y posterior a la normativa especial, ha sido valiosa para comprender el tema.

Un apasionado comentario de Fernando de Trazegnies en el prólogo de la recopilación que, sobre trabajos de autores básicamente italianos, aparece en *Estudios sobre la*

cuando se deba mantener en secreto la información por imperativo legal o bien el mantenimiento del secreto responda a un interés preferente del empresario farmacéutico o de un tercero.

De acuerdo con los requisitos del primer apartado, también procede una pretensión de información contra las Autoridades competentes por autorizar y supervisar los medicamentos. La Autoridad competente no está obligada a facilitar la información en el supuesto en que deba guardar secreto sobre la información de que dispone por imperativo legal o bien porque el mantenimiento del secreto responda a un interés preferente del empresario farmacéutico o de un tercero."

213. Se puede revisar esta información en la página sobre *Diálogo con los ciudadanos - Alemania*, en <http://europa.eu.int/scadplus/citizen/es/de/010995.htm>.

214. ALPA, Guido, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975. Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni, Bologna, Il Mulino, 1991. ALPA G y Bessone M, *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè, 1980. ALPA Guido, BIN Marino, CENDON Paolo, *La responsabilità del produttore*, Padova, Cedam – Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1989. SALVESTRONI, Umberto, *Studi Sulla Responsabilità Civile e Altri Scritti*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1994. DE CUPIS, Adriano, *Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª ed., I, Milano, Giuffrè, 1966. PONZANELLI, Giulio, Ob. Cit. SALVI, Cesare, Ob.Cit. TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961. *Causalità e danno*, Milano, Giuffrè, 1967, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in Buonocore e Majello (bajo el cuidado de), *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, Napoli, Cooperativa Editrice, 1975. La lista de autores es bastante más larga que la contenida en este trabajo. Las obras son citadas o aparecen en la bibliografía.

responsabilidad civil (215), nos recuerda el aporte de sus juristas. Dice el maestro: "Italia - ¡qué duda cabe! - es la cuna del Derecho", destacando que el italiano "no solo tiene una inteligencia fina y sutil y una imaginación viva y cálida, sino que, además, es siempre un artista" (216); resalta Trazegnies, en dicho contexto, la labor de reflexión jurídica de los romanos, comprendiendo por tales, tanto a los juristas del Imperio de Occidente como a los de Oriente, y el desarrollo del *Corpus Iuris Civilis* y Derecho canónico, en la Edad Media. Aunque el "resplendor" del Código civil francés y posteriormente, la del BGB o Código civil alemán, no permitió destacar la obra jurídica italiana de los siglos XIX y XX, Italia se hizo notar nuevamente en 1942, a partir del tercer "gran Código civil de la época contemporánea", siendo notable, el aporte de Messineo, Adriano de Cupis, Trimarchi, Rodotà y Alpa (217).

Sobre la temática de la responsabilidad civil, Alpa vinculó el Código civil unitario de 1865, con el *Code Napoléon*, hallándose que la culpa era, como es lógico, elemento fundamental.

Las enseñanzas de Domat, Pothier y de Zachariae estuvieron presentes en dicha propuesta. Reitera Alpa sobre el indicado Código, que su historia es la que mejor se conoce y que mayormente ha llamado la atención de los civilistas que se ocuparon del tema; se reprodujo el Código francés casi integralmente, "con una correspondencia simétrica respecto de los códigos pre-unitarios."

Sobre el factor de atribución o criterio de imputación, al igual que en el Código francés, se recurrió a la culpa al definir la cláusula general en el Código italiano de la indicada época, siendo ella contractual o aquiliana (cuasi delito). La entidad jurídica de ambas habría sido una sola y las diferencias radicarón en la causa y el grado (218).

Fue frecuente en ese período, el uso de las fuentes romanas así como la referencia a la *actio institoria* para justificar la responsabilidad aplicada por hechos ajenos a patrones y comitentes, resaltándose en un fallo dictado en Florencia el 14 de mayo de 1883, que ese juicio se sustentaba en la utilidad que el dependiente producía a favor de quien lo contrataba (219); y, la *actio de pauperie*, empleada en relación al patrón y al guardián de animales. Pero como bien señala Alpa, la jurisprudencia fue contradictoria en torno a la admisibilidad de la prueba liberatoria pues si bien se barajaron los criterios sobre si se incurría en tal responsabilidad de manera independiente a la presencia de la culpa, no se advierte uniformidad. Según la Corte de Casación de Torino de 3 de marzo de 1882, no tendría que tomarse en cuenta la culpa. En forma contraria, se expresó la Corte de Roma de 16 de agosto de 1894 y la de Firenze de 30 de diciembre de 1889

Imaginamos que la influencia francesa no se limitó a tomar como base el Código Napoleónico en la preparación del Código italiano de 1865; la discusión doctrinaria vigente en Francia a fines del siglo XIX, impactó también en la jurisprudencia al igual que en dicho país. Las discusiones se dieron en torno a lo que Alpa llama la *omnipresencia de la culpa* y en las primeras teorizaciones referidas a una responsabilidad que prescindiera de dicho factor.

A la "fase exegética" del Código civil italiano (bajo el imperio de la influencia francesa), sucedería en el plano teórico, la influencia del Pandectismo, mientras que la doctrina alemana con la abstracción conceptual avanzó hacia considerar la responsabilidad sin culpa como criterio posible. La nueva codificación trajo como única innovación reconocida como verdadera, la referida al ejercicio de actividades peligrosas que involucró un régimen intermedio entre culpa y responsabilidad objetiva (220).

215. FRANZONI, Massino; ALPA, Guido; SCHLESINGER, Pietro; MONATERI, Giuseppe, CORSARO, Luigi; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón; SALVI, Cesare; BIANCA, Massimo; *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Lima, ARA Editores, Primera Edición, 2001, p. 9.

216. *Ibidem*, p. 9.

217. *Ibidem*, p. 9.

218. *Ibidem*, p. 120.

219. *Ibidem*, p. 120.

220. *Ibidem*, p.p 121 a 125.

La regla fundamental de la responsabilidad extracontractual o aquiliana en el Código civil italiano de 1942, se encuentra en el artículo 2043° el que expresa que todo hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto obliga a quien ha cometido el hecho, a resarcir el daño. Se reconoce según Piero Schlesinger, que daño significa perjuicio económico con la peculiaridad de que éste sea injusto, para lo cual, la idea de valoración de la justicia del daño, se orienta a la equidad (221).

Se partió del sentido general del art. 2043 del *Codice civile*, el que trata el tema bajo el título *De los hechos ilícitos*; señala ese artículo, que cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

La responsabilidad civil aparecería solamente, cuando en el supuesto de hecho, ofrecido a la consideración judicial, se dieran los requisitos del ilícito aquiliano. El uso de la vía contractual solo estaría permitido cuando la víctima demandara directamente al sujeto que le proporcionó el producto defectuoso (222).

Señala Paolo Cendon, que la responsabilidad del productor fue tratada por la doctrina italiana a inicios de los años 60 (223) siendo ésta la que colaboró en la determinación de una sólida propuesta. El advenimiento del desarrollo tecnológico y la producción en masa, incrementó el riesgo debido a la dificultad y en algunos casos, la imposibilidad de efectuar un cuidadoso control de la calidad e idoneidad del producto con relación a los estándares cualitativos. Cendon resalta que bajo el auspicio de un sector de la doctrina, se superó el sistema basado en la culpa-negligencia para dejar espacio a un criterio de imputación sustancialmente objetivo tomando como base, los principios que aparecen en los artículos 2049° (en base a la responsabilidad de los patrones y de los comitentes), 2050° (la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, respondiendo quien ocasiona el daño en el desarrollo de la actividad, salvo que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitarlo) y 2051° (sobre el daño ocasionado por las cosas en custodia, el que solo admite la exoneración por la prueba del caso fortuito) del Código civil italiano.

Resulta sumamente interesante considerar que la función reconocida a la responsabilidad objetiva ha tenido una indudable aplicación en relación con el riesgo creado por la actividad de la empresa, según recuerda Pietro Trimarchi (224). La justificación tendría sus raíces en una aproximación económica de la distribución de los costos y los beneficios.

Menciona el referido Cendon, citando a Ghidini (225), que la exigencia de repudiar la hegemonía en el criterio de la negligencia, por el fenómeno de la producción en masa y la imposibilidad de reconducir el área del riesgo evitable (típicamente cubierto por el criterio de la culpa), condujo a cruzar el umbral de la exigencia impuesta al dañado de probar la culpa, liberándolo de dicha carga, la de la prueba positiva de la negligencia. El fabricante podría entonces, liberarse solo por la comprobación de la ruptura del nexo causal.

Los daños “anónimos” producidos en una sociedad industrializada, traerían el desarrollo de los conceptos de orden público vinculados a la necesidad de acudir en apoyo de las víctimas con un esquema de solidaridad social. Ello permitiría resquebrajar el principio por el que solo surgía la responsabilidad si se probaba la culpa.

Para Cendon, en un primer momento, en presencia del fenómeno dañoso indicado, la jurisprudencia quiso resolver el problema desde una perspectiva contractual a partir

221. SCHLESINGER, Piero, “La injusticia del daño en el acto ilícito civil”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 51.

222. PARRA LUCÁN, M. Ángeles, Ob. Cit., p.169.

223. CENDON, Paolo (a cura di), *Il Diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, Torino, UTET, Vol. XI, 1998, p.p. 455 y 456.

224. TRIMARCHI, Piero, *Istituzioni di Diritto privato*, Ob. Cit., p. 154.

225. Ob. Cit., p. 456. GHIDINI, G., *La responsabilità del produttore*, Milano, Giuffrè, 1

del artículo 1490° y siguientes del Código civil y concretamente, de la noción de garantía por los vicios de la cosa vendida (*vizi della cosa vendutta*) relacionando al consumidor de manera directa, con el empresario por el resarcimiento del daño sufrido (226). En esta dirección se desarrolló el deber de protección. También estuvo presente en Italia, el llamado principio de *la relatividad del contrato* por el que solo el adquirente-comprador, podía accionar contra su inmediato vendedor por los daños causados por el defecto de un producto.

Frente a esas objeciones, Cendon precisa que en un segundo momento, el ordenamiento de los operadores se orientó hacia la eficacia instrumental de la figura de la responsabilidad del productor en el terreno extracontractual (que evitara el principio de relatividad de los contratos) con el objetivo de tutelar al consumidor recurriendo a un sistema de responsabilidad objetiva dada la dificultad de probar la culpa. En ese desarrollo, la teoría extracontractual generó un principio de presunción de culpa. En todo caso, para Cendon, se consagró en el Derecho italiano, la posibilidad de que el consumidor obtenga el resarcimiento limitándose a probar la conexión del daño con la organización de la empresa productiva sin que sea necesario que el consumidor afectado identifique plenamente la causa específica del daño.

Se siguieron los principios del artículo 1492° y siguientes del Código civil de 1942, sobre compraventa, y, de manera concreta, las reglas que disciplinan la responsabilidad del vendedor, en relación al párrafo primero del art. 1494, sobre los vicios de la cosa vendida, para considerar que la responsabilidad surgía como una frustración del resultado contractual pactado que sufre el comprador. Como ya se ha indicado, la jurisprudencia italiana determinó que los daños sufridos por el comprador por los vicios o defectos de la cosa únicamente podrían exigirse frente al vendedor en el plano de la responsabilidad contractual. Para otro sector doctrinal, en el párrafo segundo del artículo 1494° del *Codice civile* (por el que se especifica que el vendedor debe resarcir, al comprador por los daños derivados de los vicios de la cosa), habrían estado presentes las pautas que admitían una interpretación de responsabilidad, sistemáticamente construida en el terreno extracontractual y con claro matiz objetivo en vinculación con el artículo 2043 del mismo Código. A esta visión, se sumó el criterio jurisprudencial, que, como en otros países, siguió la perspectiva extracontractual como cauce obligado de solución. No hay jurista que haya descrito mejor que Alpa, las diferentes circunstancias que confluyen en la responsabilidad del fabricante o productor, resaltando éste los diferentes niveles de análisis inmersos en esta categoría, los centros de interés diversificados como es, la circulación de productos a gran escala, fabricados al interior del mercado nacional como del extranjero, las "instancias sociales emergentes", las exigencias de producción y las externalidades destinadas a convertirse en un "costo social", con una organización institucional de intereses, formas de control, técnicas de prevención y reparación (227).

Al fenómeno del consumo, se une a otro impulsado por los intereses de carácter económico, para fortalecer la circulación de mercancías como opción de desarrollo, en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea.

La Directiva Comunitaria sobre productos defectuosos, estableció un régimen definitivo de protección desde su incorporación a la legislación interna, como ya se ha indicado, y así, mediante el Decreto N° 224 del Presidente de la República de fecha 24 de mayo de 1988, se adaptó en Italia, la Directiva 85/374 en materia de productos defectuosos.

Umberto Salvestroni resalta que esta normativa, se enlazó a una época que revela un proceso de *descodificación* (228). La doctrina estuvo impregnada de un marcado tono comparatístico proyectándose la discusión en el terreno teórico, sino también en el

226. *Ibidem*, p. 127

227. ALPA, Guido, Responsabilidad Civil y Daño, *Lineamientos y Cuestiones. Ob. Cit.*, p.p. 405 a 44

228. SALVESTRONI, Umberto, *Studi sulla responsabilità civile e altri scritti. Con appendice legislativa*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1994, p. 27.

normativo. El cambio tuvo una especie de *paternidad industrial* además referida al poder de la empresa, que si bien se vincula a la libertad constitucional de iniciativa económica, no puede desarrollarse de manera tal que cause daño a la seguridad, a la libertad como a la dignidad humana.

Para Salvestroni, hay una moderna concesión del Derecho industrial que confiere una cierta autonomía que aunque no es didáctica, es científica relacionándose también con el derecho comercial y con el derecho privado de la economía (229).

La tendencia enunciada fue la de responsabilidad objetiva aunque como vimos, tal propuesta ha quedado bastante atenuada por la amplitud de las exoneraciones o excepciones a la aplicación de la responsabilidad previstas en la normativa italiana.

En todo caso, a partir de la aplicación de las cláusulas generales de responsabilidad civil, contenidas en el Código civil, se desarrolló el espectro de protección.

Resaltó Alpa (230) que el aporte de la ciencia civilista a la construcción del supuesto de hecho de la responsabilidad del productor, se puede apreciar completamente si se tiene en cuenta los formantes del derecho-ordenamiento: la legislación, la jurisprudencia y obviamente, la doctrina, moviéndose hábilmente, en el articulado la Directiva europea, del régimen inglés, del vigente en los Estados Unidos de América, como el que en 1991 (año en el que se publicó la versión italiana de este libro, traducida después al español), era el proyecto francés de la normativa sobre productos defectuosos. Sus comentarios mantienen particular vigencia.

Al igual que la regulación alemana, el Decreto N° 224 del Presidente de la República Italiana, colocó una mención que identificó los temas de cada artículo. Este Decreto del Presidente quedó derogado desde la entrada en vigor del Código de Consumo (hecho ocurrido el 09 de setiembre de 2005), por el artículo 146°, numeral 1), inciso a) de dicho Código de Consumo, aprobado por Decreto Legislativo N° 206 de 6 de setiembre de 2005. Las regulaciones del dispositivo derogado son reproducidas en el artículo 114° a 127° de dicho Código.

Así, se ocupa el artículo 114° de la responsabilidad del productor, el artículo 115° de la definición de producto, el 116° de la responsabilidad del fabricante, etc.

La Directiva y por consiguiente, la ley italiana (ahora incluida en el Código del Consumo), introdujo una "verdadera y propia hipótesis típica de responsabilidad sin culpa" (231) la que se remite, en términos objetivos, sólo a los daños derivados por defectos de los productos del fabricante quien es el sujeto activo del daño.

Las expresiones utilizadas en la Directiva, señala Alpa (232), "siguen el tenor de los artículos 2048°, 2049°, 2052° y 2053° del Código Civil italiano, pero, a diferencia de cuanto ha sido previsto en el artículo 2048° no se admite la posibilidad de dar prueba liberatoria, insistiendo Alpa, que en otros términos, no hay una simple presunción de culpa; a diferencia de cuanto ha sido previsto en los artículos 2052° y 2053°, no se hace referencia al caso fortuito, como causa de exclusión de la responsabilidad. Habría una analogía entre los artículos I de la ley especial (que trata sobre la responsabilidad del productor) y el 2049° del Código civil italiano (que trata sobre la responsabilidad de los patrones y de los comitentes), aunque destacó que el artículo 1° de la ley especial, debía ser puesto en relación con el artículo 6° de la Ley italiana sobre responsabilidad por productos defectuosos, el cual "individualizó" las hipótesis típicas (una suerte de cláusula cerrada según ratifica Alpa) de causas exoneratorias de la responsabilidad. Resalta Alpa, que la culpa del productor no fue mencionada nunca y la prueba de haber fabricado diligentemente el producto, o de haber hecho todo lo posible para evitar el daño, no fueron admitidas.

La regulación italiana, en nuestra opinión, no difiere sustancialmente de la propuesta contenida en la Directiva europea.

229. *Ibidem*, p. 25

230. ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño, lineamientos y cuestiones*, *Ob. Cit.*, p. 406.

231. *Ibidem*, p. 417.

232. *Ibidem*, p. 417.

Sobre el producto defectuoso, el texto italiano referido al Código del Consumo, que trata tal tema en su artículo 117°, no tuvo en cuenta las calidades "convencionales", al no tratar los aspectos contractuales del supuesto de hecho. En cuanto a las expectativas de los usuarios, reclamó el criterio de la racionalidad para la calificación de la defectuosidad, referido en un caso, al destino del producto para evitar demandas resarcitorias derivadas de usos anormales del mismo y en el otro caso, a los comportamientos predecibles siempre en conexión con el uso. Agregó Alpa (233), que en la ley italiana se insistía en la "características evidentes" del producto y se propuso: "una evaluación en abstracto" de su peligrosidad, la que estaría modelada por su apariencia. El comportamiento del usuario sería "culposo" si se pudiese verificar que, en el uso del producto, "él no advirtió los vicios (peligros o defectos) evidentes que la cosa presentaba y que una persona de ordinaria diligencia habría podido conocer o descubrir" (234). Estas modalidades de identificación del producto defectuoso, son útiles a decir de Alpa, en la medida que "la reconocibilidad de los riesgos derivados del uso del producto tiene un rol importante" no sólo en la evaluación del eventual concurso de responsabilidad del dañado, sino aún antes, en la determinación del grado de riesgo bajo el cual el producto puede ser considerado socialmente aceptable y no defectuoso" (235).

Para Ponzanelli, se ha reconocido en la normativa italiana, al igual que en la Directiva comunitaria, un principio de responsabilidad objetiva limitada (236).

Cesare Salvi (237) ha resaltado que el DPR 224/1988 brindó una "solución compromisoria" al conflicto al interior de la exigencia por contener el riesgo de empresa y la extensión de la protección al consumidor aunque suponga una limitación al área resarcible pues solo son resarcibles los daños que superen la franquicia de 500 Euros. Aunque la responsabilidad del productor de otra parte, no supone la prueba de la culpa del autor, es necesaria una configuración del defecto y de la misma manera, que no se produzcan y sea posible que el productor, pruebe hallarse dentro de las causas de exoneración de la responsabilidad previstas también, en la regulación ahora vigente.

Un precepto sumamente importante y digno de ser incorporado a nuestra regulación sobre el tema, es el principio de irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al consumidor, establecido en el artículo 143° del Código de Consumo de Italia.

1.2.2.5. España

Aunque hay grandes diferencias en la realidad de España y Perú, ellas no restan mérito a las posibilidades de estudio y de técnica comparativa que nos ofrece el Derecho español en cuanto a su directa protección constitucional para los derechos de los consumidores, por la experiencia con las Comunidades Autónomas y el tratamiento concedido al tema a partir de la Directiva Comunitaria.

A través del tiempo, en éste como en los demás casos ya citados, fue el Código civil, la fuente primera para todo tipo de análisis. La culpa fue también, un criterio de imputación fundamental.

Sin embargo, conviene recordar que el proceso de codificación en España fue plagada de vicisitudes (238). Mientras la influencia del *Code*, se reforzaba en países como Bélgica, Holanda, Italia, Alemania, Suiza, Rumanía Portugal extendiéndose hasta el

233. *Ibidem*, p. 424.

234. *Ibidem*, p. 424. Alpa no lo menciona, pero por sus comentarios, es posible deducir que se refiere al artículo 10 de la ley italiana.

235. *Ibidem*, p. 424.

236. PONZANELLI, Giulio, *Ob. Cit.*, p. 111.

237. SALVI, Cesare, *Ob. Cit.*, p. 151.

238. RAMOS NUÑEZ, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, *Ob. Cit.*, p. 121.

medio, lejano y extremo Oriente como hacia América Latina (239), durante casi todo el siglo XIX, el Derecho civil español continuaba regido por las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las leyes de Toro, la Novísima Recopilación promulgada en 1805. Resaltó Carlos Ramos Nuñez, que, fuera de Castilla, seguían las fuentes escritas o consuetudinarias forales que afectaron la unificación del Derecho español. Aunque fue la misma filosofía liberal e iluminista que sustentó al Código civil francés, la que sostendría al español, otra realidad rodeaba este trabajo de codificación, siendo una de las causas que dilataron el contar con un cuerpo legal civil, la supresión de los derechos forales en una comunidad marcadamente dividida en su identidad regional (240).

Tras un largo proceso, aparece en 1889, el Código civil español, que procuró conciliar las raíces castellanas, los Derechos forales y las influencias extranjeras, en particular la del Código francés. Pero el retraso, hizo que España se debatiera en la confusión de dos esquemas: el liberal e individualista y el de las tendencias socializadoras.

Mientras que a partir de 1880, se observaron en Francia, violentos ataques a la imperante noción de culpa (241) con lecturas o interpretaciones diferentes para los artículos 1382° a 1386° del Código civil, sobre responsabilidad civil, el contenido de los debates era bastante diferente en España en tanto se discutía la vigencia misma del Código civil. Podemos presumir que los años posteriores, los operadores españoles se ocuparían de profundizar en un Código civil que por añadidura, pretendía amalgamar el Derecho nacional con la propuesta francesa. No había un "modelo" a seguir que facilitará el manejo civil de los conflictos. Creemos que ese solo hecho, advierte la forma y la oportunidad en la que debió producirse la recepción de las ideas sobre la materia. A ello, tendríamos que sumar el retraso técnico y científico. Todo ese discurso debió llegar con bastante retraso a España. Los tiempos actuales muestran un panorama radicalmente diferente.

Con el tiempo, ante la lógica presión de las discusiones desarrolladas en toda Europa, se procuró conformar respuestas jurídicas a la insuficiencia del régimen; como en los demás ordenamientos, se analizó el tratamiento de los vicios ocultos de la cosa vendida conforme a los artículos 1484°, 1486.2° y siguientes del Código civil como 342° del Código de Comercio, reconociéndose que esa interpretación tampoco era la adecuada.

La responsabilidad del productor o fabricante en todo caso, fue canalizada básicamente, a través del artículo 1902°, según destaca Rojo y Fernández (242), referido a la responsabilidad aquiliana o extracontractual en el Código civil (regla que aún ahora, sigue siendo empleada por los Jueces), por considerar que contenía ella, una cláusula general de responsabilidad que como tal y en base a los demás supuestos como son los de responsabilidad por el hecho ajeno (y la del dependiente), abrían las puertas para diferentes interpretaciones; se orientó la doctrina a las cláusulas de garantía en materia contractual para luego retornar a la solución extracontractual.

Se puede señalar que las propuestas oscilaron pues, entre la solución contractual y extracontractual sobre la base a las reglas contenidas de los artículos de responsabilidad contractual (243) y extracontractual (244) como son: 1089°, 1094,°

239. *Ibidem*, p.p. 109 a 211.

240. *Ibidem*, p.p. 121 a 123.

241. MAZEAUD, HENRI Y Léon, TUNC, André, *Ob. Cit.*, p. 83.

242. *Ob. Cit.*, p. 168.

243. SOLÉ I FELIU, Josep, *Ob. Cit.*, p. 46.

244. Se puede considerar en este sentido, lo manifestado por Aura Esther Vilalta Nicuesa y Rosa M. Méndez Tomás, *La responsabilidad extracontractual del fabricante*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 35. Este texto tiene no revela mayores aspiraciones que la de ser un compendio, incluyendo de forma útil, disposiciones diversas, resoluciones judiciales y hasta de formularios para demandar. Gracias al trabajo de las citadas profesionales, ha sido posible describir la extensa normativa española.

1097°, 1101°, 1102°, 1103°, 1104°, 1105°, 1106°, 1107°, 1124°, 1461°, 1474°, 1485°, 1902°, 1903°, 1908°, 1909° de su Código Civil.

Sin embargo, conviene recordar, en relación a la responsabilidad del productor, las expresiones de Ángel Rojo y Fernández Río (245), en cuanto a que la carencia de resoluciones jurisprudenciales y la penuria de las aportaciones doctrinales fueron las características más significativas de la realidad jurídica española en un tema que se revelaba en el Derecho comparado, plagado de problemas cuya solución ocupaba a los tribunales y a los autores. La recepción de esa lucha desarrollada en otros sistemas jurídicos y en particular, los del *Common Law*, llegó tarde a España. El citado Rojo y Fernández Río (246) lo atribuyó al retraso en la individualización de la materia como al carácter conservador de la jurisprudencia, resaltando también, el retraso en la llegada del desarrollo técnico y económico. En todo caso, el panorama fue menos atractivo si se pretende abordar una aproximación del desarrollo histórico de la doctrina y la jurisprudencia.

Creemos que el avance de la doctrina europea sobre la responsabilidad por productos y la protección a los derechos de los consumidores, traería nuevos vientos y una lógica presión para tratar estos temas con la importancia debida.

La culpa ha sido requerida como requisito fundamental aunque la jurisprudencia, para escaparse de sus efectos perjudiciales en defensa de las víctimas, aplicaría la inversión de la carga de la prueba pero en áreas limitadas como los accidentes de circulación en los años 40. Rojo y Fernández Río (247), cita una sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943, en la que se precisó que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles, no estaba consagrado en sus leyes, ello no excluía que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello, la obligación de desvirtuar la pretensión. Otra sentencia de 5 de abril de 1963 (248), rechazó el principio de responsabilidad objetiva pero resaltaba que el sistema subjetivista venía evolucionando en la doctrina y la jurisprudencia había procedido, unas veces, invirtiendo la carga de la prueba y otras, exigiendo esa misma diligencia en acciones legítimas. Sobre el desarrollo de los fallos jurisprudenciales, retornaremos más adelante.

Se ha escrito bastante sobre el desarrollo de las teorías que procuraron la protección a las víctimas de estos daños; por ello, no nos extenderemos más en este tema. Conviene explorar aquello que revele el estado de la cuestión en este país como en la experiencia que sea útil para el Perú (249).

La demora en la atención del problema, sería cubierto al conceder rango constitucional a la protección de dicho sector, emergiendo de ella, las demás disposiciones. A consecuencia del reconocimiento de la Constitución española de 1978, hay un punto de referencia a la hora de fijar el ordenamiento lo que se justifica desde una doble perspectiva, según precisa Prada (250): de un lado jurídica, en tanto de una norma fundamental, se desprenden las de rangos inferiores las cuales, lógicamente, se acomodan a la Constitución; una segunda propuesta de corte político, la que, por la procedencia de la elaboración normativa, permite contar con instrumento fiable aunque imperfecto al que se acude para buscar los principios y valores socialmente compartidos como aquellos a los que responde un ordenamiento que refleja las características básicas de la comunidad a la que se aplica (251).

245. *Ibidem*, p. 122.

246. *Ibidem*, p. 122

247. *Ibidem*, p. 172.

248. *Ibidem*, p. 172.

249. Son muchos los autores que realizan un análisis del Derecho español sobre la materia, pudiéndose consultar, además de los diversos autores señalados en este trabajo, a ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, PARRA LUCAN. M. Ángeles, *Ob. Cit.*

250. *Ob. Cit.*, p. 34.

251. *Ibidem*, p. 34.

Se refieren a este tema, los artículos 43° y 51° de la Constitución española (252), conteniendo supuestos de primer nivel al obligar a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, su seguridad, salud y sus legítimos intereses económicos.

Los poderes públicos deben promover la información y educación de los consumidores y usuario, fomentar sus organizaciones y oírlos en las cuestiones que puedan afectarlos en los términos que la ley establezca. Corresponde a la ley, en el marco de los principios antes expuestos, la regulación del comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Prada subraya sobre el particular (253), que la regla establecida es de indudable protección y ella se desprende de su texto mismo; tiene un sentido instrumental, pues promueve la educación de consumidores y usuarios y fomenta las organizaciones y la recepción de las cuestiones que los afecten. Empero, la Constitución establece además un régimen imperativo para las autoridades las que deben orientar sus disposiciones hacia la protección de los consumidores; con sus preceptos se han proclamado bienes e intereses que tienen que ser defendidos en un ámbito particular como son los derechos de los consumidores sujetos a tutela jurídica.

Además de un esquema constitucional, España tiene un importante elemento por exponer, vinculado al análisis de la armonización "interna" (en ocasiones, poco pacífica aunque siempre valiosa) de las disposiciones dictadas por las Comunidades autónomas.

Fue la emisión de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (a la que nos referimos más adelante), la que trajo complicaciones por la necesaria distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (254). El tema revela las posibilidades de conflicto que también se pueden presentar en nuestro país con la llegada de un proceso de redistribución interna de competencias a partir de la descentralización.

Se alegó en relación a la emisión de normas en el país Vasco, que la Constitución española no atribuía al Estado competencia respecto de tal defensa y que, en cambio, algunos Estatutos sí atribuían competencia exclusiva en tal materia a las Comunidades. El conflicto fue dirimido por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia Nº 15 de 26 de enero de 1989, la que señaló que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ya indicada, no será aplicable a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia sobre la defensa y asociación de consumidores.

252. Constitución Española:

"Artículo 43.-

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Artículo 51.-

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales."

253. *Ibidem.*, p. 40.

254. Ella regula en parte el régimen de la responsabilidad del productor, siendo ésta, regulada finalmente, en una normativa que trató la temática en 1994, al amparo de lo previsto por el Derecho comunitario.

Por un lado, se reconoció que la defensa del consumidor contiene áreas muy diversas sobre las que hay reglas en la Constitución que reconocen la competencia del Estado. Es el caso de las reglas de la legislación que debe dictarse en materia civil y mercantil como las que corresponden a la protección de la salud y la seguridad física, de los intereses económicos, del derecho a la información y a la educación del consumidor. Esas áreas se mantienen bajo competencia de la autoridad central y, en otras materias, opera una retención de facultades por ésta, cuando el Estatuto de cada Comunidad no se hubiere atribuido competencias exclusivas. La delimitación sin embargo, no ha dejado de ser complicada (255).

Las indicaciones que realizamos más adelante en torno a lo establecido revela la importancia del tema en España.

La Ley 26/1984 de 19 de julio (256), más conocida como Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, fue estructurada con amplio rango o espectro,

255. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, SALAS HERNÁNDEZ, Javier, Coordinadores, Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *Ob. Cit.*, p. 19.

256. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios menciona en su artículo 1º, numeral 2) que, para los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Según el numeral 3) del artículo 1º, no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Asimismo, de conformidad con el artículo 2º de la Ley, son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La presión jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.

Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Según el numeral 3) del artículo 2º de la Ley, la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula.

Asimismo son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil.

Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización.

Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados, conforme a lo indicado en el artículo 13. f).

[...]

Según el artículo 29, numeral 1), el consumidor o usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños contractuales y

pretendió comprender toda la problemática de los consumidores en áreas como la prestación de servicios, la producción y comercialización de productos, y la responsabilidad del proveedor en todos los casos. Han sido, sin embargo, muchos los cuestionamientos a la misma. Creemos que las mayores objeciones se presentan al no tener esta ley, un régimen claro en torno a sí el factor de atribución de responsabilidad es objetivo o subjetivo.

La vigencia de esta normativa, fue discutida sobre todo debido a las reglas que antes de esta ley, se dictaron en función del Estatuto vasco aprobado por la Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre (BOE de 22 de diciembre de 1979). Mediante ellas, se declaraba la competencia exclusiva del País Vasco en materia de defensa del consumidor y usuario. El Estatuto del Consumidor había sido dictado tres años antes de la ley general mencionada y fue aprobado por Ley del País Vasco 10/1981, de 18 de noviembre. Al ser cuestionada la constitucionalidad de este Estatuto, por sentencia de 30 de Noviembre de 1982, el Tribunal Constitucional declaró nulos diversos artículos. En el tema que nos interesa cual es la responsabilidad del proveedor por el defecto de sus productos, es útil precisar que se dispuso en aquella época, que el Gobierno Vasco debía impulsar a su vez, que el Parlamento vasco promoviera en los términos dispuestos en el artículo 28, b), del Estatuto de Autonomía, la iniciativa legislativa contemplada en el artículo 87.2 de la Constitución al objeto de instar a que se dicte, entre otras, la legislación que contemple la responsabilidad objetiva del fabricante.

Se proyectó además, la creación de una normativa especial que permitiera el contar con procedimientos judiciales, simplificados y gratuitos para las reclamaciones de los consumidores hasta una determinada cuantía

Se ha producido en España, un tratamiento administrativo de los problemas de los consumidores con la participación del Instituto de Consumo (que está referida solo a la atención de los conflictos que atañen al consumidor a diferencia de lo que ocurre en nuestro país por Indecopi) y también se han abordado los conflictos a través de la vía judicial. Adicionalmente, en dicho país se aprecia en los últimos años, gran producción doctrinaria y normativa sobre la responsabilidad por los defectos de los productos acorde con la Ley 22/1994, de 6 julio, que regula a nivel nacional y como indicamos, a consecuencia de la transposición de la Directiva de la Unión Europea, la responsabilidad civil por productos defectuosos.

Se señala en la Exposición de Motivos, que la Ley tuvo por objeto, la adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos. La Directiva se propuso conseguir un régimen jurídico sustancialmente homogéneo, dentro del ámbito comunitario, en una materia especialmente delicada, en razón de los intereses en conflicto. Ya que ni el ámbito subjetivo de tutela ni el objetivo que contempla la Directiva coinciden con los de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se optó por elaborar un proyecto de Ley especial. Se declaró que, siguiendo la Directiva, la Ley establecía un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en los supuestos que se enumeran en ella. Como daños resarcibles se contemplan las lesiones personales y los daños materiales, con la franquicia en este último caso de 65.000 pesetas (hoy de 500 Euros). Los sujetos protegidos son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores, en sentido estricto. La responsabilidad objetiva del fabricante dura diez años desde la

extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo. Según este mismo artículo, numeral 2), dicha compensación se determinará según lo establecido por la regulación procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

puesta en circulación del producto defectuoso causante del daño. Se señaló en la exposición de motivos, que ese era un período de tiempo razonable si se tenía en cuenta el ámbito de aplicación objetivo del proyecto, que se circunscribe a los bienes muebles y al gas y a la electricidad. Por último, en la Ley, se hizo uso de la posibilidad que ofrece la Directiva de limitar la responsabilidad global del fabricante por los daños personales causados por artículos idénticos con el mismo defecto.

Cada artículo, incluye una breve indicación sobre el tema tratado en él. No se aparta sustancialmente esta disposición, de lo expuesto por la Directiva comunitaria.

Aparece el principio general de responsabilidad, en el artículo 1º, en donde consta que los fabricantes y los importadores son responsables, conforme a lo previsto en tal Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen. La propuesta es de responsabilidad objetiva aunque bastante limitada.

Para los efectos de la misma, se entiende por producto, según el artículo 2º, a todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial. Se consideran productos el gas y la electricidad.

Se ocupa el artículo 3º de la ley, del producto defectuoso, como aquél que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. Un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada. En el caso que el presunto afectado, pretenda obtener la reparación de los daños causados, descansa en él, la carga de probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, lo que figura en el artículo 5º de la ley.

Trata el artículo 6, de las causas de exoneración de la responsabilidad, señalando que el fabricante o el importador no serán responsables si prueban: a) Que no habían puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial. d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. Por otro lado, destaca este artículo, en su apartado número 2, que el fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. Se expresa en el apartado 3 del mismo artículo, que en caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de dicho artículo, referido a los riesgos de desarrollo.

La disposición en cuestión contempla en su artículo 7º, la solidaridad entre las personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley.

La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en la Ley que comentamos, prescribirá (sin que el artículo 12º de la normativa fije diferencias de plazo en la responsabilidad contractual o extracontractual) dentro de los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio.

Se ha establecido, al igual que en la Directiva comunitaria, que las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. Esa regla consta en el artículo 15° de la ley.

Conforme señala el artículo 10°, el régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado. Se planteó deducir, originalmente, en este último caso, una franquicia de 65.000 pesetas. Precisó el numeral 2, que los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, serían resarcidos conforme a la legislación civil general. Conforme al numeral 3 que esta Ley, no es de aplicación para los miembros de la Unión Europea. Conforme al artículo 11° de la ley, el límite total de la responsabilidad civil, con carácter de global, aplicable al fabricante o importador por muerte y lesiones personales causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto, tendría como límite, la cuantía de 10.500.000.000 de pesetas.

Las reglas son similares a las regulaciones comunitarias, salvo aquella indicada en el artículo 6° respecto a la no aplicación de la exoneración de responsabilidad por los riesgos de desarrollo ante determinados productos.

En el ámbito de la reglamentación administrativa, las autoridades españolas han tenido alta producción en lo que se refiere a los productos. El tema ha merecido la emisión de diversas disposiciones como es el Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones; el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo que pese a regular el tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial contiene reglas sobre la responsabilidad del productor. Por Real Decreto 44/1996, de 19 de enero de 1996, se adoptaron medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor. Otro dispositivo importante es el Real Decreto 2043/1994, de 14 de octubre de 1994, sobre inspección y verificación de buenas prácticas de laboratorio, el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre de 1995, por el que se aprobó el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial, modificado por RD 411/1997, de 21 de marzo de 1997, del Ministerio de Industria y Energía, por el que a su vez se modifica el RD 2200/1995, de 28 de diciembre de 1995, por el que se aprobó el reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. Por último, mediante RD 820/1990, de 22 de junio de 1990, se prohíbe la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores. La minuciosidad en el tratamiento de los temas vinculados a los productos ha sido una constante en los últimos años. Se han ocupado las autoridades españolas, de regular por ejemplo, mediante el Real Decreto 444/1994, de 11 de marzo de 1994, los procedimientos de evaluación de la conformidad y los requisitos de protección relativos a compatibilidad electromagnética de los equipos, sistemas e instalaciones; mediante la Ley 21/1992, de 16 de julio de 1992, de Industria, el Decreto 1314/1997, de 1 de agosto de 1997, se ha adaptado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores.

Se ocupó del tema de los Medicamentos, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre de 1990 (Arts. 9 a 21, 70 a 77); la Ley 11/1997, de 24 de abril de 1997, reguló los Envases y Residuos de Envases. Por otro lado, el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero del año 1998, aprobó el Reglamento de explosivos. La lista de disposiciones es todavía más extensa. Empero, no es objeto de este trabajo un análisis minucioso de las mismas. La normativa de las Comunidades Autónomas es frondosa en verdad pero tampoco la resumiremos para no afectar la comprensión del tema central. Consideramos importante exponer los principales precedentes de los tribunales españoles, pronunciados en los últimos años.

No obstante la individualización del tratamiento de la responsabilidad en el ámbito objetivo, a nivel internacional, la referencia constante al criterio de la culpa, se advierte en un fallo del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre de 1984 ⁽²⁵⁷⁾, que dice:

"La responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivados por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse, doble aspecto que también aparece recogido en el art. 1 del Convenio de La Haya de 21.10.1972, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por tales daños, en cuanto indica que ha de tratarse de los causados por el producto así como de los provenientes de una descripción inexacta o de la ausencia de indicaciones sobre sus calidades, caracteres específicos o su modo de empleo, y que asimismo tiene eco en la jurisprudencia de esta Sala, que en unas hipótesis contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envase del preparado -SS.26.3.1983- y en otras el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancia de alto poder tóxico -S.20.10.1983. La responsabilidad del fabricante en ambos supuestos, que habrá de discurrir normalmente por cauce extracontractual, salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente, es decir de un comportamiento del que se deriva responsabilidad por defectos de fabricación o por incumplimiento del deber de orientar al usuario, quebrantando el general principio «neminem laedere» o concretas obligaciones contractuales."

La culpa fue calificada como un principio básico, conceptualizada como "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" , en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19.12.1985, recurriendo en diversos fallos, a un principio por el que el acto dañoso, debe ser imputable a negligencia o dolo del agente, por más que la diligencia obligada abarque no solo las previsiones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento conforme se expone en las Sentencias de 27 de mayo de 1982, 6 de mayo y 13 de diciembre de 1983 y 12 de diciembre de 1984, y aparece indicado, en la Sentencia de 15 de abril de 1985 y la antes mencionada de 14.11.1984 ⁽²⁵⁸⁾.

Otro interesante precedente de 26.03.1994 ⁽²⁵⁹⁾, dictado antes de que se dictara la ley especial la responsabilidad por los productos defectuosos que data de julio de ese año, expuso que:

"La tendencia a objetivar la responsabilidad extracontractual no ha revestido en nuestro derecho caracteres absolutos que excluyan el principio básico de responsabilidad por culpa".

Lamentablemente, no sabemos en qué contexto se dicta este fallo. Pero es obvio que no hay aquí la consideración a que nos hallamos en áreas diferentes que justifican la aplicación de uno u otro factor de atribución. Estamos de acuerdo, que la rigurosidad de la responsabilidad objetiva, es mayor que la que impone la culpa aún con la inversión de la carga de la prueba y que por ello, el esquema si se quiere, más

257. GARCÍA GIL, Javier Francisco, *El Daño Extracontractual y su reparación, tratamiento jurisprudencial*, Madrid, Editorial Dislex, S.L., 2000, p. 354.

258. *Ibidem*, p. 353.

259. *Ibidem*, p. 22.

generalizado para los supuestos de responsabilidad civil, no es este sino el de la culpa. En todo caso, habría sido importante constatar en qué esquema se produce esa afirmación, dato que no tenemos. En todo caso, la noción de que la culpa es un principio básico, consta en diversas Sentencias y de manera particular en una dictada el 14 de noviembre de 1994 ⁽²⁶⁰⁾.

Se diría que la jurisprudencia española se aferró al requisito de la culpa hasta el extremo de formular apreciaciones algo confusas pues si bien se afirma que la jurisprudencia habría recurrido a la teoría del riesgo, no reconoce la exclusión del factor de atribución de carácter subjetivo. Un ejemplo lo da el fallo de 28 de noviembre de 1998 ⁽²⁶¹⁾, en donde se afirma:

"La tendencia jurisprudencial hacia una objetivización de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos". Ni siquiera aplicar la teoría del riesgo, permite eludir el reproche culpabilístico.

En otra sentencia de 15 de marzo de 1989 ⁽²⁶²⁾, el Tribunal Supremo concluyó en que:

"El fabricante debe ser responsabilizado del buen funcionamiento de todos los elementos y tanto más de aquéllos cuyas anomalías puedan dar lugar aun grave accidente, aunque hayan sido fabricados por otra empresa, ya que el hecho de su incorporación por él, inicial o posterior, al conjunto del aparato precisa su comprobación minuciosa".

La comprobación minuciosa, al parecer, habría originado la liberación del causante.

Con más precisión, se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1990 ⁽²⁶³⁾, la que menciona:

"La vida moderna con su progreso técnico, sobre todo, ha traído a primer plano en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil a la denominada responsabilidad por riesgo, que impone al que domina una fuente de peligros, representada, como en este caso, por el ejercicio de cierto género de comercio en interés propio, las consecuencias de la inminencia de producción o causación de los daños derivados de tal comercio. En esa responsabilidad no está excluida desde luego la persona del fabricante del objeto causante de los daños, ni tampoco la entidad o persona que actúa como vendedora, no siendo al respecto de ignorar en este sentido la jurisprudencia francesa que en casos como el ahora debatido aplica el criterio del que ejerce una industria o comercio se presupone que la conoce, y que se presume que el vendedor que trafica con la cosa que tiene defectos de fabricación conoce siempre los defectos de que adolece (*"unusquisque peritus esse debet artis suae"*); ideas jurídicas a las que no es extraña nuestra Ley de Consumidores y Usuarios, de 19.7.1984, que impone, además de al fabricante, también al vendedor la responsabilidad por los daños y perjuicios demostrados que la utilización de productos o el consumo de bienes les irroguen cuando no media culpa exclusiva de su parte (arts. 25 y 27 de dicha Ley, que aunque no aplicable directamente a este caso, muestra un criterio digno de tenerse en cuenta); así como el mismo criterio, y con la misma restricción, muestra la Directiva del Consejo de las Comunidades

260. *Ibidem*, p. 23.

261. *Ibidem*, p. 24.

262. *Ibidem*, p. 354.

263. *Ibidem*, p.p. 353 y 354.

Europeas, de 25.11.1985, que impone la responsabilidad al suministrador del producto en los supuestos en que el productor no pudiera ser identificado (art. 3.3)."

Sobre esta sentencia, es importante resaltar que aunque la responsabilidad de la Directiva comunitaria fue y es objetiva (aunque sea limitada o atenuada), somos de la opinión que dicho fallo no se asoma siquiera al significado de objetividad.

Hallamos igualmente otra sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1991 (264), por la que se señala que hay casos en los que por la naturaleza de los hechos, resultaba innecesario recurrir a la inversión de la carga de la prueba. Como se verá, sin embargo, en la práctica, las conclusiones a las que llegó el Tribunal, revelaban que si se había aceptado dicho mecanismo pues probado el daño y la fabricación del producto por parte del fabricante a quien se le demanda, más no el defecto que originó la explosión, ha operado una presunción de responsabilidad que generó un fallo favorable a la víctima. Esta sentencia expresa lo siguiente:

"Acreditada la fabricación y venta por el recurrente del cohete y del tubo lanzador, así como la explosión del primero en el interior del segundo y obtenida la lógica presunción de que algún defecto habrían de tener para que ello ocurriera, sin que se discuta que la explosión produjo las lesiones, aunque pudieran estimarse, como se hizo, otras responsabilidades, es llano que imputabilidad, culpabilidad, resultado dañoso y nexo causal, resultan probados sin necesidad siquiera de invertir la carga probatoria."

Con fecha 23 de mayo de 1991, el Tribunal Supremo hizo referencia a la normativa de la Unión Europea aunque el análisis jurídico se realizó en directa relación a los requisitos del Derecho interno y a la confusa fórmula de atribución de responsabilidad prevista en la Ley General de Consumidores y Usuarios vigente desde 1984, que aplicaba culpa en unos supuestos y responsabilidad objetivada en otros. Ella se expresó como sigue:

"El Derecho Comunitario, representado por la Directiva 85/374, de 25.7.1985, entiende que tanto el productor, como los demás intervinientes en el proceso de elaboración o comercialización de productos defectuosos, son responsables de los daños que ocasionen, pues, según su precepto 25, el perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los perjuicios que el consumo de bienes o la utilización de servicios le causen, salvo que aquéllos tengan origen en su culpa; circunstancia, que, en forma alguna, se acreditó en el proceso. Asimismo, el art. 26 contiene el principio de responsabilidad de los fabricantes por daños y perjuicios que a los consumidores finales ocasionen el gasto de los productos elaborados y, en su caso, mercantilizados, bastando para obtener el resarcimiento que los consumidores aporten probanzas de los daños, de la relación de causalidad entre éstos y el consumo del producto defectuoso y, asimismo, acrediten relación-responsable del producto con la persona física o jurídica contra la que se ejercitan las correspondientes acciones, produciéndose de esta manera inversión de la carga de probar en forma de contraprueba a cargo del vendedor, concretada a ausencia de propio actuar culposo, doloso, negligente u omisivo. Incluso la Directiva amplía la responsabilidad civil (art. 28), a los daños originados por el correcto uso y consumo de bienes y servicios, que por su propia naturaleza o reglamentariamente, incluyan necesariamente garantía, a niveles determinados, de pureza, eficacia o seguridad, enumerándose entre dichos bienes, los vehículos de motor. El ordenamiento jurídico español de la defensa de los consumidores que la Constitución refiere en sus arts. 51-1 y 2, no han efectuado su debido y necesario acoplamiento a la legislación comunitaria, no obstante la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevé el problema de la responsabilidad civil, que divide en dos áreas diferenciadas: a)

La objetiva -como excepcional (art. 28), en cuanto dispone que «en todo caso», se someten a este régimen de responsabilidad, los vehículos a motor, con un límite cuantitativo revisable de quinientos millones de pesetas, b) La subjetiva (arts. 25, 26 y 27), que tiene carácter general, basada en la culpa del sujeto responsable, que se presume, pero que puede exonerarse de su deber indemnizatorio probando, bien que el consumidor, o las personas que deban responder civilmente, han hecho un uso indebido, negligente o temerario del producto, o bien que se han cumplido todas las exigencias y requisitos reglamentarios establecidos y se han adoptado aquellas diligencias y previsiones acordes con la naturaleza y especialidad de las mercaderías que han incorporado al tráfico comercial y ofertado a los posibles usuarios de la misma."

Otro fallo sobre este tema, es el dictado con fecha 3 de octubre de 1991 (265), por el que se hace el distinguo entre los tipos de defecto:

"Conforme a la orientación seguida por la jurisprudencia norteamericana y la doctrina alemana, susceptible de ser seguida en la aplicación del ordenamiento jurídico español, ha de delimitarse la esfera de la responsabilidad extracontractual del fabricante, cuando se imputa a éste los defectos del producto, en sentido técnico jurídico, sean defectos de fabricación propiamente dichos, sean defectos de construcción o proyecto, sean defectos de información o de instrucción, y ceñir la responsabilidad contractual cuando los daños derivan de la simple falta de eficacia del producto."

La sentencia dictada el 29 de mayo del año 1993 (266), reveló la percepción del principio de la culpa. Se señala en ella que:

"La Sentencia de 14.11.1984, citada por la de 25.3.1991, establecía que: a) la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas contenidas respecto de la necesaria instrucción o información, es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña, por lo que los daños pueden ser directamente causados por el propio producto o motivada por la carencia de instrucciones o inadecuación de las mismas en cuanto a sus cualidades, características y forma de empleo, prescindiendo de señalar las precauciones que han de adoptarse; doble aspecto que también aparece recogido en el art. I del Convenio de La Haya de 2.10.1973, sobre Ley aplicable a la responsabilidad por tales daños, en cuanto indica que ha de tratarse de los causados por el producto así como de los provenientes de una indicación inexacta o de la ausencia de indicaciones sobre sus cualidades específicas o su modo de empleo, y que así mismo tiene eco en la jurisprudencia de esta Sala, que en unas ocasiones contempla el quebranto causado por incorrecta fabricación o defectuoso envase del preparado -SS. 26.3.1982 y 29.3.1983- y en otras el ocasionado por la falta de instrucciones para la utilización de sustancias de alto poder tóxico -S.20.10.1983-; b) la responsabilidad del fabricante en ambos supuestos habrá de discurrir normalmente por cauce extracontractual, salvo cuando esté ligado por un contrato de compraventa con el usuario o consumidor, descansa en la inexcusable presencia de un acto culposo o negligente, es decir, de un comportamiento del que se deriva responsabilidad por defectos de fabricación o incumplimiento del deber de orientar al usuario, quebrantando el principio «neminem laedere» o concretas obligaciones contractuales»; doctrina que es aplicable, con las debidas matizaciones, a los demás intervinientes en el tráfico

265. *Ibidem*, p. 355.

266. *Ibidem*, p.p. 355 a 357.

comercial de productos y servicios y que, en el presente caso, lleva a afirmar la concurrencia en la recurrida «Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.» de un actuar culposo o negligente al haber infringido el deber de información acerca del producto expendido, información que la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios configura como un derecho de éstos (arts. 2.1. apartado d) y 13 al 7). El producto adquirido por la hoy recurrente envasado y distribuido por «Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.» fue benceno nitración, de pureza cercana a la del patrón, disolvente orgánico que cae dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto de 25-51985, Código Alimentario Español, que desarrolla las condiciones generales que, para uso doméstico y de la población infantil, deben reunir los disolventes, colas, pegamentos, pinturas, barnices y otros materiales analógicos; ámbito de aplicación que se establece en el art. 1º de este Real Decreto en cuyo art. 20, ap. B) se establece que los productos destinados a usos domésticos deberán estar técnicamente exentos de sustancias clasificadas como muy tóxicas, tóxicas y reconocidas con actividad cancerígena que figuran en los Anexos I y 11, siendo así que el Anexo I incluye como sustancia muy tóxica el benceno; asimismo, en el párrafo tercero de este ap. B) del art. 2º, se dispone que «se admite en las formulaciones el empleo de un diez por ciento, como máximo, de hidrocarburos aromáticos», entre los que se encuentra el benceno, aumentando este porcentaje hasta el veinte por ciento en el caso de pinturas y similares (párrafo cuarto), estableciéndose en el último párrafo de este ap. B) que «los productos que no reúnan estas condiciones deberán especificar claramente en sus etiquetas la advertencia de «no apto para el uso doméstico», obligación que se reitera en el art. 7º.1 que se refiere al etiquetado de estos productos. En el caso de autos, la prueba practicada acredita que en la etiqueta adhesiva al envase no se hizo constar que la sustancia química en él contenida no era apta para uso doméstico, por lo que la conducta de la sociedad envasadora y distribuidora del producto actuó de forma negligente, no obstante hacerse constar en el etiquetado que se trataba de un producto inflamable y tóxico e igualmente los riesgos derivados de su utilización así como las instrucciones para su uso. Al no entenderlo así la sentencia recurrida, ha infringido el art. 26 de la Ley de 19.7.1984, al no haber aplicado el mismo al caso litigioso, procediendo, en consecuencia, la estimación del motivo. La estimación de este primer motivo del recurso determina la casación y anulación de la sentencia combatida, debiendo esta Sala resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate (art. 1715.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este sentido, sin bien ha de apreciarse, de acuerdo con lo antes dicho, una conducta negligente imputable a la comandada «Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.», fundamento de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la recurrente, de igual forma ha de estimarse un actuar falto de la debida diligencia y cuidado de la aquí recurrente en el manejo del producto desatendiendo las claras y precisas instrucciones que sobre su uso se contenían en la etiqueta adherida al envase que procedió a la apertura de la botella que contenía el benceno en su cocina mientras tenía encendidos los fuegos de la misma, lo que dio lugar a que, al derramarse el líquido sobre el suelo y sobre las ropas de la recurrente se produjese el incendio origen de los daños y perjuicios reclamados; por tanto, a la producción del resultado dañoso cuya reparación se insta han concurrido dos actividades culposas, la de la actora perjudicada y la de dicha codemandada, lo que da lugar a consecuencia compensatoria que ha de ser proporcional a la relación directa que cada una de las actividades culposas concurrentes ha tenido en la producción del resultado dañoso, que en el caso determina la mayor entidad de culpa imputable a la recurrente al manipular la botella de benceno en las proximidades de los focos de fuego de la cocina contra la

prohibición expresa y terminante contenida en la etiqueta, por lo que aquélla deberá asumir un ochenta por ciento de los daños y perjuicios causados, y fijándose la cuantía indemnizatoria que ha de soportar la co demandada «Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.» en el veinte por ciento del total de los daños y perjuicios sufridos por la recurrente, que se cifran en un millón quinientas mil (1.500.000) pesetas por daños materiales; un millón quinientas mil (1.500.000) pesetas como gastos presupuestados para las operaciones quirúrgicas a que habrá de someterse la demandante y en tres millones (3.000.000) de pesetas de indemnización de los daños corporales y secuelas sufridos por la recurrente."

A continuación, hacemos referencia a una valiosa sentencia dictada en 1998, sobre los daños causados por contagio transfusional ⁽²⁶⁷⁾ la que pone en evidencia argumentos sobre la función de la responsabilidad civil aunque no hay referencias a la responsabilidad por productos en sí. La transfusión de sangre realizada con ocasión de la atención del parto a la víctima, la contagió del virus del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (Sida). En nuestra opinión, hubo cierta confusión sobre la responsabilidad objetiva y subjetiva, apuntándose criterios sobre la función que cumple la responsabilidad civil cual es la de reparar un daño causado de manera antijurídica por encima de las menciones realizadas respecto a si la responsabilidad civil discutida era contractual o extracontractual y otros aspectos que indicamos más adelante.

La sentencia fue dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo, en Madrid, el 28 de diciembre de 1998, en base a la apelación de fecha 20 Octubre 1993, concedida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada. Fue parte del proceso, el hospital que prestaba el servicio de salud. Como ya se adelantó, la víctima adquirió SIDA a través de la transfusión sanguínea que le efectuaron con fecha 22 de setiembre de 1984, en el Hospital Maternal Infantil de Granada y debido a ese hecho, falleció su hijo. Se pidió a través de la demanda se condene a la autoridad de salud, a pagar 40.000.000 pesetas por haberle transmitido la enfermedad del SIDA, enfermedad mortal adquirida mediante una transfusión de sangre, condenándose a la demandada a indemnizar en la suma de 5.000.000 ptas. por el daño moral causado, puesto que es evidente las connotaciones negativas que provocó pues debido a esa enfermedad, la víctima sufría rechazo y marginación; con 15,000.000 ptas. por la pérdida del hijo, que ha sido igualmente víctima inocente de la transmisión de la mencionada enfermedad; y, se condene al pago de costas.

Con fecha 10 de octubre de 1991, el Juzgado de primera instancia, dictó sentencia cuyo fallo dice:

"Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D.a M. F. C. F., en representación de D.a M. M. A. contra el Servicio Andaluz de Salud representado por el Letrado Jurídico D. J. R. R., debe absolver y absuelvo al referido demandado de las pretensiones en su contra deducidas sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes".

No se expresan los fundamentos de esa denegatoria. Durante el proceso, falleció la demandante y la apelación contra la sentencia, fue interpuesta por su cónyuge. En segunda instancia, se confirmó la sentencia exculpatoria ante lo cual se interpuso la Casación por haberse producido la Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones, objeto de debate, en base al artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1902 1903 del Código Civil y de la jurisprudencia.

Los fundamentos jurídicos del recurso, se sustentan en el artículo 1692.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. La parte demandante manifestó que se habían infringido los artículos 1902° y 1903° del Código civil. Señala dicha parte, que tal motivo debía ser estimado con todas sus consecuencias:

"Resaltando que el artículo 1902° del Código civil, así como sus concordantes, establecen y regulan una obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como "uno de los preceptos emblemáticos del Código civil", del cual emana la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual, también llamada aquiliana; figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia; y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación; b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la "teoría culpabilista"; y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación in vigilando y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible. Todo lo anterior se dice como prolegómeno indispensable, para centrar el estudio del motivo alegado, cuyo núcleo es en la infracción del artículo 1902° del Código civil".

Resulta importante resaltar, la ratificación del criterio jurisprudencial en torno a la responsabilidad objetiva que revela este fallo en el párrafo que a continuación destacamos:

"Desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902° del Código civil, pero nunca lo ha realizado hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la Sentencia de 16 de Diciembre de 1988, cuando dice que 'la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902° del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado', y, sigue diciendo "por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del riesgo, bien de su equivalente del de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente: subjetivos con que fue redactado (dicho artículo 1902° del Código civil). Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva; conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero). Pero profundizando más en la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad que se contempla hay que afirmar que el artículo 1903.5 del Código Civil ha sido derogado por la Ley 1/1991 del 7 Enero y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la Constitución española (artículo 106.2) y en la legislación administrativa; y cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas, y en concreto de las Comunidades Autónomas; y así la nueva Ley 30/1992 de 26 Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su Título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personas a su servicio, y en concreto en su artículo 139.1 se proclama el derecho de los

particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Proclamado lo antedicho será preciso afirmar que esta responsabilidad, que ahora se estudia, es objetiva y además directa, y que incluso la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa; sin embargo, con respecto a este punto competencial, hay que decir, que la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y en el presente así lo va a hacer, en base fundamentalmente a la vis atractiva de la jurisdicción civil y para evitar un "largo peregrinaje" a través de las distintas jurisdicciones. Y así se soporta en la sentencia de esta Sala de 4 Febrero 1997. Centrando todo lo anterior, será preciso ver su aplicación al caso concreto y sacar, entonces, las oportunas consecuencias. Los datos recogidos en el factum de la sentencia recurrida, y aceptados por todos los contendientes y que ahora se respetan, se pueden determinar de la siguiente manera:

1º) Que a la esposa de la parte recurrente el 22 Septiembre de 1984 le fue transfundida sangre infectada con el virus HIV, en el HMI de G. dependiente del Servicio Andaluz de Sanidad.

2º) Que como consecuencia de ello adquirió la enfermedad del SIDA, que provocó su fallecimiento, no sin antes haber producido la muerte de un hijo nacido prematuramente como consecuencia, asimismo, de la misma enfermedad que le había transmitido la madre durante la gestación.

3º) Que la sangre utilizada en la transfusión fue proporcionada por el S. de H. y H. al H. "V. de las N." que servía a dicho centro fue obtenida de una persona, que más tarde se demostró, que era portador del referido virus HIV.;

4º) Que la muerte de la madre se produjo después de dictada la sentencia de primera instancia dictada en el proceso por ella iniciado, y que el marido, una vez acaecido el óbito antedicho, se apersonó en el procedimiento actuando por sí y en beneficio de su hija menor CVRA. "

Hemos tratado de citar la sentencia de manera prácticamente completa con la finalidad de que se extraigan conclusiones sobre la línea argumentativa del Tribunal. Como se podrá observar, más adelante, las posibilidades de considerar que había implícitamente, una relación contractual previa de prestación de servicios entre el hospital y la víctima que podía generar conflictos para calificar las reglas a aplicar dada la tradicional división entre responsabilidad contractual y extracontractual. Este, no constituyó fuente de conflicto para rechazar la demanda en esta instancia (aunque al parecer, esa habría sido la razón de la denegatoria en las instancias anteriores). Nos parece que la exposición sobre la importancia de apuntar al resarcimiento a la víctima por encima de la discusión en torno al origen del vínculo del sujeto dañoso con la víctima, es uno de los aciertos de esta sentencia.

Seguimos adelante con tal sentencia, señalando lo siguiente:

"Efectivamente, como dice la sentencia recurrida, en aquella fecha 22 Septiembre 1984, no estaban vigentes las Ordenes Ministeriales 4 Diciembre 1985 y 18 Febrero 1987, que exigían reglamentariamente que a todo donante de sangre se le hiciera un reconocimiento externo y se le practicaran las pruebas analíticas, pero lo que no se puede ignorar es el hecho que en aquella época no sólo a nivel científico, sino también a nivel de la opinión pública generalizada, se sabían, al menos, las consecuencias fatales del SIDA y sus grupos de riesgo, así como las posibles fuentes de contagio, entre las que se encontraba la transfusión de sangre infectada efectuada en los centros hospitalarios. Todo ello nos lleva, siguiendo el camino antedicho de la

responsabilidad patrimonial cuasi-objetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración Pública a través de sus autoridades y demás personal, a proclamar ineludiblemente la responsabilidad patrimonial de la parte recurrida, recogida en los artículos 145° y 146° ya mencionados de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas 26 Noviembre de 1992. Sobre todo que, aunque, sólo a partir de 1985 se disponían en los centros hospitalarios de las técnicas precisas para detectar el virus del SIDA en la sangre de los donantes, no supone, ni con mucho, que condiciones, excluyendo necesariamente la responsabilidades de Izo eventos acaecidos con anterioridad, pues la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura la responsabilidad cuasi-objetiva, que contempla, y que debe producir todos sus efectos indemnizatorios. Por otra parte, y es, esta, otra faceta planteada en el presente caso cuando se habla de la responsabilidad patrimonial antedicha, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable, en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual, del artículo 1104° del Código civil, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de normas extracontractuales. Y en este sentido sostiene, en efecto, la sentencia de esta Sala de 1 Abril 1994 que debe reconocerse como aplicable, el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada "unidad de la culpa civil (SS 24 Mar. Y 23 Dic. 1952 entre otras) que en los "supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual señalan como doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro", junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (S 9 Marzo 1983, entre otras muchas), criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida "unidad conceptual" (S 20 Diciembre 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (TS S 11 Febrero 1993) o "yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible" (TS S 1-5 Febrero 1993). Y más adelante añade: proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la causa petendi en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien extracontractual o ambas conjuntamente salvado -por iguales hechos y sujetos concurrentes, el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del iura

novit curiae y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento de fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa."

Surge la tentación, que seguiremos sin lugar a dudas, de hacer breves precisiones respecto de lo que se expresa en esta parte de la sentencia. De la misma manera como el Derecho en general se ha visto modelado por la referencia a los códigos, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, aparece como un dogma incuestionable. De hecho, hay notorias diferencias de régimen. Sin embargo, hay también elementos comunes. El tema es si resulta posible tratarlas en determinados contextos, de manera única. Este punto da para una larga discusión que no realizaremos ahora. Nosotros creemos que la reparación a la víctima, debe ser ponderado constituyendo un elemento integrador para superar ciertas diferencias, sobre todo, cuando nos hallamos en situaciones como las que rodean a los consumidores, con un nivel de contratación tan automático y anónimo que pocas veces recordamos que tras el daño sufrido, hubo un acuerdo.

Resulta importante resaltar en todo caso, que esa separación, no ha generado problemas para la jurisprudencia española. En el orden procesal, cuando la demanda había sido planteada por la vía extracontractual y había un contrato, o viceversa, surgía un primer escollo (que era en nuestra opinión, más teórico que real) vinculado a la posibilidad de incidir en el vicio de la incongruencia ⁽²⁶⁸⁾ por el que se exige que la autoridad judicial se pronuncie sobre las acciones ejercitadas por los litigantes y no sobre cuestiones ajenas a la presentación. Resalta Díez Picazo ⁽²⁶⁹⁾, que los procesalistas están de acuerdo en que la acción se califica por la pretensión ejercitada o *petitum* pero también por la *causa petendi* que en opinión de algunos, abarca el fundamento que esgrime el litigante. Una alteración de ese fundamento, podría afectar la congruencia.

Sin embargo, el Tribunal Supremo español ha tratado de "zafarse de la cuestión tal y como ésta se encontraba planteada" ⁽²⁷⁰⁾. Se han manejado diversos conceptos: uno establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1985 por el cual el demandante había planteado su acción como supuesta responsabilidad extracontractual cuando era contractual, resolviéndose que el órgano jurisdiccional no queda vinculado por las alegaciones o fundamentos jurídicos del actor bajo el principio *iura novit curia* (expresión latina que se traduce como *el tribunal conoce el Derecho*). En otros casos, ha considerado el Tribunal Supremo que lo que constituye la *causa petendi* no es tanto la fundamentación jurídica que el demandante ha planteado en su demanda como la cuestión de hecho sometida ⁽²⁷¹⁾. Nos parece que ambas interpretaciones son adecuadas.

Podría hallarse problemas, sin embargo, en la consideración a los aspectos concretos regulados en cada régimen como pueden ser los distintos plazos de prescripción. Se trata de subrayar, en todo caso, que el mero error en la calificación jurídica del demandante, no suponga un conflicto insuperable que lleve a rechazar la reparación. El fin jurídico protegido que debe ser ponderado es el del resarcimiento de la víctima. Sobre este punto, conviene puntualizar que sobre el tratamiento generado por la clásica distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual, hay

268. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, p.p. 258 y 259.

269. *Ibidem*, p. 259.

270. *Ibidem*, p. 259

271. Conviene tener en cuenta en este sentido, que también nuestro ordenamiento consagra reglas similares por las que es deber del juez peruano, aplicar la norma jurídica pertinente, aunque ésta no haya sido invocada en la demanda, según ordena el Artículo VII del Título Preliminar del Código civil y también el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

diversas teorías (272). En esta sentencia, se alude al llamado *principio la unidad de la culpa civil* en la que, al ser determinados y esenciales los principios que iluminan ambos terrenos, en esencia, es uno solo el objetivo común, el del resarcimiento. En realidad, es más práctico detallar que son dos las corrientes, una que considera que aludimos a dos áreas que por su naturaleza, son irreconciliables y otra que incide en la compatibilidad de ambas figuras. En este supuesto, si concurren los requisitos de ambas responsabilidades, la víctima podría escoger o acumular ambas responsabilidades eligiendo lo que más le convenga de un sistema (273). Solo nos limitamos a exponer estas teorías que suponen la "yuxtaposición" de regímenes, pues, como indicamos, no es el objetivo de este trabajo, profundizar en el tema sino exponer las corrientes.

Por otro lado, sobre la normativa aplicable, destacó la sentencia que:

"Pero además en el presente caso es perfectamente aplicable a la estimación del motivo que se estudia, lo dispuesto en los artículos 25°, 26° y 28.1° y 2 de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE, de 24 Julio 1984), que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan dichos productos o servicios. No hay duda que dicha normativa estaba en vigor en el momento que sucedieron los hechos, aunque, hoy por hoy, en el momento en que se resuelve la cuestión, dichos artículos están modificados, concretados y enriquecidos por la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que introduce en nuestro derecho la Directiva 374/1985 de la CEE (hoy Unión Europea), del Consejo, de 25 Junio 1985 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 120-29)."

A consecuencia de lo expuesto, señaló el Tribunal, que le correspondía señalar el *cuantum*, de los daños especialmente los morales, demostrados en la contienda judicial. Como se puede apreciar, no se tiene en cuenta la muerte de la víctima. En este aspecto, la Sala señala:

"Estos daños son una infección causada a una mujer con el virus H.I.V. que hace que sufra la enfermedad del SIDA, lo que provoca que al dar a luz un niño, éste resulte asimismo atacado por dicha enfermedad y muera prematuramente. Aquí no se va a valorar la muerte de la madre, posterior a la iniciación del presente pleito, pues ello supondría una incongruencia inaceptable para los principios del proceso civil. Dicho lo anterior, no significa tal concreción, que sea fácil fijar el parámetro indemnizatorio, que sólo puede tener como límite, el máximo, y que es el fijado en el petitum de la demanda. Se habla de tal dificultad, porque en el área de los daños morales, es francamente imposible llevar a los mismos las normas valoradoras que establece el artículo 141.2 de dicha Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas cuando se habla de "valoraciones predominantes en el mercado". Sin embargo, aunque los daños morales no se pueden borrar, sí se pueden compensar pecuniariamente, que es lo procedente en el presente caso, y para ello se han de tener en cuenta, como datos manejables los siguientes: La muerte de un hijo de dos meses de edad y marcado desde el nacimiento por la enfermedad del SIDA, y la noticia de que la madre sufre dicha gravísima enfermedad, que se puede marcar en 10,000,000 pesetas por la muerte del niño y en 5.000.000 ptas. por los daños morales que supone la noticia de que la madre había sido infectada por el virus HIV y que había

272. Además de lo escrito por DÍEZ PICAZO, Luis, *Ob. Cit.*, p.p. 262 a 268, está también, el valioso trabajo de ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.* p.p. 38 a 52 que puede ser revisado para completar la explicación que no realizaremos en este momento.

273. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 49 y 50.

desarrollado la enfermedad del SIDA. No se valora ni se incluye en dichas cifras, por las razones antedichas, la muerte de la madre.”

Por último, con relación a las costas procesales, el Tribunal señaló que no se haría declaración expresa en función de los artículos 523, 896 y 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia concluye pues, concediendo el recurso de casación interpuesto por el ahora demandante, por lo que casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, con fecha 20 de octubre de 1993, condenó al Servicio Andaluz de la Salud a que pague al demandante, la suma total de 15,000,000 pesetas de los cuales, 10,000,000 correspondían a la muerte del hijo, y la suma de 5,000,000 pesetas por los daños morales por la noticia de la infección, más los intereses corridos desde el inicio de la demanda.

También de manera similar, los jueces españoles han dictado diversas sentencias por daños causados por la transfusión de sangre que generaron SIDA y Hepatitis C en los receptores.

Se ha evaluado en este sentido, demandas por daños causados por la transmisión de la Hepatitis C que fue aislada recién en los años 80. Una sentencia dictada por la Sala en lo Social del Tribunal Supremo, el 05 de abril de 2000, está referida a la transmisión de la enfermedad producida por una transfusión realizada en el año 1976. Se demandó por asistencia sanitaria supuestamente defectuosa vinculada al contagio de la hepatitis C antes de la identificación del virus que la producía. Se estimó que al no conocerse aún, las posibilidades de contagio de esta enfermedad, había un supuesto de fuerza mayor exonerante de responsabilidad (274). Hacemos referencia a otra sentencia pronunciada a favor de la víctima de contagio de SIDA como resultado de una transfusión sanguínea; esta Sentencia de 28 de enero de 1998, fue pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Supremo, en Madrid, en la Casación N° 197/1994. Originalmente, el caso fue ventilado en la Sección Quinta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Asturias con fecha 22 de diciembre de 1993, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado N° 2 de Avilés. Pidió la demandante, "declarar la responsabilidad solidaria de la parte codemandada y condenarla al pago de la indemnización de cien millones de pesetas más las costas del procedimiento". Accionó básicamente contra el Hospital que la atendió. La demandante, según se probó, se convirtió en seropositiva pero se ventiló en el proceso, la posibilidad de que desarrolle la enfermedad. Se analizó el que no se hubiera planteado una previa reclamación en la vía gubernativa por tratarse de una acción contra una entidad estatal. Empero, estos argumentos fundamentalmente procesales, no fueron tomados en cuenta con la finalidad de facilitar el resarcimiento. Interpusieron los recursos impugnativos, tanto la demandante (por haberse concedido una indemnización menor a la solicitada) y la misma parte demandada. No se admitieron los dos recursos de Casación por considerar que el monto era el adecuado. En el Recurso de Casación del demandado, se cuestionó la falta de prueba en torno a la forma en la que contrajo la enfermedad la víctima y que por ello, se argumentó que el “reproche culpabilístico” se limitaba a meras presunciones. Es importante resaltar en este aspecto, el criterio seguido por el Tribunal. Es así como se planteó la discusión:

"PRIMERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1.692, 4º LEC, alega la aplicación indebida del art. 1.104 C.c. y jurisprudencia que cita. En su fundamentación se sostiene el criterio de que no ha sido probado que la transfusión de sangre haya sido la causa del daño, y que el mal hubiese sido ocasionado en el Hospital por el personal que atendió a la demandante, siendo correctas las técnicas empleadas. Los reproches culpabilísticos a la entidad recurrente se basen en meras hipótesis y sobreentendidos -dice la recurrente-, y sin pruebas determinantes no puede haber condenas irreparables.

274. La sentencia puede ser ubicada en www.diariomedico.com.

El motivo es desestimable pues olvida en su planteamiento que estamos en el caso litigioso en presencia de un hecho gravísimo, cual es la transfusión de sangre infectada por el virus del SIDA, es decir, ante la realización de un servicio sanitario que ha ocasionado que la demandante tenga los anticuerpos de esa enfermedad; que como tal servicio sanitario sigue el régimen legal establecido en el art. 28 de la Ley 26/1.984, de 19 de julio, en su apartado 1, siendo el 2 el que circunscribe el mismo a determinados suministros y servicios, entre los que incluyen los servicios sanitario; que el "correcto uso" que el precepto citado exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone es aquí equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo lo mismo que su esposo; que la atribución de la responsabilidad objetiva nada tiene que ver con la conducta prudente o imprudente de la parte a quien se le imputa la responsabilidad. Por otra parte, el art. 1.104 C.c., es una norma mal invocada con la finalidad que persigue la recurrente, porque se limita a dar un concepto jurídico indeterminado de lo que es culpa cuando es el motivo por el que se imputa la responsabilidad a alguien, pero no sirve para el establecimiento del necesario nexo de causalidad jurídica entre el acto y el resultado producido. En este caso lo ha sido la transfusión practicada según la sentencia recurrida, pero el establecimiento de la relación de causalidad no es tema del art. 1.104 C.c., que únicamente resuelve el de la imputación de responsabilidad, una vez concretada esta relación, que es tema fáctico y no jurídico.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1.692, 4º LEC, alega aplicación indebida de los arts. 1.902 y 1.903, párrafo 4º C.c. En su fundamentación se sostiene que no resulta probado que la actora fuese infectada por la transfusión de sangre con el virus del SIDA; las causas posibles son diversas y en gran parte ignoradas por la ciencia; que no se ha probado ninguna; que no concurriendo culpa o negligencia en la conducta de los profesionales sanitarios, no existe ni responsabilidad de ellos, ni en la {} por culpa in eligendo ni in vigilando. El motivo, en forma escueta, plantea si en el caso litigioso se dan los requisitos básicos para la imputación de responsabilidad con arreglo a los artículos citados (aunque el aplicable debió ser el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, como vio el Juez de Primera Instancia con todo acierto, no así la Audiencia sentenciadora). En este campo, se limita a sentar afirmaciones contrarias a la de la sentencia recurrida, sin molestarse en citar siquiera preceptos valorativos de la prueba que hubiera infringido, por lo que sus conclusiones en este aspecto deben quedar intactas. Ahora bien, queda sujeto a la apreciación de esta Sala la cuestión de si existe o no un nexo de causalidad entre los hechos (transfusión de sangre y aparición posterior de anticuerpos del SIDA), y la imputación, en su caso, de la responsabilidad consiguiente, pues tales cuestiones, como ha puesto de relieve innumerables sentencias de esta Sala, pueden ser sometidas a casación, y es indispensable la determinación del nexo causal fáctico para la imputación de responsabilidad, cualquiera que fuere el criterio que se utilice (objetivo o subjetivo). La Audiencia encuentra que es causa suficiente para estimar que la sangre administrada en el Hospital pudiera estar infectada en estos hechos: las transfusiones sanguíneas son uno de los de riesgos de contraer el SIDA según los conocimientos actuales; el Hospital dependiente de la entidad recurrente incumplió la normativa legal sobre el control de la sangre donada por terceros, pues no consta respecto a cuatro donantes su identidad ni que se hubiera cumplido aquella normativa, lo que ha impedido la repetición de las pruebas anti-SIDA a los dichos donantes; la actora no está incurso en ninguno de los grupos que convencionalmente se llaman de riesgo ni tampoco su esposo es siquiera seropositivo. Dada la certidumbre de todos estos hechos, es lógico presumir lo mismo que la Audiencia de acuerdo con los datos que se conocen

ahora sobre la enfermedad, juicio lógico que no ha sido desvirtuado por la entidad recurrente. A la misma hay que imputarle la responsabilidad, pues su culpa, como criterio de imputación en cuya órbita se plantea el motivo, deriva del incumplimiento de la norma de protección antedicha (RD. 1945/1.985, de 9 de octubre, por el que se regula la hemodonación y bancos de sangre; art. 18.1; Ordenes de 4 de diciembre de 1.985, 18 de febrero y 23 de julio de 1.987).

TERCERO.- El motivo tercero, al amparo del art. 1.692, 4º LEC, alega infracción del art. 1.105 C.c. La tesis que lo sustenta es que no puede imputarse responsabilidad alguna {} por tratarse de un caso no previsto, pues no es normalmente previsible. En el caso de autos, se afirma, se está ante un funcionamiento normal de servicio, el daño por tanto debe estimarse inevitable e irreversible y calificarse el supuesto como de fuerza mayor. El motivo se desestima como consecuencia de la desestimación del anterior. Además, el funcionamiento del servicio de transfusiones en el Hospital no funcionaba correctamente, y por eso han quedado sin identificar a los donantes de las cuatro bolsas de plaquetas de las que se usaron, no pudiéndose por tanto descartar que los mismos tuviesen sangre infectada con el virus del SIDA, lo que sí pudo hacerse con respecto a otros donantes identificados."

La sentencia que fue impugnada, ya establecía indemnizar a la demandante con Diez millones de pesetas (10.000.000 Ptas.) por su estado actual de portadora de anticuerpos de VIH y con veinticinco millones de pesetas (25.000.000 Ptas.) para el caso y a satisfacer en la fecha que aparecieran los síntomas de la enfermedad de SIDA. La demanda concluyó fijando esta reparación y el pago de costas.

Por último, en torno a la aplicación de la normativa interna y a la aplicación tanto de la Ley sobre responsabilidad por productos defectuosos dictada en 1994 al amparo de la Directiva Comunitaria, la aplicación del artículo 13º de dicha Directiva, ha habido una sentencia de 25 de abril de 2002 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-183/00, *María Victoria González Sánchez y Medicina Asturiana, S.A* (275). Allí, se ha discutido y resuelto una cuestión prejudicial en la que se preguntaba sobre la interpretación del artículo 13º de la Directiva, a fin de dilucidar si los derechos establecidos en la legislación de un Estado miembro en los casos de responsabilidad por productos pueden verse limitados o restringidos tras la incorporación en el ordenamiento de la Directiva. La respuesta del Tribunal es contundente: "El art. 13 de la Directiva (...) debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno... a lo dispuesto en la... Directiva". Se concluyó en que ni el artículo 13º de la Directiva ni el artículo 15º de la Ley 22/1994, en lo que corresponde al caso español, permiten resolver el caso según lo dispuesto por la LGDCU (Ley General de Consumidores y Usuarios dictada en 1984), en lo que a productos se refiere. La cuestión prejudicial había sido planteada por Auto de 13 de abril de 2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Oviedo, en un caso en el que la demandante, señora González demandó a Medicina Asturiana, S.A., por el contagio del VHC que había sufrido en su centro sanitario al recibir un hemoderivado. Al considerar el Juez que la LGDCU era más favorable que la Ley 22/1994, que implementó en derecho español la Directiva 85/374, se planteó la referida cuestión sobre los alcances del artículo 13º de la Directiva (276). Cabe señalar

275. Tal sentencia puede ser ubicada en la revista electrónica sobre el Derecho de daños Indret ubicada en www.indret.com.

276. Señala este artículo de la Directiva comunitaria, lo siguiente:

que la autoridad consideraba pertinente tal aplicación en tanto la LGDCU no exige la prueba del defecto del producto, a diferencia de lo que establece el art. 5 de la Ley 22/1994 y no hallaba incompatible tal interpretación sistemática. En todo caso, también en este sentido, se ha considerado que lo que hace este fallo, es aclarar que la Directiva establece reglas imperativas y no solo "mínimos" que pueden ser modificados o interpretados con libertad, por las autoridades sean legislativas, reglamentarias o ejecutivas o judiciales salvo en aquellos temas en donde es absolutamente diáfana la posibilidad de modificación. Prácticamente, operaría una derogación tácita de toda aquella disposición que de manera diferente, regule el tema de los productos defectuosos. El Tribunal de Justicia viene actuando de manera rígida o restrictiva en la defensa de la armonización normativa al interior de la Unión Europea.

Concluimos de esta manera, el balance sobre la situación en España destacando que hay muchas sentencias dictadas en los últimos tiempos en torno al tema de la responsabilidad civil en general, y la de productos de manera particular.

Como indicamos, estos temas son objeto de un ágil desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha hecho uso del método comparativo para analizar la normativa dictada sobre el tema en el año 1994. Hemos procurado colocar, en todo caso, lo más representativo del Derecho español.

1.2.2.6. Gran Bretaña.

Parte del Derecho inglés ha servido de base al régimen vigente en los Estados Unidos de América. La tradición del *Common Law* ha marcado y marca caminos que en ocasiones se unen y en otros, se bifurcan. La Gran Bretaña, sin embargo, se ha visto influenciada por las reglas establecidas por la Comunidad Europea, hoy Unión Europea. Con ello, se ha impuesto una forma de plantear la regulación en el tratamiento de la responsabilidad por productos.

Los orígenes nos muestran también en Inglaterra, la presencia del principio romanista conocido como *Caveat Emptor*, por el que reposaba en el adquirente, la responsabilidad por los riesgos y peligros (277).

Sin embargo, en el terreno de la responsabilidad extracontractual, gran fuerza tendría el principio doctrinal *privity of contract* por el que se limitó la acción por los daños producidos por los productos defectuosos, a la estrecha relación entre adquirente y el vendedor inmediato. Tal principio quedó plasmado en la sentencia dictada por la *Court of Exchequer* en 1842, en el proceso seguido por *Winterbottom contra Wright* que es tratado al hacer referencia al desarrollo del Derecho norteamericano (278). Lejana se veía la posibilidad de que responda el productor o fabricante que no era quien había vendido el producto al dañado y son evidentes las dificultades que ello ofrecía para la víctima pues en muchos casos, no solo era totalmente ajeno a la responsabilidad el inmediato contratante que transfirió el producto sino que éste último carecía de recursos para responder frente al dañado.

"Artículo 13.

La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existente en el momento de la notificación de la presente Directiva. "

277. SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 649. Citado también por PRADA ALONSO, *Ob. Cit.*, p. 23.

278. Trata este caso de la demanda interpuesta por un cochero quien reclama por los daños generados por un vehículo postal que conducía y que había sido mantenido en forma defectuosa; si bien se comprobó la negligencia de la parte demandada, se negó la indemnización debido a que no había relación directa entre el dañado y la demandada.

Mencionan Alpa y Besone (279) que ello respondió a la lógica del *laisser faire*, el cual requería una formulación de tutela a la empresa la que al ser ésta, un motor de la economía, no debía ser penalizada pues por esa vía, se penalizaba a toda la colectividad.

Con el tiempo y como parte de un proceso general que ha observado las dificultades que generaba para las víctimas un esquema de protección restringido, se han producido cambios sustanciales.

Una segunda etapa, está ligada a la emisión del fallo dictado en el caso *Donaghue versus Stevenson* en el año 1932 por la cual operó una ampliación de la responsabilidad del fabricante frente al consumidor en base a la posibilidad de que el producto llegue al consumidor y le pueda causar daño si es defectuoso. La demanda fue interpuesta a consecuencia del consumo de una bebida que tenía un defecto, ordenándose al fabricante del producto, indemnizar a la consumidora pues se consideró que si el fabricante coloca en el mercado, productos que pueden llegar al consumidor sin posibilidad de controles intermedios, deberá responder frente al público por los daños que cause por su negligencia (280). El demandado era un fabricante de *ginger ale* que fue condenado a indemnizar a la demandante quien a su vez, había adquirido el producto en un café, por intermedio de un amigo. Al consumir la bebida, la actora detectó los restos en descomposición de un caracol en la botella que era opaca. Se habría producido en la demandante, un shock psicosomático y otros daños que llevaron a la *House of Lords* a pronunciar un principio diferente por el que la existencia de un contrato con el adquirente inmediato no impiden la presencia de un deber de naturaleza extracontractual frente a terceros. Junto a la obligación contractual de poner a disposición del otro contratante un producto que no cause daños, se establece para el fabricante un deber de diligencia en el proceso de producción o a cargo del vendedor primitivo en el caso de la distribución de manera que no quede comprometida la integridad de las personas o de sus bienes (281).

También en el Derecho Inglés, es importante el principio llamado *res ipsa loquitur* por el que se evalúa aquello que revela la prueba sobre lo que el objeto dañoso revela bajo una presunción *iuris tantum*, referida a la defectuosidad del producto (282). En este sentido, el caso más conocido ha sido el de *Grant versus Australian Knitting Mills* en el que el demandante alegó haber contraído una enfermedad a la piel luego de utilizar unos calzoncillos fabricados por el demandado, cuyas sustancias químicas impregnadas en los mismos, habrían causado el daño indicado. El producto había sido adquirido por el demandante en su envase (sellado desde la fábrica) a un distribuidor minorista. Señala Payet que “La corte consideró que el fabricante era responsable a pesar de que el demandante no acreditó cómo el exceso de sustancias químicas llegó al producto y el fabricante demostró que de más de un millón de prendas vendidas, el caso era el único problema similar del que tenía noticia” (283). No nos extenderemos en el principio de prueba *res ipsa loquitur* pues incluimos mayores comentarios al tratar los avatares del Derecho norteamericano.

Precisaba Rojo y Fernández-Río (284) que a pesar de que en el *Common Law*, el adquirente “se encuentra mucho más satisfactoriamente protegido frente a los posibles defectos de la cosa adquirida que en el Derecho continental, no cabe duda de que la solución al problema de la responsabilidad civil del fabricante frente a los terceros ha de ser enfocada en el Derecho inglés partiendo de la perspectiva extracontractual (*Torts*). La falta de una relación comercial directa entre el fabricante y la víctima fue y es una evidencia que marcaba las pautas.

La responsabilidad por productos defectuosos ha sido tratada con particular interés y ello queda en evidencia pues las Comisiones legales, británica y escocesa hacia 1977, discutían el tema y recomendaban un patrón de responsabilidad objetiva para tratar la responsabilidad por

279. ALPA, Guido, BESONE, Mario, *Il consumatore e la Europa, raccolta e un commento di testi e materiali della Comunità Economica Europea e del Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 1979, 195. Citado también por PRADA ALONSO, *Ob. Cit.*, p. 23.

280. PRADA ALONSO, *Ob. Cit.*, p. 23.

281. PRADA ALONSO, *Ibidem*, p. 24.

282. PRADA ALONSO, *Ibidem*, p. 24.

283. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, tomo I, p. 412.

284. *Ob. Cit.*, p. 48.

productos defectuosos (285). De similar manera se pronunció la *Comisión Pearson* en 1978 (286). En el ámbito de la responsabilidad contractual, se observa un particular límite establecido en torno a las garantías, pues si bien la *Sale of Goods Act 1979*, estableció las garantías implícitas y las expresas que acompañan a un contrato de compra venta, el tratamiento no se extendió como si ocurre en el Derecho norteamericano sino que ellas regían el circuito limitado de las partes contratantes (287).

Se considera sin embargo, que los mayores avances se han producido con la incorporación de las directivas comunitarias lo que se produce a través de la *Consumer Protection Act 1987*, promulgada el 15 de Mayo de 1987. La responsabilidad objetiva por productos defectuosos alcanza al productor, al titular de la marca de fábrica del producto o del importador del mismo.

Al igual que en otros regímenes, se considera que el patrón objetivo se ha visto afectado por la posibilidad de que el estado del conocimiento científico y tecnológico en el momento relevante, permita al demandado, argumentar que no podía esperarse o exigírsele descubrir o detectar el defecto mientras los productos estuvieron bajo su control. Ese tiempo relevante, sería aquel en el que el demandado proporcionó el producto a otro (288).

Resalta Alpa (289) en torno al *modelo inglés*, o al dispositivo aprobado al transponer la Directiva comunitaria ya descrita, que además de los principios consolidados en el *Common Law*, como son los *torts*, *conditions*, *warranties* y *misrepresentation*, cabe considerar las diversas normas dictadas hasta la dación de la *Consumer Protection Act* de 1987. Esta propuesta fue dividida en cinco partes, ocupándose la primera, de trata la responsabilidad por el producto (sections 1 a 9) y como subraya Alpa, corresponde a las disposiciones generales de la regulación francesa, de la Directiva comunitaria y de la italiana. La segunda (que ocupa las sections 10 a 19) fue dedicada a la seguridad del consumidor respecto de los estándares generales de seguridad, de las advertencias adjuntas al producto y de la información del consumidor. La tercera parte (sections 20 a 26) corresponde a las indicaciones sobre el precio, los errores, los engaños y las prácticas que distorsionan la percepción del consumidor. La cuarta (sections 27 a 35) y la quinta (sections 37 a 50), se refieren a las reglas de detalle o de interpretación. Puntualiza Alpa, que la section 5 de esta normativa, emplea la expresión *damage*, para referirse a "la muerte, lesión física o cualquier pérdida o daño a la propiedad, incluida la propiedad de la tierra" (290). Se ha reconocido una forma de *strict liability* o responsabilidad estricta lo que es un avance pues la tesis imperante era de responsabilidad que se asemeja más al de culpa (*negligence*). La normativa inglesa también consideró un límite o franquicia para acogerse a ella, fijada originalmente en 275 Libras Esterlinas (291). Como ya se ha indicado, la Gran Bretaña no ha asumido el uso del Euro. No se han hallado particulares observaciones en torno a lo establecido por la Directiva comunitaria.

1.2.2.7. Otras propuestas

Por otro lado, en materia de responsabilidad por productos se encuentra el modelo sueco, muy difundido en otros países de la órbita escandinava, el cual incorpora tanto

285. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, tomo I, p. 409.

286. *Ibidem*, tomo I, p. 409.

287. *Ibidem*, tomo I, p. 412.

288. *Ibidem*, tomo I, p. 412.

289. ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, *Ob. Cit.*, p.p. 412 a 414.

290. *Ibidem*, p. 416.

291. *Ibidem*, p. 430.

la responsabilidad objetiva como un esquema de seguridad social propia del "Estado de bienestar" que propugna este país (292).

Resulta importante destacar que este ordenamiento, se incorporó un sistema de compensación de los daños causados por productos farmacéuticos. En Suecia se constituyó desde 1972, un Comité de Responsabilidad por Productos que investigó los daños causados por los productos peligrosos. En 1976, esta comisión presentó su reporte indicando que las drogas eran los productos más peligrosos y que recomendaba para ellos, un patrón de responsabilidad objetiva. Antes de la regulación legislativa, en 1978, los productores e importadores establecieron un seguro para los daños provenientes de los productos farmacéuticos sean o no defectuosos.

La relación causal se establece no respecto del defecto sino entre el daño y el consumo de una droga salvo casos concretos de ruptura del nexo causal recurriéndose además, a un criterio de razonabilidad de la compensación en función de la enfermedad por la cual se dio el tratamiento y otros. La decisión de reparar es inicialmente del seguro aunque de darse objeciones se puede recurrir a otras instancias. Son los productores e importadores los que solventan el seguro (293).

Las reglas creadas en Nueva Zelanda han merecido constantes referencias por la doctrina (294). Tal régimen presentó conexión directa con el *Tort*, habiendo pasado a un esquema de compensación general. Surgió de una recomendación de una Comisión Ministerial más conocida como *Woodhouse Report*, en honor de su Presidente, Mr. Justice Woodhouse.

La propuesta se basa en la obligatoriedad del instrumento asegurativo, con intervención de un órgano administrativo que determina las indemnizaciones por los accidentes (295).

No nos extenderemos más en esta propuesta cuyos antecedentes pueden ser objeto de revisión en los textos que se mencionan en este trabajo.

1.2.3. La propuesta del Derecho de los Estados Unidos de América.

Sin lugar a dudas, merece una explicación especial, describir el estado de la cuestión en los Estados Unidos de América. Mucho se ha dicho y escrito sobre los millonarios fallos pero poco sobre el contexto en que ellos han sido pronunciados.

Trataremos de proyectar las discusiones sobre quienes atacan y quienes defienden este régimen. Es indudable que hay allí, un modelo en torno a la hipótesis de responsabilidad civil por productos defectuosos, diferente del europeo.

Su propuesta se desliza por los sinuosos pero interesantes caminos que ofrecen los grandes y ricos consorcios de producción masificada cuyos productos benefician pero también han perjudicado a un extenso grupo de consumidores. Los excedentes por la reducción en los cuidados y las garantías al consumidor, resultan millonarios y por ello, absolutamente atractivos siendo un elemento inobjetable al fijar la indemnización y los desincentivos para producir y colocar productos defectuosos en el mercado, sobre todo, cuando se advierte malicia o un desdén por la vida y el bienestar de la persona humana. La influencia del Análisis Económico del Derecho y en general, de los particulares elementos de este régimen, revelan que su tratamiento jurisprudencial ha mostrado creatividad pero que ha catalogado también como costoso e impredecible.

292. PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità Civile. Profile de diritto comparato*, Ob. Cit. p. 131. Para mayor información se puede revisar este texto como la obra de José Antonio Payet en las páginas 437 a 444.

293. *Ibidem*, tomo I, p.p. 439 a 444.

294. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, tomo I, p.p. 437 a 439. Con relación a dicho tema también se puede leer a PONZANELLI Giulio, *Ob. Cit.*, p. 155.

295. PONZANELLI, Giulio, *Ibidem*, p. 137.

1.2.3.1. Poder económico y desarrollo. Las particularidades del Derecho norteamericano.

Los Estados Unidos de América ya dejaba entrever, en el siglo XIX y de manera posterior, su potencial industrial y su liderazgo, anticipándose a las propuestas de los países europeos en muchos aspectos.

Hay consenso en cuanto a que ninguna rama del derecho ha experimentado cambios más numerosos e importantes ni capturado mayor atención en los teóricos del derecho privado in América, que el Derecho de *Tort* (296).

La palabra proviene del latín "tortus" o "twisted" (297) que se puede traducir como lo *torcido* o no recto. Coincidimos con quienes señalan que su historia puede ser analizada a partir de la evolución constante de los más efectivos mecanismos o *remedios* de control para los hechos dolosos o negligentes desde la época preindustrial en Inglaterra hasta la época del Internet (298).

Ha sido el ilícito civil del *Common Law*, más que otras materias, la desarrollada a partir de una construcción del Juez al decidir entre intereses en competencia para casos particulares.

Como adelantamos, muchos precedentes han ignorado la presencia de un contrato entre el afectado o afectados y la persona o personas a las que se atribuye la responsabilidad por el perjuicio, en base a una noción funcional para atender al daño no obstante que el Derecho de *Torts*, puede ser calificado dentro de lo para nosotros, desde una tradición civilista, corresponde a la responsabilidad extracontractual.

Menciona Cooper (299) que por muchos años, existió un derecho si un *writ*, podía ser hallado para amparar un caso. Con la abolición de la restricción procesal, las antiguas divisiones, sin embargo, permanecieron y *regían desde la tumba* (300). Esta limitación que desapareció con el tiempo, tiene claras reminiscencias del Derecho romano. Coincidimos con Cooper en que puede hablarse, en el *Common Law*, de perjuicios específicos que logran su reconocimiento y reciben su definición jurídica ante las cortes.

Los mecanismos de dicho país y el reforzamiento de la protección a la víctima de los daños por productos, han sido criticados por quienes consideran que los precedentes judiciales y la literatura ha sido y es desmesurada, habiendo contribuido a elevar el instrumento asegurativo y a gravar el sistema de las indemnizaciones por la proliferación de acciones.

Se acuñó durante el auge de tales acciones judiciales, el término *litigation disease* para definir a la manía o tendencia patológica de acudir a los tribunales contra las empresas y personas (301).

Hay diversos factores que han incidido en el especial "cariño" que la sociedad norteamericana tiene a estos procesos. Uno de ellos, es, a decir de Robert A. Kagan

296. La frase corresponde al historiador del Derecho Willian E. Nelson en "From Fairness to Efficiency: The transformation of Tort Law, in New York, 1920-1980", Buffalo Law Review 47, 1999, 177. Citado también por KOENING, Thomas H. RUSTAD, Michael L., *Ob. Cit.*, p. 11. Comentarios de interés, se encuentran en COOPER, H.H.A, *Diez Ensayos sobre el "Common Law"*, Lima, Editorial Universo, 1967, p. 173.

297. KOENING, Thomas H. RUSTAD, Michael L., *Ibidem*, p. 11.

298. *Ibidem*. p. 11. Subrayan estos autores, que el concepto del tort law, en el proceso de transformación fue frecuentemente empleado por el Profesor Thomas Lambert para describir la flexibilidad del tort doctrines en su adaptación al cambio social.

299. H.H. A. Cooper, *Ob. Cit.*, p. 174.

300. Según resalta H.H. A. Cooper, citando a F. W. Maitland en *The form of action at Common Law*, Cambridge, University Press, 1948. COOPER, *Ob. Cit.*, p. 174.

301. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Ob. Cit*, p. 64.

(302), es el *legalismo contencioso* que impregna, masivamente, el accionar de los operadores jurídicos en los Estados Unidos de América, sobre todo a partir de la consolidación de un sistema democrático.

Se afirma que el sistema legal de justicia de dicho país, en comparación de otros, está particularmente abierto a nuevos tipos de reclamos y medidas políticas, siendo un signo su flexibilidad y creatividad (303). Sin embargo, no obstante esto último, el esquema legal contencioso, tiene efectos positivos pero otros muy negativos como afirma Kagan. De un lado, está dotado de abogados, litigios y tribunales como poderosos controladores de la corrupción o la arbitrariedad, y protectores de los derechos individuales esenciales, contribuyendo a desterrar a las corporaciones descuidadas o poco atentas. Pero, al mismo tiempo, para dicho autor, la estructura que conforma un método de gobierno (o de políticas) y de solución de disputas, que Robert A. Kagan llama *adversarial legalism* es marcadamente ineficiente, complejo, punitivo e impredecible (304). Las personas llevan cualquier clase de conflicto, al terreno de los tribunales o al camino de la confrontación impulsados tanto por la carencia de seguros sociales que cubran sus necesidades fundamentales como por la posibilidad de contar con una indemnización que asegure su futuro, si lo tiene (por no estar condenado a la muerte), o por lo menos, el de su familia por algunas generaciones. Esa situación se hizo evidente en las demandas de los productos fabricados con asbestos. Entre los años 70 y 80, se iniciaron las demandas contra estos fabricantes en tanto miles de personas habían contraído *asbestosis*, una enfermedad pulmonar contraída por el contacto con este mineral mientras trabajaban en astilleros o empresas de construcción (305).

Los trabajadores holandeses fueron cinco a diez veces más afectados con esta enfermedad que los norteamericanos (306). Sin embargo, hacia 1991, era posible hallar en los Estados Unidos de América, casi 200.000 casos basados en *Tort* mientras que menos de diez habían sido registrados en Holanda no obstante que sus regulaciones admiten dicho tipo de acciones.

Kagan relacionó esa gran diferencia con los razonables beneficios que tienen los trabajadores para seguir un camino o *método no confrontacional*. En dicho país, los trabajadores podían obtener, gracias a la seguridad social y a otros sistemas, beneficios ascendentes al 70 u 80 por ciento de los ingresos afectados o pérdidas sin probar la falta del fabricante. El sistema holandés comprende un régimen colectivo de responsabilidad sin falta o culpa y aunque la compensación es más modesta, según resalta Kagan, es, de lejos, más cierta su obtención que el contencioso sistema

302. KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism. The american way of law*, Harvard, Harvard University Press, 2001, p. 3.

303. *Ibidem*, p. 3.

304. *Ibidem*, p.p. 3 a 17. Destaca este autor, que el *Adversarial Legalism*, es un método que permite comprender el sistema, armar o diseñar las políticas y de resolución de disputas que posee dos salientes características. La primera es la de conformar una contestataria forma legal en donde, discutiéndose lo erróneo o lo que se considera injusto, compiten intereses y disputas invocándose derechos basados en la ley, deberes y requerimientos procesales, que recurre a las formas de presión o ejecutabilidad legal de las decisiones, a fuertes penalidades y al litigio además de la revisión judicial. La segunda características es la de presentar una litigiosidad activa dotada de un estilo de enfrentar el conflicto y aceptar el reclamo, la búsqueda de controlar los argumentos jurídicos y la reunión de las pruebas o la evidencia, la que no está controlada por los jueces o por la administración oficial sino más bien por las partes en disputa o intereses, actuando primariamente a través de los abogados. Menciona Kagan que, como resultado de ello, se tiende a un sistema complejo, que extiende el conflicto y es costoso siendo además, incierto. Allí, cuando la potencialidad adversarial o contenciosa, se combina con una fragmentaria, carente de autoridad decisoria no jerárquica, las normas son particularmente maleables, complejas y la decisión legal, particularmente variable e impredecible conforme resalta el citado Kagan.

305. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 51.

306. KAGAN, Robert A., *Ob. Cit.*, p. 126.

americano de *Torts* (307). Éste último, se refuerza con el prospecto de los interesantes honorarios profesionales que se obtienen en función del resultado o por contingencia (*contingency fees*) y por todas las armas que conceden los expertos para determinar las características de la conexión con la inhalación del polvo de asbestos, jueces deseosos de innovar hacia la indemnización por el dolor y el sufrimiento (*pain and suffering*) y por los daños punitivos (*punitives damages*).

No niega Kagan que los procesos colaboraron con las investigaciones para proveer de adecuada protección a los trabajadores. Pero también, que el tratamiento judicial y de jurados, *variaba de estado a estado y de caso en caso* (308). Algunas víctimas obtenían menos compensación por los mismos daños. Solo en Texas, ante múltiples demandantes, cinco diferentes jurados, luego de recibir exactamente la misma evidencia, concluyeron en decisiones sustancialmente diferentes en torno a la causación y responsabilidad. Los últimos merecieron mayores restricciones que los primeros.

A inicio de los 80, el mismo Congreso consideró la creación de un fondo para cubrir estos daños sin necesidad de un costoso litigio pero fracasó en el intento. La quiebra de las empresas no impidió que el sistema avance. Kagan considera por ello, que existe una industria de *Tort* (*The Tort Industry*) en la que los jurados ven con agrado el conceder altos valores monetarios a los demandantes por el concepto de *pain and suffering* e imponer *punitives damages* sin explicar las razones. Quizás, la respuesta se encuentra más lógica en el terreno de la psicología que en el de la revisión jurídica al operar una transferencia de las propias preocupaciones y deseos de lo que los miembros del jurado desean en cada caso. Ello puede ser considerado deseable a efecto de lograr que los fallos reflejen las angustias de la sociedad pero al mismo tiempo, puede advertirse falta de imparcialidad que no se orienta precisamente en igualar la balanza entre los que más saben sobre los riesgos o peligros de la defectuosidad de los productos.

Aquellos veredictos en los que los daños excedían el millón de dólares, creció entre uno por ciento en todas las cortes entre 1960 y 1964, tres y medio por ciento entre 1980 a 1984 mientras que los veredictos por millones crecieron aproximadamente en ochenta y cinco por ciento entre los años 1980 y 1984 (309). Considera Kagan que el incremento en el *Adversarial Legalism* en los años 80, ha hecho del régimen americano de *Tort*, el más controversial de todos los sistemas de daños generando batallas legislativas y discusiones en el terreno judicial debido al abuso de la litigiosidad. La contribución para la prevención o la eliminación de conductas inadecuadas y la creación de la seguridad, resultaría errático. El régimen sería pues, si se observa con objetividad y de manera amplia, ineficiente, injusto, incierto (310).

Mientras que en otros países como Japón, menos del uno por ciento de los accidentes automovilísticos que involucran muerte u otros daños, llegan a un litigio, en los Estados Unidos de América, ese porcentaje es del veintiuno y medio por ciento.

La pasividad no respondería al carácter de los japoneses sino a un sistema que propicia métodos no litigiosos de satisfacer los derechos legales y obtener una compensación apropiada gracias a la intervención de un ente oficial que investiga los daños existiendo también, otro centro que interviene como mediador en estas disputas, lo que genera una estructura en donde se garantiza una compensación automática, predecible y moderada.

La injusticia se vincula a la exageración con la que se otorgan ciertas indemnizaciones mientras que en otros casos, la cifra es muy inferior pese a que el daño ha sido mucho más serio con el consiguiente uso de recursos que salen de los bolsillos de los demandantes. Aunque hay casos que nos sorprenden por lo alto de las

307. *Ibidem*, p. 126.

308. *Ibidem*, p. 127.

309. *Ibidem*, p. 133.

310. *Ibidem*, p.p. 135 a 155.

indemnizaciones, la variedad de los procesos no siempre revela que se produzca un trato uniforme sobre todo para los casos más dolorosos según Kagan (311). Esas diferencias, también hacen inciertos los resultados de la prevención.

Philip K. Howard en *The collapse of the Common Good-How America's lawsuit culture undermines our freedom* (312), hace una larga enumeración de casos que revela el cansancio y los desincentivos que la sociedad norteamericana, siente en torno a los procesos indemnizatorios. No obstante que se difunde la libertad como lema, de la misma manera, la población se ve amenazada por el temor a las demandas como consecuencia de actos inocentes, lo que, para muchos, no se traduce sin embargo, en mayor seguridad. Cita Howard, el caso de una ama de casa que adquirió una botella grande de soda y en vez de tratar de abrirla de acuerdo a las indicaciones, tomó un cuchillo y trató de destaparla perforándola lo que le ocasionó daños y la pérdida de un ojo pues debido a la presión de la soda, la tapa saltó como un proyectil. Se preguntaba el indicado autor, si no era razonable percibir que las bebidas en esa condición, no pueden ser manipuladas de la forma descrita siendo obvio que no se necesita una advertencia especial para casos como el indicado (313).

Se cita también en este texto, el caso de un joven llamado Christopher Sercye de quince años quien fue golpeado cuando jugaba basketball en una cancha cercana al Hospital Ravenswood en Chicago, Con la ayuda de dos amigos habría llegado a pocos metros de la entrada del hospital en donde colapsó y mientras sus amigos gritaban pidiendo ayuda, no fue atendido por el temor del hospital de que fueran culpados por negligencia en la atención de los que se hallaban al interior de la sala de emergencias, pese a que moverse una pocos metros no debía generar mayores diferencias. Sea que esté ausente la sensibilidad frente al dolor humano, un razonable criterio o un efectivo temor, lo cierto es que fue la policía la que tuvo que disponer su atención mientras el muchacho permaneció veinte minutos tirado en la calle; poco tiempo después, moriría (314).

Mantener una fotocopiadora o ciertos artículos con defectos, acaso inofensivos, puede convertirse en una pesadilla legal de acuerdo a la forma en la que se presente tanto el conflicto como el presunto daño.

Por otro lado, los defensores de una modificación del Derecho de *Tort* bromean señalando que las instrucciones parecen requerir de extremo detalle (315) lo que es irracional. Mencionan que resultaría necesario advertir que un traje de baño es un artículo para el baño más no como dispositivo para flotar o proteger de los rayos del sol; añaden un comentario a tono de burla: que en la ropa o disfráz de *Batman* será necesario informar o advertir que la capa no es para volar (316). Dado que tiene alas y que la propaganda sobre el personaje, lo muestra volando, alguien podría suponer un uso especial.

Autores como Thomas H. Koenig y Michael L. Rustad (317), sin embargo, subrayan que el *Tort Law*, cumple una valiosa función cual es la de asumir el papel de orientar a nivel público, las conductas inadecuadas sin requerir de intervención gubernamental. Así, los litigantes privados, sirven a los intereses públicos ante los ocultos o no develados productos o servicios peligrosos. Los abogados privados han sido particularmente efectivos para descubrir las causas de peligrosos productos defectuosos que fueron colocados en el mercado y solo fueron retirados, y según el caso, modificados y mejorados a partir del litigio.

311. *Ibidem*, p.p. 138 a 140.

312. HOWARD, Philip K., *The collapse of the Common Good-How America's lawsuit culture undermines our freedom*, New York, Ballantines Books, 2001.

313. *Ibidem*, p. 28.

314. *Ibidem*, p. 6.

315. KOENIG, Thomas H., and Michael L. RUSTAD, *Ob. Cit.*, p. 72.

316. *Ibidem*, p. 72.

317. *Ibidem*, p. 2.

Los daños causados por los implantes de silicona, las terribles consecuencias del medicamento conocido como DES, los daños por los anticonceptivos, etc o los descubrimientos en el campo de la *medical malpractice*, revelan que el asunto va más allá de la exageración en cuanto a las características de los daños. Subraya Koenig y Rustad que una demanda exitosa, previene futuros accidentes, situación que salva vidas. Se ocupan estos autores, de aclarar las confusiones o deformaciones creadas o difundidas por quienes atacan el sistema. Como indicamos, es sumamente interesante citar los precedentes judiciales con una adecuada descripción de los hechos lo que permitiría tener una idea real de los costos y beneficios que ofrece este régimen.

Resulta posible recordar también, el contenido de la película "El Informante", que tuvo como un magnífico grupo de actores para exponer un caso real: la falsa representación o el engaño en el que los fabricantes de tabaco mantuvieron a las autoridades y a los consumidores sobre la forma en la que fabricaban sus productos, causando un daño evidente a sabiendas de ello, pero con el ánimo de mejorar sus ganancias al crear una mayor dependencia a la nicotina. No hay pues, ninguna inocencia en esa conducta ni abuso en una posición que ataca tales comportamientos. Son aterradores los casos referidos a daños causados por productos defectuosos que afectan especialmente a los niños.

Uno de ellos, es el que afectó en Carrollton, Kentucky, a un grupo de una iglesia que irónicamente se llamaba, "Life is for everyone" (318); ese grupo, que llevaba a 59 niños quienes viajaban con el conductor y con otros adultos, con el deseo de hacer un paseo, tomó un bus que durante su viaje, fue chocado por una camioneta toyota que impactó contra el tanque de gasolina. Ello originó un incendio que mató al conductor y 26 pasajeros. Los otros treinta y cuatro, que también viajaban, sufrieron graves quemaduras. Sin embargo, los 29 no se vieron afectados por la colisión, sino por la ruptura del tanque, el ingreso de la gasolina y con ello, del fuego, hacia el compartimiento de los pasajeros. Los niños lucharon en vano por abrir la puerta posterior mientras veían que una bola de fuego caía sobre ellos. El espectáculo de cadáveres apiñados en la parte posterior del vehículo fue dantesco. Este caso producido en 1989, es planteado por Koenig y Rustad como el *Carrollton Church Litigation* frente a un bus que se mostraba un estándar de fortaleza (319); se observa defectuoso el que la gasolina ingresara al vehículo.

Cuando hacia 1960 se consagró jurisprudencial mente la responsabilidad absoluta o estricta en el tema de productos y se elevaron los montos indemnizatorios en los Estados Unidos, las demandas se sucedieron de manera impresionante (320). Este proceso, produjo la elevación de los precios de ciertos productos y servicios en tal país para enfrentar los mayores costos que se generaron a partir del incremento en el valor del seguro. Con todos sus defectos y virtudes, los Estados Unidos de América se ganó indiscutiblemente, el título de "la patria de origen de la responsabilidad civil por los daños causados mediante productos defectuosos" (321). Los últimos años traen importantes intentos de reforma del derecho de daños en el área de productos defectuosos, garantías, responsabilidad solidaria y colectiva, daños punitivos y no patrimoniales (322). La idea fue procurar limitaciones a los daños punitivos y la

318. *Ibidem*, p. 86.

319. *Ibidem*, p. 86.

320. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, tomo I, p. 195. Este autor menciona que en dicha época, se plantearon 50,000 acciones de responsabilidad. Con las variaciones jurisprudenciales operadas posteriormente, se detectó que de 1977 a 1981, el número de demandas había crecido cuatro veces más rápido que la población de los Estados Unidos y entre 1974 a 1984, se elevó en un 680%. Si en 1962 se había pronunciado un único veredicto por más de un millón de dólares, en 1984, habían por lo menos 401 casos por encima de tal cifra lo que explica el incremento desbordante de los litigios.

321. *Ibidem*, p. 39.

322. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p.p. 1 y 2.

imposición de cierta uniformidad, pues, como detalla Viguri (323), mientras que en Indiana había un tope para conceder daños económicos solo hasta \$ 750,000 en California se aplicaba un techo máximo de \$ 250,000. Resulta interesante constatar que la historia y el desarrollo del Derecho de la responsabilidad por productos, comprende en una primera parte, las doctrinas y principios heredados del Derecho inglés, la cual apuntaba a fijar un círculo "privado" de demandados y demandantes por lo que el análisis de la responsabilidad civil, aún cuando se refiriera a sucesos de los que era responsable el productor, no podían comprender sino al comprador y al vendedor del producto defectuoso.

Tampoco el *injured bystander* (o sujeto totalmente ajeno a la relación de compra y venta del producto y que, por ejemplo, era dañado por el producto sin haberlo adquirido de nadie o en forma circunstancial), estaba cubierto por la citada doctrina. Solo se vinculaba la acción a la parte contractual y nunca a la no contractual.

1.2.3.2. La aproximación al desarrollo histórico.

Robert L. Rabin (324), opina que el rápido crecimiento industrial comienza luego de la Guerra Civil y ella marca un especial punto de partida, que se ve reforzado con la expansión de la actividad comercial y las vías de transporte que se convirtieron en instrumentos de daño. La mayor parte de accidentes en las vías férreas se daría en los Estados Unidos de América en ese período. El sistema de negligencia sería el que se aplicaría originalmente. Sin embargo, tiene el Derecho de *Tort*, una trayectoria aún mayor que ha sido tratada a partir de la incorporación de los diversos elementos que hoy la sostienen. Desde esa óptica, Koenig y Rustad (325), se remontan a Inglaterra y concretamente, al año 1066, en el que se incorpora la importante institución del jurado al sistema legal inglés por Guillermo el Conquistador.

Se detalla que como parte de este recorrido histórico, que en 1763, se hallaría por primera vez, el uso de la frase *exemplary damage*, o perjuicio ejemplar por una corte inglesa, exportándose y difundiéndose esa doctrina en América con rapidez. Con el tiempo, éstos fueron llamados, en los Estados Unidos de América, *punitives damages* siendo la esencia de los mismos, advertir y sancionar las conductas ultrajantes (326). El primer caso reportado en este país, se remonta a *Genay versus Norris*, dictado por la Suprema Corte de Carolina del Sur en 1784, siendo llamada *vindictive damage*. Dicho concepto fue aplicado contra un profesional, un físico, que empleó los conocimientos de medicina que tenía para infligir dolor de manera deliberada. Tanto el demandante como el demandado, ambos intoxicados, se prepararon para solucionar una riña a través de un duelo de pistolas. Cuando el demandante acordó la reconciliación y dispuso un brindis, el demandado colocó, en el vino, secretamente, una alta dosis de una medicina (*Spanish fly*), causándole un atroz dolor. La Corte entonces, se encargó de advertir que el serio perjuicio causado al demandante, merecía un tratamiento ejemplar debido al carácter profesional del causante, quien conocía los poderosos efectos de esa medicina (327)

Hacia 1799, se aplicó por primera vez en Inglaterra, en el caso *Cruden versus Fentham*, el principio de asunción del riesgo (suponiendo dicha defensa, que la aceptación o exposición voluntaria de la víctima al daño o a un conocido peligro, exime al demandado de responder por el daño). El *Assumed risk* fue una absoluta defensa de responsabilidad si un empleado asumía el riesgo voluntaria y con conocimiento del mismo. Pero esa defensa que, como dicen Koenig y Rustad (328), era pro-

323. *Ibidem*, p.p. 2 a 7.

324. RABIN, Robert L., *Perspectives on Tort Law*, Aspen Law & Business, 1995, Preface, p.xiii.

325. *Ob. Cit.* 13.

326. *Ibidem*, p. 27.

327. *Ibidem*, p.p. 27 y 28.

328. *Ibidem*, p.33.

empleador, resultaba particularmente dura pues en ese período, no había seguridad social que cubriera a los trabajadores dañados. La Suprema Corte de Georgia, en 1874, dio marcha atrás respecto de \$ 10,000 concedidos a la viuda de un empleado de una empresa encargada de la administración ferroviaria, el cual fue arrojado de uno de los trenes y arrastrado debajo de las ruedas muriendo instantáneamente. El trabajador había sido advertido del riesgo de que ocurriera actuando sin considerar el peligro como una forma de retornar los beneficios por los generosos sueldos que recibía (329). La negligencia contributiva, enunciada por primera vez en el precedente *Butterfield versus Forrester*, dictado en 1809, fue entendida como aquella situación en las que el mismo demandante contribuye a causar el daño, fallando en los cuidados que le corresponden. Ese principio ha limitado la aplicación de la negligencia del demandado. Ese principio impedía inclusive, toda indemnización a pesar de que habían pruebas de que el demandante había actuado de manera descuidada o negligente (330). Mencionan Koening y Rustad que el 11 de febrero de 1895, un empleado de una empresa ferroviaria que trabajaba como controlador y vigilante del paso peatonal, murió al ser atropellado por un tren que pasó por la vía media hora antes de la hora programada (331). Una Corte de Illinois que no se podía dar la indemnización pues el accidente se había producido al no observar la víctima, el que la vía se mantuviera libre antes de cruzar a pesar de que el tren pasaba a una hora ajena al horario normal. Hacia 1960, se impondrá otro principio de negligencia comparativa. Empero, mientras ello ocurre, el Derecho de *Torts* sufrirá varios cambios.

La doctrina de *last clear chance* o la última oportunidad clara, por el cual la responsabilidad descansa sobre quien tuvo la última oportunidad de evaluar y adoptar los cuidados requeridos según las circunstancias, fue reconocida en *Davies versus Mann*, precedente que data de 1842. Este caso, que como veremos, permitió eludir la rudeza del principio de negligencia contributiva, está referido al daño sufrido por un granjero, dueño de un asno que había sido amarrado a un lado y muy cerca del camino, siendo atropellado y muerto por un grupo de caballos que corría por esa vía a alta velocidad (332). A pesar de que el propietario del asno fue negligente al colocarlo en ese lugar, se admitió que el dueño de los caballos respondiera o sobre él recayera la calificación de negligencia, por considerar que éste había tenido la última oportunidad clara (*last clear chance*) de evitar el choque.

Un caso interesante en materia de responsabilidad por productos, se halla en un precedente dictado en 1852, por el que se determinaron daños punitivos contra una farmacia por las mortales consecuencias que la falta de cuidado en la identificación de un veneno por el boticario. Fue en la sentencia dictada por la Corte de Nueva York, en *Thomas versus Winchester*, la primera vez que se aplicó dicha sanción en esta área.

Serán las cortes inglesas las que desde 1865 en adelante, desarrollen el argumento *res ipsa loquitur* que se puede traducir como *la cosa habla por sí misma*, consistente en una especie de evidencia circunstancial por la cual, a partir de ciertos hechos en evidencia, otros podrían ser inferidos, determinando así la falta de cuidado. El caso *Scott v. London & ST. Katherine Docks Co.* inicia esta forma de análisis (333). Esta prueba es especialmente útil en los supuestos de responsabilidad por productos. Más adelante, ampliamos esta un poco más esta idea.

No solo los precedentes marcaron un hito en la historia del Derecho de *Tort*; también las publicaciones de juristas importantes, contribuyó a aclarar el panorama. El efecto de la revolución industrial en Inglaterra y su impacto en el tema, es descrito por Sir William Blackstone en "Comentarios sobre el Derecho de Inglaterra", publicado entre

329. *Ibidem*, p.35. Un caso similar es el de Michigan Central R.R. Co versus Smithson en 1881. También en este caso, el trabajador asumía el riesgo y recibía elevados sueldos.

330. *Ibidem*, p.33.

331. *Ibidem*, p. 15.

332. *Ibidem*, p. 15.

333. *Ibidem*, p. 15.

1765 y 1768. Esta será un tiempo en el que la fuerza de la acumulación de la riqueza arrasará con el sentido de protección al hombre. Las causas de acción descritas por Blackstone, en su libro, por tener un particular carácter comprensivo, serán aprovechadas al aplicarse este Derecho en las colonias ubicadas en América. La época en la que vivió este jurista inglés es calificada como la era del *Intentional Torts*, admitiéndose muy pocos supuestos de responsabilidad absoluta (334). En un período temprano del Common Law, hubo una percepción que el tort damages podían cubrir la persecución criminal. Hacia 1694, *el writ of trespass* estuvo aún considerado con objetivos penales. Blackstone diferenció entonces, en su obra publicada en 1768, entre las ofensas privadas que involucraban al derecho de *Tort* y las públicas sometidas al Derecho criminal.

Se estructuró un régimen de negligencia profesional que se extiende a la responsabilidad por productos para aquellos que realizaban un servicio profesional (*tradesman*) e inclusive una actividad de comercio, que engloba la colocación de productos en el mercado. Ellos estaban llamados a ejercer, sus labores con integridad, diligencia y conocimiento (335), bajo un estándar riguroso.

Se ha señalado que la *Negligence Era in American Torts*, nace bajo la forma de un paradigma desarrollado hacia el siglo XIX pero que, en una tabla de hechos importantes sobre la "Era de la Negligencia", se inicia, según Koenig y Rustad (336), con un precedente dictado por la Corte Suprema de Massachusetts la cual adopta en 1842, en el caso *Farwell versus Boston and W. R.R. Corp*, el inglés principio de *fellow servant rule* (por el cual se exoneró a una empresa por los daños sufridos por un trabajador, un ingeniero, en la medida que no se probó que ésta conocía de la incompetencia del empleado o lo retenía pese a conocer la incapacidad del subalterno o empleado que generó el daño). Este período se extiende hasta 1944, cuando el Juez Roger Traynor emite una opinión concurrente que sustenta el establecimiento de una política racional para la responsabilidad estricta por productos, en *Escola versus Coca Cola Bottling Co*.

Se puede afirmar que son dos los cambios más importantes producidos en la jurisprudencia y determinan un cambio sustancial en el tratamiento de la materia: el quiebre del principio del *privity of contract* (o doctrina que traduciríamos como de la relatividad del contrato) y la introducción de un concepto más estricto de responsabilidad denominado: *Strict Tort Liability*.

Como se ha explicado, primó una visión generalizada del principio de "negligence", por el cual, se juzga la conducta humana en caso de daños, "*bajo las condiciones prevalentes en determinado tiempo y en el caso particular*" (337), decidiendo el Juez entre intereses en competencia en casos particulares. Se reconoce que el "*Tort of Negligence*" comprende una regla o un deber general del demandado frente al demandante, de ejercer un cuidado razonable para no poner en peligro su seguridad personal y la de sus propiedades aunque dicho deber sea moldeado por las circunstancias y relaciones entre dichas partes y, en segundo lugar, se requiere la violación de un "estándar" de cuidado establecido por el deber.

La tesis por la que las limitaciones en la responsabilidad civil durante el período de aplicación del concepto de negligencia, constituyeron un subsidio a la rápida industrialización del Siglo XIX, a expensas de los trabajadores y consumidores, fue sostenida por Morton Horwitz (338). Las doctrinas de *fellow servant rule*, *assumption of risk* o asunción del riesgo y negligencia contributiva, aplicadas como una absoluta limitación para dar una indemnización, son un claro ejemplo de dicho subsidio. Una

334. *Ibidem*, p.p. 15 y 16.

335. *Ibidem*, p.p. 18 y 19. La frase en inglés es "integrity, diligence, and skill"

336. *Ibidem*, p. 29

337. COOPER, H.H.A, *Ob. Cit.*, *Diez Ensayos sobre el "Common Law"*, Lima, Editorial Universo, 1967, p. 173.

338. KOENIG, Thomas, Michael L. RUSTAD, *Ob. Cit.*, p. 35.

forma de control corporativo durante la era de la negligencia, fue también la responsabilidad vicaria (derivada de la frase latina, *respondeat superior*) por la que se imputa responsabilidad sobre el empleador por la conducta negligente del trabajador o subordinado (339). Este tema y los que ahora, son considerados como medio de defensa del demandado, son objeto de una explicación adicional en las siguientes páginas.

Serían otros fallos como el dictado en *Shanny versus Androscoggen Mills*, dictado en 1876, el que negaría tal defensa. En este proceso, se discutió la pérdida de dos dedos que afectó a un trabajador en su centro de trabajo, cuando su mano entró en contacto con un descuidado aparato en una fábrica textil. Se rechazó dicha defensa bajo el argumento de que el empleador debía proveer un lugar seguro y libre de riesgos. El principio de negligencia contributiva se vería afectado con la imposición, hacia 1942, de la doctrina de *last clear chance* en el caso antes mencionado.

Richard Posner (340), menciona que la negligencia entendida como la falta o la omisión en el ejercicio del cuidado de una ordinaria prudencia por parte del hombre cuidadoso (con rasgos de subjetividad que, como factor de atribución, anima nuestro régimen), ha sido el estándar dominante de la responsabilidad civil por los últimos ciento cincuenta años o más en la mayor cantidad de países en todo el mundo. Para Posner, este estándar, se enfrentó, en el siglo XIX, a la presión de la expansión industrial y a una filosofía individualista. El resultado de ello, fue la externalización de los costos de los accidentes de las empresas hacia los trabajadores y otros individuos dañados.

Koening y Rustad (341) mencionan que la finalización de la segunda guerra mundial marca un período de desarrollo, o el inicio de una Era Progresiva en el Derecho de *Tort* que va desde 1945 a 1960. Ya había sido abolido el principio de *privaty of contract* y habían caído otras limitaciones impuestas. En 1945, es abolido en Inglaterra la doctrina de la negligencia contributiva. En 1947, la American Law Institute modifica el *Restatement of Torts* para comprender los perjuicios intencionales que generan angustias emocionales. En 1960, en el caso *Henningsen versus Bloomfield Motors, Inc.* la Suprema Corte de New Jersey encuentra responsable al fabricante de un vehículo frente a la esposa de un cliente, dejando de lado la doctrina de *privaty*. Este caso, abriría el camino para otros procesos por responsabilidad por productos. En 1963, se da el primer caso en el que se reconoce la *strict products liability* en el caso *Greenman versus Yuba Power Products Inc.* con la opinión desarrollada por el Juez Roger Traynor. En 1965, la American Law Institute aprobó el *Restatement (Second) of Torts* la cual reconoce la indicada *strict products liability* en su Comentario 402A.

Hacia 1965, el mismo instituto aprobaría una enmienda para incluir bajo el Comentario 519, en la responsabilidad estricta, a las actividades anormalmente peligrosas. Hacia 1967, se observa la primera confirmación de sentencia referida a los daños punitivos en una acción de responsabilidad por productos que involucra a Merrell-Richardson, el demandado, quien fue hallado culpable de falsificar los resultados de las pruebas y el marketing realizado en un medicamento contra el colesterol que era inseguro: MER 29. Este fallo fue dictado por la Corte de California en *Toole versus Richardson-Merrell, Inc.* La firma General Motors Corporation fue juzgada y responsabilizada en 1968, por la falta al deber de cuidado en el diseño de un vehículo que ocasionaba daños, en el precedente *Larsen versus General Motors Corp.*

Si bien el principio de negligencia contributiva mantuvo vigencia, el cambio se produjo hacia otra que comparaba los diversos grados de negligencia que hubieran demostrado el demandante y el demandado para determinar si procedía la indemnización. De allí surge el concepto de negligencia comparativa. Florida en 1973,

339. *Ibidem.*, p. 37.

340. Afirmación realizada en un artículo de Richard A. Posner, titulado "A Theory of Negligence", publicado por RABIN, Robert L., *Ob. Cit.*, p. 15.

341. *Ob. Cit.*, p. 50.

reemplazó la *contributory negligence* por la *comparative negligence*. Pero la Corte Suprema de California, adoptó, mediante el precedente *Li versus Yellow Cab Co.* en 1975, como estatuto, la pura negligencia comparativa basada en la extensión de la culpa por las partes, regla que calcula la responsabilidad del demandado en proporción de su culpa o conducta negligente. Así, si el demandante fue responsable del daño en un 75 por ciento, el demandado abonará el 25 por ciento de los costos de los daños. En el régimen modificado, la excesiva negligencia del demandante frente a la del demandado, podía generar la exoneración de éste último. La regla anterior de todo o nada, que contenía la negligencia contributiva, fue abolida por esta corte. Hacia 1988, 44 estados ya la habían eliminado. Pero seis estados del sur, como son Alabama, Delaware, Maryland, Carolina del Norte y Virginia al 2001 aún la mantenían (342).

Señala Guido Calabresi, la orientación de la jurisprudencia de dicho país, en lo que se denomina genéricamente, la responsabilidad del fabricante o "*products liability*", involucraría una forma de análisis que, en términos generales, admite una indemnización para los consumidores, siempre que se establezca el nexo causal, con independencia de la culpa del fabricante y del vendedor (343).

La responsabilidad estricta es impuesta en ausencia de intención o de falta, el *tresspass* que se puede traducir como un acto de invasión a la propiedad, fue considerado una ofensa sometida a un principio de responsabilidad estricta en los albores del common law. La responsabilidad absoluta se impondría para los casos en los que animales salvajes o bestias peligrosas se escapaban sin permitir la exoneración de los guardianes o responsables de estos animales, en base al argumento de que habían adoptado todas las precauciones para prevenir el peligro. Con los años, se tomarían estos principios para imponer responsabilidad estricta para los usos anormales de la tierra. El argumento se trasladaría hacia aquellas actividades de especial peligrosidad, de manera independiente a la culpa de quien las realizaba (344).

Quienes defienden el desarrollo del sistema de *Torts*, consideran que a partir de 1981, hay una retracción del mismo representada en diversos intentos por controlar los daños punitivos y no económicos (referidos al *pain and suffering damage* o por pena o dolor y sufrimiento no físico, moral o extrapatrimonial). Tales modificaciones han sido impulsadas desde el Congreso y a nivel de la regulación de cada estado.

Aunque es evidente que desde nuestra realidad, algunas de estas variaciones nos parecen absurdas, es menester contextualizarlas en un ámbito en donde se trata que las indemnizaciones realmente generen los incentivos para una conducta razonable y de eliminación de los riesgos de parte de los productores.

Por ejemplo, se cita como hecho que prueba el retroceso en el sistema de protección, el que la corte de apelaciones de California redujera en 1981, los daños punitivos declarados en una sentencia por la responsabilidad por productos defectuosos por los daños generados por el Ford Pinto de 125 millones de dólares a solo tres millones y medio (345). En 1986, el estado de New Hampshire abolió el remedio de los daños punitivos mientras que en 1987, New Jersey, Ohio y Oregon adoptó la defensa de la Food and Drug Administration para los daños punitivos; bajo tal argumento, los fabricantes de drogas y medicamentos, podían quedar exonerados de responsabilidad si ellos demostraban que habían cumplido con la previa aprobación del proceso de

342. *Ibidem*, p.p. 52 y 53.

343. CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984, p. 32. Lo interesante de esta propuesta radica en resaltar el "renacimiento de la responsabilidad civil" como tema de relevancia jurídica, explicando el tránsito de la responsabilidad por culpa a la objetiva en el marco de las propuestas que ofrece el análisis económico del derecho.

344. KOENING, Thomas H. Y RUSTAD, Michael L., *Ob. Cit.*, p. 57.

345. *Ibidem*, p. 60.

fabricación del proceso y no habían alterado o fraguado la información que fue requerida, en forma material y relevante.

No habría sido tan estricto ese retroceso en la medida que en 1989, la Corte Federal de Minnesota concedió siete millones de dólares por concepto de daños punitivos en una demanda de responsabilidad por productos que involucraban al dispositivo intrauterino Copper-7.

Hacia 1993, en *Daubert versus Merrel Dow Pharm., Inc.* la corte puso límites al testimonio de expertos, permitiendo que la autoridad judicial sea la que en todo caso, evalúe la validez de la base científica que se argumenta.

Un Tercer *Restatement of Torts*, que precisamente trata sobre la responsabilidad por productos defectuosos ha sido aprobado en el año 1998 por el Instituto Americano de Derecho.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, encontró en 1996, que los excesos en la determinación de los daños punitivos violan el derecho al debido proceso. Fue la primera vez en la historia norteamericana que interviene la *U.S. Supreme Court* en un caso como el indicado (346). No hemos tenido acceso a los montos que se consideraban violatorios de los derechos constitucionales de los fabricantes. En todo caso, los que se fijarían posteriormente, al parecer, no estuvieron incluidos como cuestionables.

Así, el 9 de julio de 1999, un jurado de California, concedió a la víctima en *Anderson versus General Motors*, responsabilidad por productos, 107 millones por daños compensatorios y 4.8 billones por daños punitivos. Posteriormente, estos últimos daños fueron reducidos a solo un billón en un caso en donde el demandante fue severamente quemado por la explosión del tanque del auto fabricado por la General Motors. El año 2000, nos trae que, en Miami, un jurado concedió 145 millones en daños punitivos contra cinco empresas fabricantes de tabaco; en la primera parte del juicio, el jurado halló que los cigarros eran peligrosamente defectuosos. Los casos de acciones contra estas compañías productoras, siguen adelante.

No obstante que el panorama descrito ya permite tener una idea sobre la situación actual del Derecho de *Torts*, son importantes algunos comentarios.

Como se mencionó, en los Estados Unidos de América al igual que en el derecho británico, el "*rule of privity*", constituyó un dogma por el que se reconocía que sólo las partes de un contrato podrían accionar por los daños causados por productos defectuosos colocados en el mercado por el fabricante, no pudiéndose comprender a éste si no había sido parte del contrato de compra venta. Esa regla, se aprecia en la famosa sentencia británica del Juez Lord Abinger. El precedente dictado en *Winterbottom v. Wright* (sentencia de 1842) como el americano *Brown versus Kendall* (dictado en Massachusset en 1850). Habría estado presente un deseo o el ánimo de proteger a la naciente industria automovilística sobre todo en América (347).

Lord Abinger calificó de *absurd and oustrageus* el acogimiento de iniciativas diferentes que permitieran al consumidor o usuario final del producto, accionar de manera directa contra el productor. Se dijo entonces que la concepción social de colaborar con el consumidor era prácticamente desconocida en el siglo XIX (348).

346. *Ibidem.*, p. 61.

347. PONZANELLI, Giulio, ob. cit., p. 54. Este autor ratifica que en su opinión, no solo la culpa se constituyó en un "subsidio" de la emergente industria capitalista sino que conceptos como *privaty of contract*, reforzaron la existencia de filtros o barreras para el ejercicio de acciones. En el caso *Winterbottom versus. Wright*, se negó la indemnización a la víctima de un accidente automovilístico por carecer de nexo contractual con el propietario del vehículo causante del daño por falta de mantenimiento. Prada Alonso cita en este sentido, la obra y comentarios de Harper y James en *The Law of Torts. II*, Boston, Toronto, 1956, p.p. 1039. Alpa tiene en su libro, *Responsabilidad Civil y daño, Lineamientos y cuestiones*, Ob. Cit., p.p. 431 a 446, importantes notas sobre la experiencia norteamericana.

348. PONZANELLI, Giulio, *Ibidem*, p. 58.

Sería la misma jurisprudencia la que de la mano de jueces como Cardozo, Lord Atkin y Traynor, abrió las puertas incorporando un análisis de protección a las víctimas y de abierto corte económico. Para muchos, esa puerta y las ventanas, inclusive, han quedado excesivamente abiertas en perjuicio del sistema y a la larga, de la misma población que pretendían proteger.

La limitación de acción judicial, fue paulatinamente dejada de lado recurriendo a recursos como el *fraud* y el *deceit* (349) los cuales abrían empezado a romper tal "corset" conceptual a partir de excepciones vinculadas al producto inminente o inherentemente peligroso. La vía del análisis del producto peligroso fue utilizada para "destronar" el lugar ganado por la regla del *privity of contract*, lo que se pone en evidencia a partir del caso *Thomas v. Winchester* referido a la venta de un producto que negligentemente fue entregado como otro inocuo y causó la muerte de un tercero no contratante. Se estableció que cuando los productos eran "inherentemente peligrosos para la vida o para la salud", no regía la regla general. Sin embargo, ello creó confusiones (350).

La caída total del principio, se produjo con la sentencia dictada en *Mac Pherson versus Buick Motors Co.*, caso por el que el establece en 1916, que la regla anterior no estaba limitada a los venenos, explosivos o similares. El Juez Benjamin Cardozo estableció en ese caso, que un bien fabricado de manera negligente o defectuosa, pone en riesgo la vida y la salud, y de esa manera, se convierte en peligroso, extendiéndose el deber de cuidado hacia terceros no contratantes (351). Si como resultado de que un artículo fue hecho o fabricado de manera defectuosa, es razonablemente cierto que éste sea un objeto de peligro que ponga la vida en el límite del peligro, el demandado que, en este caso, era el fabricante, debía asumir responsabilidad, como lo hizo *Buick*, por los daños causados al demandante cuando la rueda de madera del vehículo fabricado, se rompió a consecuencia de un defecto (352). La responsabilidad del fabricante ante terceros dañados en su persona y bienes, es admitida de manera generalizada aunque se asume un trato diferente en el campo de los daños económicos (353). La influencia de una visión económica volcada en la preparación de una sentencia judicial queda en evidencia cuando se incorporó una fórmula para determinar la responsabilidad en el precedente dictado en *United States versus Carroll Towing, Inc.* Allí, el Juez Learned Hand, en Nueva York y hacia 1947, fijó una fórmula de negligencia por la que la responsabilidad se aplicaba considerando una determinación ponderada de la probabilidad, la gravedad o severidad del daño y la

349. Véase en este sentido, los interesantes comentarios de PAYET, José Antonio, ob. cit., tomo I, p. 48. Se cita como ejemplo, lo establecido en el caso *Kelling versus Roderick Lean Mfg. Co.* en el se había vendido un arma como segura pese a que el vendedor sabía de la condición peligrosa del bien. Se admitió la responsabilidad en beneficio de un tercero no contratante que sufrió daños al utilizar el arma. También en esa línea argumentativa por la que se sancionaba el ocultamiento de información por el vendedor, se pronunció la sentencia en el caso *Schubert versus J.R. Clark Co.* en la que el vendedor vendió una escalera con un peldaño en mal estado aunque pintado con la finalidad de ocultar su defecto.

350. Cita José Antonio Payet, dos casos, *Devlin versus Smith* y *Statler versus Ray Mfg. Co.* En ellos, el término "inherentemente" peligroso significaría especialmente peligroso en razón del defecto y no por la naturaleza de las cosas, *Ibidem*, tomo I, p. 49.

351. El demandante había adquirido un vehículo de un distribuidor minorista independiente, pero mientras lo conducía una de sus ruedas de madera se rompió causando un accidente y las lesiones del conductor. Aunque el defecto correspondía a una pieza no fabricada por el demandado, el defecto podía ser advertido mediante una inspección razonable que no fue hecha por éste. *Mac Pherson* planteó la demanda contra *Buick* en su calidad de fabricante del producto terminado buscando que ésta responda en base al deber de cuidado. La demandada se defendió recurriendo al principio de ausencia de la relación contractual con las consecuencias descritas.

352. KOENIG, Thomas H. RUSTAD, Michael L., *Ob. Cit.*, p. 31.

353. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, tomo I, p. 51.

carga de las precauciones. Como explican Cooter y Ulen ⁽³⁵⁴⁾, este caso se refería a la pérdida de un lanchón y su carga en la Bahía de Nueva York cuando éste se soltó de la línea de amarres, de donde había sido inadecuadamente atado por el personal de un remolcador contratado para retirar uno de los lanchones que se encontraban atados por una sola línea de amarre a varios pilares. Dicho personal, desamarró el lanchón y como no halló a nadie a bordo de ninguno de los lanchones durante el trabajo diurno, hizo el ajuste pero de manera inadecuada con el resultado indicado. La demanda fue planteada por el dueño del lanchón hundido, argumentando una labor defectuosa ante lo cual contestó el demandado, que la culpa era suya pues no se hallaba su lanchonero quien pudo confirmar que el amarre fuera el correcto. El Juez Hand consideró que la obligación del dueño de tomar precauciones, debía evaluarse en base a tres 'variables: la probabilidad de que el barco pudiera soltarse; la gravedad del daño; el costo o carga de las precauciones adoptadas. La responsabilidad debía aplicarse sobre quien pudiera adoptar las precauciones al menor costo. Para ello, se evaluaría si era menor, el costo de tener al lanchonero o a las personas que debían realizar el amarre, en relación al daño producido multiplicando este último valor, por la probabilidad de que se produzca el perjuicio. Quien pudiera adoptar la precaución a menor costo, respondía por su omisión al no considerarlas y aplicarlas. Era más barato tener a una sola persona, el lanchonero, controlando esta labor, que a todo un equipo por lo que se concluyó en que propietario había sido negligente. Como ya se adelantó, el mecanismo probatorio en beneficio de la víctima, se reforzó al incorporarse la regla *res ipsa loquitur*, la que tiene el carácter de prueba indirecta ofreciéndose al demandante en determinados casos para acreditar la negligencia del demandado ⁽³⁵⁵⁾. A pesar de emplearse el mecanismo probatorio indicado, se aludió a la conveniencia de recurrir a la responsabilidad objetiva del fabricante con carácter estricto en el famoso caso de la Corte Suprema de California, *Escola con Coca Cola Bottling Co. of Fresno*. La demandante argumentó haber sufrido lesiones cuando como mesera, se lesionó por el estallido de una botella de bebida. Aunque el demandado probó que fabricaba su producto en condiciones óptimas, aplicando la regla de *res ipsa loquitur*, se consideró que no había evidencia determinante para descartar la presunción de responsabilidad del fabricante. El Juez Traynor emitió un famoso voto singular por el que señalaba que la responsabilidad debía colocarse en quien pudiera disminuir de manera efectiva los riesgos inherentes a los productos defectuosos ⁽³⁵⁶⁾.

1.2.3.2. La consagración del principio de *Strict Liability* o responsabilidad estricta por productos defectuosos.

Como indicamos, la *Strict Tort Products Liability* quedó establecida de manera definitiva con el caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.* ⁽³⁵⁷⁾, en donde la Corte

354. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Ob. Cit.*, p.p. 400 y 401.

355. Tal doctrina que puede traducirse como "la cosa habla por sí misma" ha sido considerada en diversos casos citados por PONZANELLI Giulio, *Ob. Cit.*, p. 65 y en PAYET, José Antonio, *Ibidem.*, p.p. 61 a 110. Se puede apreciar igualmente, la descripción de los fallos y su interpretación económica en la obra de POSNER, Richard y Landes Willian M, *The Economic structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, and London, England, 1987 y POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little, Brow and Company, Boston Toronto London, 1992.

356. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, p. 109.

357. El demandado era fabricante de una herramienta eléctrica de carpintería que podía ser usada como sierra, taladro y torno. Luego de la explicación del vendedor y la lectura del folleto del fabricante, adquiere la herramienta y mientras la usa con los accesorios para que sirva de torno, la pieza que trabajabas escapó y lo hirió. Como el reclamos de la víctima es posterior al período estipulado para aplicar la garantía, argumentaba el productor haber quedado excluido de responsabilidad. La corte consideró que la defensa del fabricante se mantenía aún bajo las reglas de la garantía de manera independiente de un contrato de compra venta arribando a una

Suprema de California, reconoció en 1962, exponiendo el juez Traynor, los argumentos que sustentaron esta teoría. Se extendió el requerimiento de que el productor garantizara la seguridad del producto, permitiéndose al demandante accionar sin necesidad de probar la culpa del fabricante. La orientación del análisis pasó, de la conducta del causante a la evaluación del producto. Las preguntas en el futuro, serán otras, no en torno al estándar de conducta que debió respetar el causante sino, por ejemplo, el producto se hallaba con las advertencias requeridas, etc.

Se puede concluir en que la objetivación se produjo desde una perspectiva pragmática y empírica destinada a dar una respuesta tuitiva en beneficio de las víctimas con criterios independientes de la culpa y de la relatividad de los contratos.

Los famosos y seductores *leading cases* y los diferentes *Restatements of Torts* asumidos como intentos de clasificación y simplificación del Derecho americano, entre otros antecedentes, condujo a un estándar del producto razonable. Se reconocen tres teorías de responsabilidad que son encuadradas como causas de acción: la *Negligence*, la *Strict Liability* y las faltas a las garantías (*Breach of Warranty*).

Lo interesante del tema es que se observa la posibilidad de recurrir a la negligencia e inclusive, habrían ciertas ventajas en recurrir a ella como parte de una estrategia táctica, en un caso de responsabilidad por productos en tanto se permitiría que el demandante acceda al descubrimiento de cierta evidencia que sería irrelevante si se toma como fuente de acción, la responsabilidad estricta.

Tal sería la opción de revelar la falta de cuidado con la finalidad de que se apliquen sanciones más fuertes (que serían la indemnización punitiva). Introducir la negligencia como causa de acción, también permite que se analice si el demandado cumplió con los deberes de cuidado y negligencia.

Este sistema, orienta el análisis a la conducta del demandado en base a un modelo o estándar y en función del análisis del producto. Además del daño, la prueba gira en torno al deber de cuidado del demandado hacia el demandante, la infracción de ese deber, la causalidad próxima por la que esa infracción genera el daño de manera directa y natural. La noción de causalidad tiene un tratamiento particular en el Derecho de los Estados Unidos de América.

Resulta útil señalar en esta etapa, el concepto de *hombre razonable* que podríamos calificar actualmente, como persona razonable, que es una construcción del *Common Law*, como una mítica e inspiradora figura que, como resaltan Cooter y Ulen (358), es "un ideal, una norma, la materialización de todas las cualidades que demandamos del buen ciudadano" (...) "la prudencia es su guía". La seguridad está siempre primero y es ella la regla que rige su vida. Es riguroso y prudente en el manejo de su dinero y, por ejemplo, siempre registra en los talones de cheques, aquello que pagó. Se mueve, en general, sobre todo en el terreno económico, reuniendo todas las virtudes de un buen comerciante. El hombre razonable está inmerso en una dinámica comercial a partir de la cual, gira el concepto. Su desarrollo tiene relación indudable con teorías económicas de libre mercado en la que la persona tiene un papel dinámico pero en donde la maximización de los recursos y de las posibilidades económicas, es el objetivo.

Además de esa diferencia, Cooper resalta que ya en el derecho inglés (359), se consideraba que el análisis de la razonabilidad de una conducta dependía de la competencia de los intereses como son la magnitud del riesgo, el valor o la importancia de lo que está expuesto al riesgo, el interés por obtener algún objeto, la

conclusión todavía más favorable a la víctima por la que ésta también tenía el camino extracontractual de naturaleza objetiva.

358. *Ob. Cit.*, p. 383.

359. COOPER H.H. A., *Ob. Cit.*, p.p. 186 a 187. El precedente en donde se enunció tal análisis fue hecho en *Candler versus Crane*, en 1951 citado en "Liability for negligent mistatements", *Law Quaterly Review*, Vol. 78, enero 1962, p. 110.

probabilidad de que logre el objeto perseguido o la utilidad del riesgo, y la necesidad del riesgo.

Concluye en que lo que se calificaba con la razonabilidad era la valorización de la previsibilidad del daño.

La responsabilidad estricta o *Strict Liability*, reconoce los problemas que genera discutir sobre la falta o ausencia de cuidado del productor y de la misma manera, las dificultades del consumidor quien no está en capacidad o en posición de detectar el defecto.

Ya el Análisis Económico del Derecho, se encargó de hacer más relevante, una situación real por la que es recomendable indagar quien se encuentra en mejor posición para detectar el defecto y en quien resulta más valioso, en términos económicos, el colocar el peso de los controles, salvo los casos de asunción del riesgo.

Para recurrir a la responsabilidad estricta, se ha considerado la necesidad de probar que el demandado está inmerso en el proceso de fabricación, venta, distribución, o suministro de productos, o arrendamiento; que el producto contiene una condición que es peligrosa más allá de lo racional, o más allá de lo que puede esperar un consumidor ordinario; que la condición existía cuando al tiempo en que el demandante realizó su control o acción; la prueba del daño y la conexión causal en función de que la condición irrazonablemente peligrosa, fuera la causa próxima del daño.

Como veremos, hay una noción de cada tema muy distinta a la que percibimos de acuerdo a nuestra tradición la misma que no incluye, necesariamente, una noción de proximidad en el tiempo entre el defecto y la ocurrencia del daño.

La causa de acción vinculada a la llamada *Breach of Warranty*, o falta en la garantía otorgada que se vincula a la aplicación de Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*), para algunos, trae a colación más una situación contractual en la que se requieren las garantías ofrecidas en tres niveles: las ofrecidas de manera explícita (*express warranty*); las implícitas garantías de comercialización que son aquellas que conforman una implícita representación de que el producto se halla libre de defectos o se encuentra dentro de los estándares de aceptabilidad (*implied warranty of merchantability*); las garantías implícitas de adecuación del producto a los propósitos particulares (o *implied warranty of fitness for a particular purpose*).

Una última causa sería la de los daños presuntamente intencionales que requieren la probanza sobre ese elemento de voluntad. Se afirma se recurre a esta causa en aquellos lugares en donde no se permiten los daños punitivos pero prospera un análisis de estas situaciones como elemento que genera similares consecuencias.

Posee el sistema de los Estados Unidos de América, medios de defensa o respuestas formales generalmente son deducidos por los demandados en los casos de responsabilidad civil por productos. Ellos varían de Estado a Estado. Uno de ellos, es la presencia de un estatuto de limitación que varía en función de las características del reclamo (además de ser variables, según ya se indicó, en función de las regulaciones de cada Estado). En este sentido, hay un plazo para interponer las acciones que se cuenta desde la fecha del daño o de su descubrimiento. Opera también la suspensión bajo aquellos supuestos que impiden o limitan según el caso, interponer la demanda como cuando el afectado no es capaz.

Según la regulación de cada Estado, es posible que el demandado argumente la imposibilidad de identificar que el presunto responsable fabricó y/o comercializó el producto defectuoso. Si el productor o comercializador, logra probar que nunca produjo, distribuyó o vendió el producto en cuestión, la acción será rechazada.

En las mismas líneas, se encuentra la imposibilidad de probar la causa próxima del daño. Según la causa invocada, si el demandado prueba que cumplió con el deber de cuidado que se produjo una alteración del producto o un mal uso, debe ser liberado de la demanda planteada y de carga indemnizatoria.

La falta contributiva de la víctima es un argumento de defensa para algunos Estados. También constituye un mecanismo a favor del demandado la imposibilidad de fabricar un producto seguro.

Si el producto es evidentemente riesgoso y esa condición, puede ser advertida fácilmente, no será responsabilizado el productor en tanto se trata que la víctima actúe también de manera diligente; el uso sofisticado del producto o no acorde a las razonables expectativas de consumo, tampoco se aplicará responsabilidad alguna contra el demandante. La razón es obvia, un régimen dotado de rigidez hacia el productor con todos los que aparecen en la cadena de distribución o venta, no pueden ser responsabilizados por la propia responsabilidad de la víctima. La causa del daño no es un defecto.

Lo contrario, significaría introducir estímulos para una actitud negligente del consumidor o el agraviado. Finalmente, un producto puede contener determinada información o *disclaimer* en su envoltura que involucra las situaciones para denegar o limitar las acciones.

Para que se aplique este medio de defensa, es necesario que la información conste con el producto y según las circunstancias, ello resulte adecuado; el lenguaje debe ser suficiente en términos de claridad para que el promedio de consumidores lo comprendan. Asimismo, estas indicaciones no deben ser excesivas o desmedidas.

Otra defensa involucra analizar el patrón temporal para determinar la defectuosidad de los diseños. Conviene resaltar, sin embargo, que no hay uniformidad en el tratamiento de este tema. Éste reviste dos aspectos: el nivel de los conocimientos sobre los riesgos del producto y el de la técnica respecto de las modificaciones del diseño.

La mayor parte de la doctrina como de la jurisprudencia del mencionado país, han concluido en que la defectuosidad del producto debe medirse en función de la información que el fabricante tenía en el momento de poner el producto en el mercado o en el momento del daño, en el caso de que se justifique el empleo de alguna medida posterior a la puesta en circulación.

Sin embargo, otro sector minoritario, considera la opción contraria, debiendo pronunciarse la autoridad judicial sobre la información que se tiene al momento en que se produce el daño. Esta variación queda en evidencia si se revisa por ejemplo, los efectos que presenta una evaluación como la indicada en el caso de la *thalidomida*.

Sobre *el estado de la técnica o estado del arte ("state of art")*, se alude de un lado, a los conocimientos que maneja una industria o a la costumbre de una rama industrial y, del otro, al nivel alcanzado por el conocimiento científico en un momento determinado. De las dos acepciones, es la segunda la de real relevancia al extremo que se considera en la mayor parte de casos, que los factores tecnológicos son relevantes aunque no determinantes para la evaluación de si un producto es o no irrazonablemente peligroso.

Aquí, se aplica un estándar basado en las expectativas del consumidor, el que se vincula al factor temporal según el cual se juzgará la actitud del fabricante.

Aunque en doctrina extranjera se suele identificar a los riesgos de desarrollo con el estado de la técnica, se asume que el primero está vinculado a un concepto dinámico mientras que el segundo a uno más estático. El estado del arte o de la técnica ("state of art") supone aludir a los patrones de diseño utilizados ordinariamente por una industria o al nivel alcanzado por el conocimiento científico en un momento dado (360). No hay un criterio uniforme respecto del tratamiento del factor temporal en el esquema de la responsabilidad civil por productos.

Si bien se parte de considerar que la información y, en general, los factores tecnológicos resultan relevantes, no serían determinantes en la evaluación de un producto irrazonablemente peligroso. Ello dependerá del criterio que se utilice al momento de resolver si el fabricante pudo prever o conocer el daño que podía causar de colocar ese producto en el mercado.

360. PAYET, José Antonio, *Ibidem.*, Tomo I, p. 142.

Si éste no investigó o lo hizo de manera deficiente y por ello, se generó un riesgo irrazonable, deberá resarcir. Dependerá de una evaluación de las condiciones de acceso a la información y evaluación del riesgo insistiéndose en crear los incentivos para que se dé un adecuado desarrollo o investigación en el sistema.

Frente al *Restatement (First) of the Law of Torts* aprobado en 1939, el *Restatement of Torts (Second)*, aprobado en 1965 por el American Law Institute, marcó un hito pero bajo circunstancias totalmente distintas. El comentario "K" a la Sección 402 A, estableció que el fabricante de un producto "irremediablemente peligroso" no será responsable siempre que el producto se halle adecuadamente preparado y acompañado de las debidas instrucciones y advertencias ⁽³⁶¹⁾.

La responsabilidad por productos puede ser subdividida con arreglo a esta regulación, en tres categorías, defectos de manufactura, de diseño, de advertencias o instrucciones ⁽³⁶²⁾. Debe probar el demandante que el daño fue resultado de una condición de los productos, que la condición fue irracionalmente peligrosa y que la condición existía cuando el producto dejó los controles del demandado.

Como se ha señalado, los daños punitivos han procurado crear desincentivos para conductas reprobables cuando el causante los comete y se considera que por ello, además de la indemnización compensatoria, debe producirse una sanción monetaria contra el causante.

Se ha indicado que se ha constituido en un factor que afecta la posibilidad de determinar con antelación las indemnizaciones, o predecir los costos de los litigios afectando el sistema asegurativo y por esa vía, el precio de ciertos productos en donde se pueden producir situaciones que puedan ser interpretadas como reprobables ⁽³⁶³⁾. Algo similar, ocurre con el daño moral o extrapatrimonial.

Comprende el Derecho de *Torts*, la reparación compensatoria la cual apunta a compensar el daño, el *punitive damage* y el *nominal damage* o indemnización nominal o simbólica cuando se pretende revelar que el demandante sustanció con ligereza su demanda.

Por otro lado, para facilitar la protección a las víctimas, hay todo un desarrollo sobre las acciones de grupo aunque los perjudicados no estén identificados aún, con miras a perseguir una pretensión común. Esta opción y figura jurídica de corte procesal, se conoce como *class action*. El régimen norteamericano ha fijado los requisitos de la misma a través de procesos que han marcado pautas en la responsabilidad del productor ⁽³⁶⁴⁾; recibiendo, los daños masivos, el nombre de *Mass Tort cases*.

Todo ello no ha evitado, sin embargo, que el desarrollo actual del tema revele una crisis de la responsabilidad vinculada como ya se dijo, a la excesiva litigiosidad que se ha introducido a todo nivel de la vida de las personas con la consecuente preocupación por solucionarla.

Un último *Restatement in Torts (Third)* aprobado por el Instituto de Derecho Americano, en 1995, representa, en opinión de Koenig y Rustad ⁽³⁶⁵⁾, un cercenamiento del Derecho de *Tort*. Se habría pretendido establecer reglas más claras para el fabricante en los casos de responsabilidad por productos frente a la verdadera explosión de acciones producidas a partir de 1960.

Con el tiempo, las observaciones al régimen imperante aluden a que la responsabilidad estricta ha sido un elemento que causó confusión y temor a los proveedores.

361. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, tomo I, p.p. 141 y 142.

362. KOENIG, Thomas H. RUSTAD, Michael L., *Ob Cit.*, p. 57

363. Así se expresó Massimo Franzoni invitado para el III Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial llevado a cabo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima, de 14 al 17 de setiembre de 1998.

364. Agustín Viguri Perea en la Obra ya citada, menciona los casos más importantes del *Mass Tort Litigation*.

365. *Ob. Cit.*, p.p. 60 y 61

Se han cuestionado los requisitos probatorios por considerar que fueron excesivamente permisivos para el demandante. Se ha discutido la conveniencia de considerar períodos de prescripción y caducidad de la responsabilidad civil, la limitación de las indemnizaciones y de los honorarios de los abogados o "contingent fees" (366).

Tal situación, habría repercutido y justificado la aprobación de propuestas normativas menos rígidas o estrictas para el fabricante o productor en el seno de la Unión Europea. De allí, el interés por exponer lo ocurrido con el Derecho norteamericano. Como indicamos, las propuestas para solucionar esta crisis habrían sido incorporadas, aunque con modificaciones, a la ya citada Directiva Europea de fecha 25 de julio de 1985.

Los precedentes modernos revelaron creatividad ante los daños causados por la producción defectuosa. La jurisprudencia, en todo caso, da cuenta de situaciones sumamente dramáticas.

Ante ellos, los abogados que creemos en una visión equilibrada de la responsabilidad civil, bajo un esquema objetivo y de adecuados incentivos, vemos con preocupación de consumidores, la posibilidad de que, alguna vez, nosotros mismos o nuestros hijos y, en general, nuestros seres queridos se ven afectados por los defectos de los productos. Los hechos que se describen a través de esta investigación.

La defensa profesional nos ha hecho testigos de ataques gratuitos contra muchos empresarios productores, sobre todo, cuando ellos tienen una marca notoriamente conocida en el ámbito nacional como internacional. Por lo general, esta clase de proveedores, como los califica la Ley Peruana de Protección al Consumidor, contratan seguros de responsabilidad civil para sus productos, los que pueden tener un costo elevado. No es, sin embargo, fácil el reconocer que un producto fue defectuoso cuanto más conocido es éste pues indudablemente, ello supone la afectación de ese buen nombre, el que, de acuerdo al producto, puede constituirse en una garantía adicional para el proveedor concediendo mayor seguridad al consumidor en cuanto a que consume un producto libre de peligros.

En el Derecho de los Estados Unidos de América, la diferencia en el resarcimiento, está dada de manera particular, por la aplicación de los daños punitivos.

Por otro lado, frente a daños causados por una pluralidad de personas, el Derecho de *Torts*, ha establecido un conjunto de reglas para prorratear o compartir la responsabilidad (*apportionment of liability*) de manera tal que la víctima no quede desprotegida.

Una tesis innovadora es la que se conoce como *market share* (procediendo cuando se conoce que un productor colocó en el mercado, un producto defectuoso que causó daños pero no se puede identificar con exactitud, cual fue el producto que de manera concreta, consumió o usó la víctima).

Otra tesis es la *joint and several liability*, la cual supone que cuando hay varios sujetos a quienes no es posible responsabilizar autónomamente, todos responden de manera concertada o solidaria, por las acciones u omisiones de un solo.

Cuando las acciones u omisiones culposas, son independientes, todos los demandados serán considerados responsables pues no es posible determinar cual de ellos es el causante.

La duda no favorece al sujeto generador de un daño para liberarlo de responsabilidad. Se mantiene bajo la misma línea, la responsabilidad vicaria así como otras reglas para aplicar formas de *sucesión* de la responsabilidad corporativa cuando una persona jurídica, responsable de un daño, constituye otra a la cual también se le aplicará dicha responsabilidad.

Revela la aplicación del *market share*, lo ocurrido con el medicamento comúnmente conocido como DES, producto que era utilizado para el tratamiento de la infertilidad

femenina de carácter secundario ⁽³⁶⁷⁾ o para mujeres que después de tener hijos, sufrían abortos o pérdidas.

Dicho medicamento, tenía una síntesis de hormona femenina –estrógeno– detectándose años después del consumo por parte de las madres, que las hijas desarrollaban embriopatías o alteraciones por el consumo del medicamento durante sus tres primeros meses de vida aunque las consecuencias se hacían evidentes en su edad reproductiva. El útero de las víctimas, como resultado del consumo del producto por sus madres, podían ser hipoplásticos (es decir, de menor tamaño del normal) o desarrollar una forma de cáncer a la vulva sumamente extraño o poco común ⁽³⁶⁸⁾.

Se calcula que en 1977, tres millones de mujeres sufrían algún tipo de particular de tumor pre-canceroso en el cuello del útero ⁽³⁶⁹⁾. Como en la thalidomida, la frecuencia de los casos generó una revisión de las causas y en su momento, del producto utilizado. Como habían transcurrido muchos años desde que se produjo el consumo hasta que los efectos o el daño se materializaron, surgieron problemas para individualizar al responsable para probar la causalidad, bajo la concepción tradicional. Había que detectar y demostrar (lo que prácticamente era imposible) la marca del medicamento que consumió la madre para saber a quien demandar.

Tal concepción fue ciertamente alterada, fijándose en base a un cálculo de probabilidades determinadas por la participación del producto perjudicial en el mercado, ante la imposibilidad de ubicar al autor del daño. Como vimos, esta teoría se extendió y fue aplicada por otros ordenamientos.

Se consideró que el fabricante, al colocar el producto a disposición de los consumidores, en las condiciones indicadas, había incrementado el riesgo o la generación del daño y por tal razón, debía resarcir en función de su participación en el mercado.

La teoría fue planteada en la sentencia dictada por la Corte de California en el año 1977 en el caso *Sindell contra Abbot Laboratories* ⁽³⁷⁰⁾. Pero fueron muchos los Laboratorios demandados.

Previamente había quedado establecida la autorización de la Food and Drug Administration, a diferentes laboratorios farmacéuticos para comercializar este producto hasta que en 1971 se revocó dicha autorización. Por otro lado, los médicos y la indicada institución (Food and Drug Administration) se beneficiaron con la inmunidad prevista en la Federal Tort Claim Act de 1976.

Se ha criticado esta forma de aplicar el nexo causal, pues ella establece responsabilidades en función de los recursos económicos pues se elige al más solvente y ello atenta contra el principio de igualdad jurídica ⁽³⁷¹⁾. El mecanismo, sin embargo, es una herramienta de notable valor frente a los problemas descritos, teniendo vigencia ante daños colectivos y ambientales.

Hay otros casos de la jurisprudencia norteamericana que beneficiarían excesivamente al consumidor creando incentivos para conductas inadecuadas. Éstas aparecen detalladas por Ricardo de Ángel Yagúez y conforman los casos por productos defectuosos en que se detalla a continuación ⁽³⁷²⁾. Se menciona, por ejemplo, uno en el que se concedió una indemnización a una persona que quedó con graves lesiones

367. La infertilidad secundaria se relaciona con la mujer que ha concebido frente a la primaria que es aquella en la que la mujer nunca quedó embarazada.

368. Información médica proporcionada por el Dr. Julio Díaz, ginecólogo, en una entrevista sostenida por vía telefónica, en el primer semestre de 1998.

369. CORBERA GONZÁLEZ DE GARRIDO, Rosa y GARRIDO CORBERA, Lidia María Rosa, “La responsabilidad por participación en el mercado”, en ALTERINI, Aníbal Atilio, *La Responsabilidad, Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Ob. Cit., p. 361.

370. CORBERA GONZÁLEZ DE GARRIDO, Rosa y GARRIDO CORBERA, Lidia María Rosa, *Ibidem*, p.361.

371. *Ibidem*, p 364. Hay lógica en la aplicación de esta tesis en la medida que se tendría en cuenta supuestos diferentes de participación en el mercado dada la óptica de análisis.

372. DE ÁNGEL, YAGUEZ, Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 64.

luego de que se tirara de un paracaídas siendo principiante. Se interpretó que había defecto de avisaje pues las instrucciones debieron señalar que tal producto no era apropiado o recomendable para principiantes. Creemos no es razonable arrojarse de un paracaídas en las condiciones descritas pues resulta claro que no se puede esperar que solo con el paracaídas, se controle la caída, sino que, además, se requiere de entrenamiento previo. La actividad es tan evidentemente peligrosa que opera una percepción de sentido común en cuanto a que no se requiere advertencia especial colocada en el producto para pretender utilizarlo dentro de su normal uso (373). Finalmente, alude el mencionado autor español a una acción declarada a favor de una demandante que sufrió daños al chocar con su auto por ir a velocidades no permitidas. Se interpretó que la culpa no era de la conductora sino del fabricante por desarrollar un vehículo con tales velocidades sin preocuparse que sólo fuera empleado o llegara a ser usado por quien lo dominara. También en este caso, habría supuestamente un defecto de información. Con estos fallos, en todo caso, no quedan muy claros los incentivos para una conducta racional.

Un caso emblemático pero sobre el cual, no hay consenso en los hechos, es el que pasamos a describir, correspondiendo éste, al ya citado fallo dictado a favor de doña *Stella Liebeck* contra *Mac. Donald's* por el derrame de un café caliente. Este precedente ha generado críticas que apuntan a lo irracional que sería el sistema y por ello, hasta hoy se mantiene una discusión en torno a las circunstancias en las que dicha anciana trató de consumir dicho café, en el interior de su auto. Resaltan Koenig y Rustad (374), defensores del sistema de *Tort*, que poco se sabe sobre las verdaderas circunstancias de este caso, habiéndose producido hasta parodias del caso en la televisión en el marco del *Tort reform lobby*. Resaltan estos autores, que el daño a la citada demandante, sin embargo, no tuvo nada de jocoso.

La citada señora habría adquirido el café en la ventanilla del Mac Donalds; pero, según Koenig y Rustad (375), contrariamente a lo que se dice, no conducía el vehículo; menos aún, tal vehículo se hallaba en movimiento cuando se produjo el accidente. El nieto de la víctima que lo habría conducido, estacionó el automóvil en una curva deteniéndolo completamente antes de que la señora, que tenía 86 años al momento del accidente (376), intentara abrir el envase con el café, colocándolo sobre sus rodillas para abrir la tapa de plástico. En ese momento, saltó el café sobre su pecho y piernas siendo inmediatamente absorbido por su ropa. Señalan los defensores del sistema de *Torts*, que el café tenía una temperatura mayor a la normal, de 180 a 190 grados Fahrenheit. Por lo general, el café no supera los 155 grados y en ese nivel, el riesgo de una seria quemadura se reduce sustancialmente. El café en casa, tendría una temperatura de 135 a 140, siendo notoria la diferencia (377).

La señora Liebeck, requirió de hospitalización por una semana y fue necesario de una operación para remover la piel quemada. Ella inicialmente habría aceptado que se abonen los gastos médicos cercanos a \$ 20,000 pero luego la misma empresa productora consideró que no pagaría los gastos si la señora iniciaba una demanda. Ante el proceso, el jurado de Nuevo Mexico, determinó gastos compensatorios por \$ 200,000 y 2.7 millones por daños punitivos (378) por considerar que la empresa puso en

373. No se han comentado los antecedentes del caso. Podrían haberse producido numerosos reclamos previos que revelaban al productor, la presencia de accidentes, situación que es particularmente sensible para los jurados. El registro de antecedentes tiene un valor significativo para juzgar si la circunstancia indicada debió generar acciones concretas del productor para controlar el evento generando un defecto, al conformar el uso previsible.

374. *Ob. Cit.*, p. 7.

375. *Ibidem*, p. p. 7 y 8.

376. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 3 y 4.

377. KOENING, Thomas H. y Michael Rustad, *Ob. Cit.*, p. 7.

378. Aunque hay discrepancias de detalles sobre si fue ese el monto o el de 2,9 millones de dólares según VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 3. KOENING, Thomas H. y Michael Rustad, *Ibidem*, p. 8.

peligro a la consumidora pese a reconocer parte de la culpa de la misma víctima. Los llamados daños punitivos se aplicaron en este caso, para sancionar una ilegal conducta y evitar la repetición del acto cuestionado.

No obstante lo elevada de la indemnización, se ha indicado que los 2.7 millones de dólares solo representaban los beneficios de dos días de las ventas de café en la filial nacional pero no respecto del total de ganancias que obtiene la mencionada empresa en el mundo (379). Es notorio que los parámetros con los que se mide el impacto de la actividad de las grandes empresas y los que nosotros utilizamos para medir la indemnización son muy distintos.

Por otro lado, mencionan Koenig y Rustad, que asumieron la defensa del sistema de *Torts*, que el caso de la señora Liebeck no fue el único que se presentó aunque si el más grave (380). La demandante a través de su abogado, descubrió que había más de setecientos reportes de quejas por daños similares y pese a ello, la empresa demandada, decidió seguir vendiendo el café bajo las condiciones descritas sin considerar los daños que habían sido expresados por los consumidores y de tal manera, el riesgo al que estaba sometiendo a las personas. Constituyó un elemento grave el que no hubieran hecho nada para bajar la temperatura del producto pese a que ya sabía de los riesgos de *su café* y solo tras la demanda, se redujo la temperatura a un nivel más seguro. Imaginamos que un producto en esas condiciones permitía mantener contentos a quienes lo consumieran después de cierto tiempo. Pero, para quienes resolvieron el caso, habría operado una conducta maliciosa pues no se ocuparon ni se preocuparon de advertir los riesgos pues se trataba de un *súper café*. Es oportuno señalar que estos elementos determinan las circunstancias que rodean la previsión de los riesgos por parte del fabricante lo que tiene un efecto impresionante en el jurado y por esa vía, en el resultado final de un proceso.

Sobre los daños causados por siliconas, como uno de los casos más representativo de las acciones de clase, se suele citar el de *Lindsey contra Dow Corning Corp* (381). Se registra, en los inicios de los implantes, el caso presentado en San Francisco, en el año 1964, en pleno auge del top less. Una conocida bailarina de un célebre club llamado Condor, Carol Doda, se colocó hasta veinte inyecciones de silicona de acuerdo a la técnica de la época, con la intención mejorar su busto. Aunque había la posibilidad de que se produjeran daños a los tejidos y ruptura, imaginamos lo terrible que debió ser para cualquier persona pero especialmente para la víctima, como bailarina de un Club importante, ver que la silicona terminó destilándole por todo su cuerpo (382).

La demandada en la acción de *Lindsey contra Dow Corning Corp*, era la fabricante de silicona que había sido descubierta desde 1930 siendo desarrollada para implantes mamarios; hacia los años sesenta, dichos implantes se hicieron comunes. Como se analiza más adelante, al tratar los procesos emblemáticos, como parte de las acciones de clase, ésta incluyó a 200,000 consumidoras afectadas por los implantes mamarios de silicona realizados antes de 1993, contemplándose un acuerdo para los daños que llegaran a producirse en el curso de 30 años posteriores a la demanda. La empresa demandada había publicado en 1976, publicidad en torno a los implantes describiéndolos como muy sencillos (383), afirmando su eterna duración; sin embargo, la publicidad no fue clara sobre las posibles anomalías y secuelas. Fue muy escueta su información en cuanto a que podían generarse reacciones. Hacia 1992, la empresa habría obtenido ganancias netas por 49.50 millones de dólares.

379. Cita realizada por Koenig y Rustad, *Ibidem*, p. 8 y por DE ÁNGEL, YAGUEZ, Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 8.

380. *Ob. Cit.*, p. 8.

381. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 99.

382. *Ibidem*, p. 99.

383. *Ibidem*, p. 111.

No tenemos las cifras exactas pero se calcula que más de un millón de mujeres recibieron estos implantes siendo la mayor parte de las intervenciones por razones estéticas. Al parecer, la compañía *Dow Corning Corp* sabía desde 1976, que había dudas sobre la seguridad del producto. Los experimentos mostraron reacciones inflamatorias y ello solo se descubrió en el proceso cuando la abogada de la demandante María Stern, Nancy Hersh, envió a dos de sus asociados para revisar los archivos de la empresa (384).

Se descubrió que los niveles de ruptura eran mayores a los indicados por el fabricante. Sin embargo, en este caso, *Stern contra Dow Corning*, se llegó a un arreglo antes de que se dictara sentencia. Hay pues, casos en los que la preocupación de ciertos empresarios por los consumidores, ha sido absolutamente inexistente. En todo caso, en el caso Lindsey se obligó a las fabricantes a satisfacer la suma total de 4.25 billones de dólares.

Un caso citado por Koenig y Rustad (385) está referido al accidente causado a un niño por un triciclo defectuoso. La canastilla del triciclo se aflojó mientras el niño lo montaba, introduciéndose una parte del triciclo, en el cráneo del niño a través de la nariz del pequeño de 20 meses de edad, causándole permanentes incapacidades. Uno de los problemas que generaba un diseño peligroso, se vinculaba al color de la canasta y del triciclo el cual era igual, por lo que no se podía advertir que había una púa que definitivamente hacía anormalmente peligroso al producto. Data este caso de 1990 y corresponde a los seguidos por *Beju versus Hanover House*, ante la corte de Nueva York. Este daño, generó una indemnización de 1.9 millones de dólares aunque obviamente, nada haría que el niño volviera a la normalidad.

Ofrece un magnífico laboratorio de acciones, los daños generados por el consumo del tabaco y el desarrollo de los procedimientos contra las empresas. Los casos siguen y algunos son, en verdad, aterradores.

No obstante que hay críticas válidas a los excesos del sistema, ha existido un trabajo valioso ante los daños masivos por productos defectuosos. Esta lucha, prolongada en el tiempo, permitió incorporar la responsabilidad estricta y otras causas de acción o presunciones de responsabilidad.

Se admitió la ampliación del daño indemnizable de particular importancia cuando se trata de conductas maliciosas o malintencionadas, como la de los sujetos protegidos hacia el *bystander* (quien tiene la calidad de tercero no adquirente o consumidor del producto y resulta dañado), por ejemplo.

El análisis de una forma diversa de aplicar la causalidad bajo la teoría de *market share, part du marché* o *causalidad probabilística* ante daños masivos, constituyó un avance en el sistema.

Se ha procurado igualmente, insistir en la evaluación de los criterios de conceptos de costo y beneficio del defecto y de la obligación de cuidado; de asignación de roles como el de *cheapest cost avoider* y de distribución del riesgo.

1.3. Panorama del derecho nacional. El desarrollo de las tendencias.

1.3.1. Codificación y responsabilidad civil.

Las discusiones más importantes en torno a este tema se producen a partir del texto codificado que se impuso en nuestro país dada la fuente foránea y especialmente europea.

Antes de tal proceso, las relaciones jurídicas en nuestro país, tuvieron como marco regulatorio a las *Siete Partidas*, las *Leyes del Toro*, la *Nueva Recopilación* como la

384. *Ibidem*, p. 100.

385. *Ob. Cit.*, p.174.

Novísima Recopilación y otras sin que podamos captar en ellos, elementos valiosos para este estudio.

La independencia de España no nos trajo con rapidez un nuevo Código civil pese a que la Constitución de 1823 así lo ordenó (386). Esta es una muestra más de que los mandatos legales no se imponen como fórmula mágica, por una aprobación del órgano autorizado ni por la promulgación sino que se requiere de otros elementos.

Tras numerosos debates y proyectos, surgió el Código civil peruano de 1852 con cierta propuesta de autonomía, pero iluminado por la intensa luz que irradiaba el derecho francés. El impulso generalizador de la culpa, mantendría su propio perfil y espacio a través del régimen positivo, la doctrina y la jurisprudencia nacional.

Además de la fuerza codificadora, hemos heredado, una escuela de aproximación restrictiva que aún rige los criterios de buena parte de los operadores nacionales, siendo alabada y aplicada pese a su prolongada vigencia pero sobre todo, a los males que siempre la limitaron.

Nos referimos a la transferencia cultural que significó la Escuela de la Exégesis (387), la misma que supondrá una limitación al jurista quien "no debe crear sistemas conceptuales desligados de la legislación" (388). Con dicha escuela, aparece y se desarrolla un jurista positivista que ve en la normativa, deliciosos (por el placer que algunos sienten de no ir contra la corriente) pero también, barrotes que impiden la creatividad para recurrir a otras fuentes, siendo éste, un operador que camina de hecho mucho entre nosotros con más fuerza de la que, conscientemente, él mismo advierte o, en ocasiones, desearía. Las discusiones sobre un régimen más estricto que el culpabilístico impuesto originalmente para todo daño, se trasladaron, desde Europa hasta nuestro país.

Según destaca Carlos Ramos (389), la influencia del *Code de Napoleón* en América ha sido considerada por algunos como la única y más importante fuente para los códigos latinoamericanos. Empero, como bien señala Ramos, si originalmente en el texto legislativo de los códigos había muchas semejanzas, ello no ocurría en el contexto social ni económico.

Las diferencias no impidieron que se procurara reproducir las discusiones sobre el contenido normativo que correspondía aplicar de cada país. Se haría evidente la variación de criterios interpretativos sobre la responsabilidad civil extracontractual o extraobligacional, desde el Código civil de 1852, hasta el Código civil de 1936.

A fines del Ochocientos e inicios del Novecientos, las ideas contenidas en la obra de Salleilles, Josserand y la jurisprudencia francesa, reclamaron una noción más objetiva del daño causado.

Se reconoce, en todo caso, que el Código civil de 1936, fue influenciado por el alemán y el suizo así como por tratadistas como Planiol y Ripert (390).

Aunque la revisión de los textos del Código civil de 1852 y el de 1936 en el tema que calificamos ahora como de responsabilidad civil extracontractual, no muestra sustanciales diferencias, el ámbito de discusión entre la dación de uno y otro texto sería radicalmente distinto.

Hubo en torno al segundo de los nombrados, todo un debate sobre la validez de la teoría del "riesgo creado" para el derecho civil peruano, a partir del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia francesa. Si antes trasladamos el elemento de la culpa, se pretendió "trasladar" hacia nuestro país esa nueva lectura.

Con inspiración francesa en esta parte, el Código Civil de 1852, en su Título Tercero, se ocupó de las "Obligaciones que nacen de delitos o de Cuasidelitos", procediendo a

386. RAMOS NUÑEZ, Carlos, *Ob. Cit.*, El Código Napoleónico y su recepción en América Latina, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima, 1996, p.160.

387. *Ibidem*, p.p. 217 a 238.

388. *Ibidem*, p.220.

389. *Ibidem*, p. 132.

390. *Ibidem*, p. 179.

realizar algunas precisiones. Así, el artículo 2189°, incluyó el concepto de *delitos*, como "los hechos practicados intencionalmente contra la ley", mientras que el artículo 2190°, definió a los *cuasidelitos* como "unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo".

Agregaría el primer párrafo del artículo 2191° del Código mencionado que "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia cause un perjuicio a otro, está obligado a subsanarlo". Esta fórmula, que podía entenderse en sentido general, para la *responsabilidad por hecho propio*, era seguida de cuatro reglas contenidas en sendos párrafos del mismo artículo 2191°, referidas a la responsabilidad calificada por el *hecho de otro*, señalando: a) la responsabilidad del padre y, a su falta, de la madre, por el daño causado por los hijos; b) del guardador por los menores o incapaces a su cargo; c) del maestro respecto de sus aprendices; d) y, en general, del que tenga a otro bajo su cuidado, por los daños que éstos causen ⁽³⁹¹⁾.

A su vez, el 1136° del Código de 1936, especificó, bajo el Título IX "De los actos ilícitos", que "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo". No incluyó este artículo, los otros supuestos que si figuraban en el Código civil de 1852, con el ánimo, según comentaría después Olaechea, de objetivarlos ⁽³⁹²⁾.

Una comparación entre el artículo 2191° del Código civil de 1852 y el 1136° del Código civil de 1936, muestra la influencia del primero de los nombrados en el segundo.

Se diría, entonces que pese a las grandes discusiones de la época, la fórmula general para la responsabilidad por incorporada en el artículo 1136° del Código Civil de 1936 como en su momento, la del 2191° del Código civil de 1852, fue de corte subjetivo siguiendo la propuesta del Código civil francés.

Así lo ratificó Jorge Eugenio Castañeda ⁽³⁹³⁾ quien siguiendo a la mayor parte de la doctrina francesa, afirmó que la noción general adoptada era la tradicional por culpa; la excepción sin embargo, estaba dada en la responsabilidad por las cosas inanimadas la misma que englobaba a los productos en la jurisprudencia francesa.

Como un ejemplo del proceso de separación de temas específicos del régimen general contenido en el Código civil y sobre todo, del reconocimiento de la conveniencia de fijar reglas más estrictas ante determinados supuestos de protección, apareció en la historia (también con influencia foránea), la Ley peruana de Accidentes de Trabajo N° 1378 de 20 de enero de 1911.

Los debates en torno a dicha ley, incidieron en la renovación de la ciencia social y en la reforma de los principios tradicionales de las leyes positivas las que constituyen consecuencia inevitable de las transformaciones materiales del mundo ⁽³⁹⁴⁾. Aunque será difícil saberlo, es interesante preguntarnos, cuántos casos de responsabilidad por productos defectuosos quedaron ocultos tras la tipificación general del accidente de

391. Código Civil del Perú, Lima, Imprenta del Gobierno, 1852, p. 39.

392. Revista de la Jurisprudencia Peruana del mes de junio de 1944. Citada por GUZMÁN FERRER, Fernando, *Ob. Cit.*, 1264 a 1269.

393. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *El daño Aquiliano en la Legislación del Perú*, Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962, p. 565.

394. MANZANILLA, José Matías, *La responsabilidad por los accidentes de trabajo. Discursos Parlamentarios*, Lima, San Martín y Cía., p. 33. Se da cuenta de conflictos de responsabilidad civil en un período de reclamaciones sociales en la ciudad que se trató de encausar para evitar conflictos. En las zonas rurales, se afirma que los trabajadores siguieron sometidos hasta bien entrado el siglo XX a condiciones similares a la de la época esclavista. BARDELLA, Gianfranco, *Un siglo en la Vida Económica del Perú. 1889-1989*, Lima, Ausonia S.A., 1989, p.p. 163 a 168. Sobre las características y alcances de la respuesta jurídica, se puede revisar también, el trabajo de RAMOS NUÑEZ, Carlos, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX, Tomo V, Los Signos del Cambio, Volumen 1, Los repertorios y el periodismo*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. Toda la colección del citado autor, en su trabajo sobre la Historia del Derecho Civil Peruano, es de indudable importancia para analizar lo acontecido en nuestro país siendo necesario recomendar la revisión de todos los tomos publicados y los que seguirán apareciendo.

trabajo. Sea cual sea la respuesta, queda claro que esa ley, fue antecedente de una responsabilidad objetivada.

Cabe resaltar, que la responsabilidad civil habría sido ultraobjetiva al no admitir la ruptura del nexo causal por razones "extrañas al trabajo" y por la imprudencia de la víctima (395).

A nuestros ojos, ello no abogaba por una actitud diligente de parte del trabajador aunque tenía lógica la regla, en un contexto de lucha e imposición de ideas de corte social en el que la víctima constituía el centro de protección por el solo hecho de hallarse sometido a la producción de la época.

Años después, con el tratamiento del tema bajo una figura laboral autónoma y la creación de una institución específica para atender la seguridad social, la discusión dejaría de tener el peso que originalmente se concedió en el ámbito civil.

Hay que resaltar que fue motor del cambio, la necesidad de proteger a las víctimas de las insuficiencias reveladas por la normativa tradicional en el terreno probatorio bajo la doctrina de la responsabilidad por culpa o la del cuasi delito y el examen sobre lo querido por el causante.

Queda claro que los requerimientos sociales, nuevos vientos doctrinarios y un mundo plagado de novedosas maquinas y de complicados inventos capaces de causar daños individuales y masivos, reclamaron cambios.

La Ley de Accidentes de Trabajo fue dictada cuando aún estaba vigente el Código civil de 1852. Sin embargo, ella significó prescindir del criterio de culpa al aplicar la responsabilidad civil. Los "surcos" abiertos, generaron que en el Código civil de 1936, la discusión fuera otra. Tal y como ocurrió en Francia, se deseó ver en el texto normativo, más de lo que él ofrecía y de hecho, se recurrió a otros criterios.

Aunque la tesis de tendencia objetiva quedaría impresa en forma excepcional, la Exposición de Motivos del Código civil de 1936, de manera poco clara, aludió a un presunto carácter general de la misma (396).

La intervención de un elemento que se observaba peligroso, habría justificado según el mismo Olaechea, aplicar un tinte diferente al subjetivo (397).

395. Sobre el artículo 1º de la ley, hubo gran divergencia entre las Cámaras de Diputados y Senado. Prevalció sin embargo, el articulado que señalamos a continuación: "El empresario es responsable por los accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa de él". No se admitió el añadido final del proyecto que decía "Se exceptúan los accidentes derivados de fuerza mayor extraña al trabajo y los que la víctima haya provocado intencionalmente". Consta en los discursos Parlamentarios de José Matías Manzanilla, que el artículo consagró la doctrina del Riesgo Profesional por el que se establecía la responsabilidad del empresario por todos los infortunios "inclusive los provenientes por causa desconocida, de caso fortuito, de fuerza mayor y de imprudencia de la misma víctima. Véase MANZANILLA, José Matías, *Ibidem*, p. 309. Hacia 1939 se publicó una cuarta edición de dicho texto aunque a través de la Librería e Imprenta Gil, S.A.

396. Se señala en el primer párrafo de la Exposición de Motivos del artículo 1136º del Código civil de 1936, lo siguiente: "El Título Noveno contempla los actos ilícitos. Sus disposiciones se orientan en el sentido de coordinar en prudentes proporciones, los elementos objetivo y subjetivo de la responsabilidad. Debe tenerse presente que estos elementos no son incompatibles, sino que se complementan según se apliquen en las relaciones entre los individuos y los grupos o en las ínter individualidades. Sin embargo, el problema de la responsabilidad civil tiende a ser cada día más objetivo procurando la ley suprimir las dificultades derivadas del proceso psicológico constitutivo de la culpa. El principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause daño". Tomado de GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código Civil*, Lima, Cultural Cuzco, Tomo II, Cuarta Edición, 1982, p.p. 1255 y 1256.

397. Un Memorando del señor Olaechea, citado como parte de la Exposición de Motivos del Código civil de 1936, por GUZMÁN FERRER, Fernando, *Ob. Cit.*, p. 1259, precisa como parte de la discusión previa a su aprobación, que: "La noción eminentemente moral de la culpa es hoy la única medida legal de la responsabilidad delictual en el Perú. Y bien, yo estimo que esta medida jurídica es de suyo insuficiente para resolver una multitud de cuestiones que la vida moderna suscita. El fecundo sentimiento de la solidaridad social, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir, como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, el

Mediante comentarios adicionales realizados en el año 1944 ⁽³⁹⁸⁾, puntualizó Olaechea que el artículo 1136° del Código civil de 1936, no eliminó la noción de la culpa, destacando algo que ya observamos y es que este artículo tenía la misma redacción que el artículo 2191° del Código civil derogado, concordando ambos con el artículo pertinente del Código civil francés. Cuando este dispositivo aludía a *hechos*, pretendía resaltar aquellos en los que la voluntad no estaba afectada o interferida por la acción irresistible del caso fortuito o de la fuerza mayor.

Subrayó Olaechea, que la teoría tradicional de la culpa, no satisfacía las exigencias de la vida contemporánea y por tal razón, aunque la redacción era la misma del Código civil de 1852, no se habían dado las "atemperaciones contempladas" en el artículo del derogado código. Así, en los artículos 1142° (referido a la responsabilidad de los padres, del tutor o el curador), 1143° (sobre la reducción equitativa de la indemnización en el caso anterior), 1144° (sobre la responsabilidad de quien tiene a otro bajo sus órdenes), 1145° (sobre la responsabilidad por los animales), la fórmula legal se objetivaba.

De la misma manera, funcionaba la idea del riesgo, cuando se trataba del daño causado por las cosas inanimadas, considerando que este principio se consagraba a partir del artículo 1146° sobre la responsabilidad del dueño de un edificio. Se podía considerar, añadía, que "quien deriva el beneficio debe indemnizar el daño y por que el riesgo deriva de la actividad" ⁽³⁹⁹⁾.

La prueba de la culpa era imposible en el mayor número de casos siendo ello evidentemente superior a las fuerzas de la víctima que soportaría las consecuencias o los efectos del accidente. Sentenciaba Olaechea, que la responsabilidad reposaba, en el derecho de propiedad. El canal en este contexto, era objetivo.

Una de las diferencias se habría ubicado más en los cambios a las hipótesis particulares en relación con el contenido total del artículo 2191° del Código civil de 1852 y la redacción, más breve, del 1136°. Empero, en cuanto a la llamada responsabilidad por las cosas inanimadas, bastaba leer el artículo 2196° del código civil derogado por el del 36, referido en ambos casos, a la responsabilidad del dueño del edificio por la caída del mismo (precepto que además era y es de origen romano) para resaltar las similitudes.

Henri Mazeaud comentó sobre el Código Civil peruano de 1936, que pese al *mejoramiento sensible* de la propuesta incorporada en el Código Napoleónico, nos habríamos mantenido dentro de los principios tradicionales, aunque con ciertas lagunas ⁽⁴⁰⁰⁾. Destacó dicho jurista, que era posible "no admirarse de no encontrar disposición alguna relativa a los daños causados por las cosas inanimadas", preguntándose: ¿Por qué la víctima de un automóvil sería menos bien tratado que la víctima de un coche de tiro? Para Mazeaud, la jurisprudencia francesa había hecho funcionar las mismas reglas de reparación para uno y otro caso. Pero la propuesta concreta no habría quedado clara en el Código civil peruano, razón por la que se requería de una aclaración ⁽⁴⁰¹⁾.

Adquieren particular relevancia, en este contexto, los comentarios que tanto Olaechea como don Eduardo Zuleta Ángel, Embajador de Colombia de aquella época,

principio objetivo derivado de la repartición de los riesgos (...) Es evidentemente conforme a la justicia que todo el que ha creado un riesgo responda de sus efectos con independencia absoluta del factor psicológico; y desde el punto de vista del derecho científico, la noción de riesgo tiende a asociarse a la idea romanista de la falta. Puede decirse que esta amplificación doctrinal constituye la nota característica de la civilización actual, que la legislación ha consagrado en algunos casos, y que la jurisprudencia de los tribunales reitera con su elevada autoridad (...)"

398. Revista de la Jurisprudencia Peruana del mes de junio de 1944. Citada por GUZMÁN FERRER, Fernando, *Ob. Cit.*, 1264 a 1269.

399. *Ibidem*, p. 1268.

400. *Ibidem*. p.p. 1294 y 1295.

401. *Ibidem*, p. 1295.

vertieran sobre el tema (402). Zuleta consideró que el Código Civil de 1936 no dejó de lado la idea de culpa aunque con inversión de la carga de la prueba.

La posición de Olaechea en cuanto a que dicho Código introdujo el principio de responsabilidad por riesgo, habría sido recogida en medio de incongruencias, avances y retrocesos, por la jurisprudencia peruana al igual que la francesa para el caso de determinados accidentes como los de aviación y de tránsito (403). Observamos diferencias en los criterios jurisprudenciales vertidos al amparo de un Código y del otro. Una sentencia publicada en los Anales Judiciales de la Corte Suprema, en el año 1935, expresaba que "El daño sufrido en un accidente de tránsito no es indemnizable sino se prueba la culpa del demandado por infringir los reglamentos de tránsito" (404). Otra publicada en el diario oficial "El Peruano" el 18 de marzo de 1944, y al parecer, dictada el 09 de marzo de 1946, con una óptica distinta, subrayaría que "Para declarar fundada una demanda de daños y perjuicios causados por un tranvía, no era necesario probar la intención o la negligencia del conductor" (405).

Con clara referencia a la ruptura del nexo causal, y un mejor tratamiento técnico, una sentencia publicada en la Revista de los Tribunales del año 1945 (406), mencionó: "La teoría del riesgo no se aplica a los actos derivados de la temeridad o imprudencia de la víctima. No es indemnizable la muerte de una persona atropellada por un tranvía eléctrico, que corría por su línea en una noche lluviosa".

Como indicamos, hallamos en la década de los 40 del siglo pasado, pronunciamientos judiciales por los que, para declarar fundada una demanda de indemnización por daños causados por tranvías, no habría sido necesario requerir la prueba de la intención o la negligencia del conductor. Así se pronunciaron dos sentencias publicadas en los años 1944 y 1949 (407).

Una sentencia recogida por la Revista de la Jurisprudencia Peruana del año 1960, habría ido más lejos aún, al señalar que la compañía de tranvías debía responder por los daños causados por sus servidores aunque el accidente no haya ocurrido por culpa de éstos, sino por la imprudencia de la víctima (408).

Para el caso de las empresas de transporte aéreo, hallamos un fallo publicado por la Revista de la Jurisprudencia Peruana de 1955, en donde se señaló que ellas estaban obligadas a indemnizar por las muertes ocurridas a sus pasajeros en accidentes, aunque éstos sean atribuidas a causas desconocidas (409).

Ya en el año 1960, aparece publicada en la Revista de la Jurisprudencia Peruana, un precedente por el que se rechazó que el Código civil de 1936, se hubiera apoyado en la teoría del riesgo: "La responsabilidad que establece el art. 1136° del Código civil no se apoya en la teoría del riesgo creado; solamente establece una presunción que puede ser desvirtuada si se prueba que el daño fue ocasionado; por causas ajenas a la voluntad del agente; o que se encontraba en estado de necesidad o en condición de inimputabilidad. El dueño de un automóvil responde por los daños y perjuicios ocasionados por un chauffeur a su servicio, si no prueba que el accidente que sufrió una menor era inevitable" (410).

Tal rechazo será más claro en una sentencia publicada en 1979 en la Revista de la Jurisprudencia Peruana, la cual dice "La responsabilidad directa prevista en el artículo 1136° del Código Civil, se sustenta en la teoría de la culpa y no en los criterios objetivos del riesgo creado. Por eso, es infundada la demanda indemnizatoria interpuesta por quien manejando un automóvil a exagerada velocidad, sufre daños en

402. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Ob. Cit.*, Tomo I, p.p. 103 y 104.

403. *Ibidem*, p.p. 109 a 118. Tal libro consigna y comenta numerosos fallos.

404. GUZMÁN FERRER, Fernando, *Ob. Cit.*, p. 1316.

405. *Ibidem*, p. 1321.

406. *Ibidem*, p. 1321.

407. *Ibidem*, p. 1321.

408. *Ibidem*, p. 1321.

409. *Ibidem*, p. 1321.

410. *Ibidem*, p. 1313.

un accidente automovilístico, y está probado que el demandado- quien debidamente autorizado estaba mandando ejecutar un desvío en una carretera- adoptó todas las seguridades exigidas por las circunstancias para evitar accidentes (411).

Lejana se hallaba la posibilidad de considerar alguna opción para la unificación de la responsabilidad civil. En este sentido, hallamos una resolución de la Corte Suprema publicada en el diario oficial "El Peruano", de fecha 29 de marzo de 1982, en la que se señaló que "Las disposiciones sobre indemnización por actos ilícitos no son aplicables para resolver derechos y obligaciones derivados de los contratos, los cuales se rigen por normas diversas" (412).

Por otro lado, en torno a la responsabilidad civil hoy llamada contractual, el Código civil de 1852, incluyó en su artículo 1265°, bajo el Título Cuarto, que se ocupó "De los efectos de los contratos", una fórmula breve pero carente de orden al introducir supuestos distintos.

Mediante dicho artículo se señaló que: "El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención por culpa o dolo de la parte obligada". Incluyó este Código una definición de culpa en su artículo 1266°, en donde se dijo: "La culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia, o negligencia, pero sin propósito de dañar". Se entendió por daños, según el artículo 1272°, "los menoscabos sufridos, y las ganancias que se han dejado de obtener" (413).

La graduación de la culpa fue propia del Código de 1852, apareciendo ella a través de los conceptos vertidos en su artículo 1267° (414), bajo la calificación de culpa lata (consistente en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos o avisados), leve (la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios) y levísima (la omisión de aquellos cuidados que solo puede poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes). No se definió en esta parte, lo que debía entenderse por dolo.

Se habría requerido la presencia de una relación directa entre el daño y la inejecución o contravención sea por culpa o dolo de la parte obligada. Así lo ratificó, una sentencia publicada en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de 1894 (415), la que precisó "Los daños indemnizables son únicamente los que provienen directamente de la inejecución o contravención del contrato".

Otra, publicada en la Revista de Tribunales en 1934, expresaría que "Los daños y perjuicios originados por la inejecución del contrato pueden ser evaluados, fijándose su monto como multa" (416). Rara calificación o más bien, confusión de criterios entre lo que es una multa y una indemnización. Bajo el Título IX, denominado "De la inejecución de las obligaciones", el Código civil de 1936, trató el tema regulando lo relativo a la extinción de las obligaciones sin culpa del deudor en su artículo 1318° y también en el 1319°, en donde se refirió a los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor.

Conforme al artículo 1320°, quedaría sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones, incurriera en dolo, culpa o morosidad y el que de cualquier modo, contraviniera a ellas. Salvo la definición de la culpa realizada en el artículo 1322°, como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las persona, del tiempo y del lugar, no se ocupó éste tampoco de conceptualizar el dolo ni hacer una distinción formal entre la culpa leve y la inexcusable (aunque se debía entender la mayor gravedad de ésta última, a tenor de lo indicado en el artículo 1321°, en donde

411. *Ibidem*, p.p. 1315 y 1316.

412. *Ibidem*. p.1296.

413. Código Civil del Perú, Lima, Imprenta del Gobierno, *Ob. Cit.*, p. 176.

414. Código Civil del Perú, Lima, Imprenta del Gobierno, *Ibidem*, p. 176.

415. GUZMÁN FERRER, Fernando, *Ibidem*. p.1514.

416. *Ibidem*. p.1514.

se especificaba que "La responsabilidad procedente del dolo y de la culpa inexcusable sería exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción es nula"). Figuró en el artículo 1323° del Código civil de 1936, una distinción en cuanto a los daños y perjuicios de los que debía responder el deudor, debían ser en líneas generales, los previstos y los que hubiese podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo, sin embargo, respondería el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación como efecto directo e inmediato.

Con los años y la influencia también foránea, el debate en torno a la responsabilidad civil por los *actos ilícitos*, adquirió nuevos bríos al conformarse una Comisión Revisora del Código civil que dio lugar al que fuera aprobado en 1984. Más adelante, hacemos una reseña sobre el panorama normativo adoptado.

1.3.2. La Responsabilidad civil en el Código civil de 1984.

Frente a ese proceso, conviene analizar aspectos relevantes de las propuestas del Código Civil de 1984 en conexión con el tema que nos ocupa buscando comprender los distintos aspectos que rodean a la figura de la responsabilidad civil.

Como resultado de la discusión y los conflictos interpretativos surgidos tras el Código civil de 1936, el código de 1984 incluyó para la responsabilidad civil extracontractual, una regla general de naturaleza subjetiva contenida en el artículo 1969° con inversión de la carga de la prueba (bajo una imperfecta redacción respecto de la presunción de la responsabilidad por dolo); y, una segunda propuesta en el artículo 1970°, de responsabilidad excepcional bajo la teoría del riesgo ⁽⁴¹⁷⁾ aludiendo a actividades y bienes riesgosos o peligrosos. Se mantiene el requisito de la prueba del daño y la referencia a la relación de causalidad adecuada en ambos casos.

Pero la hipótesis del 1969° permite al causante eximirse de responsabilidad si prueba la ausencia de dolo o culpa, destruyendo la presunción *iuris tantum* impuesta por la misma normativa.

Bajo el supuesto del 1970°, no se plantea una indagación liberatoria en torno a la conducta del agresor; en líneas generales, consideramos que si se prueba el daño y la relación de causalidad adecuada entre éste y el evento dañoso, surge la obligación de reparar. Se rompe el nexo causal, cuando es posible trasladar la generación del daño a la fuerza mayor, al caso fortuito, al hecho determinante de un tercero y al de la misma víctima según lo previsto en el artículo 1972° y en los casos del artículo 1971° del Código Civil.

La Comisión Reformadora del Código de 1984, recibió un proyecto redactado por Fernando de Trazegnies Granda, en el que se incluyó una norma destinada a regular las condiciones para el resarcimiento por los daños causados por los productos defectuosos. Se planteó que el fabricante, debía responder en principio, por los daños que causara el producto defectuoso, considerándose en dicho proyecto, que se hacía extensiva tal responsabilidad a quien hubiere modificado o reparado defectuosamente el producto, si el fabricante demostraba que esa reparación o modificación había sido la causa total o parcial del daño ocurrido.

Según menciona Fernando de Trazegnies ⁽⁴¹⁸⁾, con la finalidad de desalentar la venta de productos defectuosos, se señaló en el Proyecto que el vendedor respondía solidariamente si se acreditaba que conocía la existencia del defecto. Asimismo, la víctima no tendría derecho a la reparación si mostraba que conocía el riesgo del defecto antes de utilizar el producto en la forma que causó el daño y a pesar de tal conocimiento, asumía dicho riesgo.

417. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Ob. Cit.* Tomo I, p. 169.

418. *Ibidem*, Tomo II, p. 285.

El Proyecto incluía igualmente, un precepto general tendiente a permitir la liberación de responsabilidad del fabricante en caso de detectarse el defecto después de vendido el producto lo que se lograba a través de un anuncio público de la existencia del defecto y el ofrecimiento de reembolso de su valor a cambio de la devolución del producto o su sustitución por otro a los que lo hubieran adquirido y así lo solicitaren. Esa propuesta propugnaba como principio, la responsabilidad objetiva para el fabricante con “miras a la distribución social de los riesgos” (419). Ella fue, sin embargo, rechazada.

No hay claridad sobre las razones por las que la Comisión Revisora se negó a aceptar tal planteamiento. Se habría afirmado, en aquel entonces, que la responsabilidad por productos no era extracontractual sino contractual pues el medio por el que el fabricante introducía el producto al mercado era siempre un contrato. Una segunda respuesta para justificar la objeción, se orientaría a que si se trataba de responsabilidad civil extracontractual, este tipo de daños podrían ser comprendidos en los artículos 1969º o 1970º del Código. No se requeriría pues, de un artículo particular. Como bien dice Fernando de Trazegnies (420), al tratar el tema, se incurrió en errores definitivamente superados dada la rápida distribución de los productos y, en general, las características de estos daños, suponiendo que la vía por la que se difunden los productos es siempre un contrato o que los artículos de responsabilidad extracontractual podían ser hábilmente empleados siguiendo las reglas de los artículos 1969º o 1970º del Código civil. De esta manera, se llevó “la economía legislativa hasta la avaricia”.

Al parecer, la Comisión habría temido exponer a los fabricantes a las demandas y prefirió que la regulación quedara sometida a cierta oscuridad, de la misma manera que lo hizo con la responsabilidad del Estado aunque tal camino no beneficiara a las víctimas de estos daños. Creencia absurda, en verdad, pues no basta tener una regla legal correctamente articulada para crear incentivos para la interposición de demandas basadas en un daño real. Ayuda mucho tenerla, pero no es así como se establece y aplica con éxito el Derecho. La calidad de los operadores, sobre todo, autoridades y abogados litigantes preparados en el tema, además de mecanismos técnicos sobre todo, para detectar y probar adecuadamente las características del perjuicio, eran y son de suma importancia aún ahora que se tiene una normativa que de manera particular, trata la materia.

José León Barandiarán al comentar el Libro VIII sobre la responsabilidad civil extracontractual en el Código civil de 1984 (421), comentó que en su opinión, el legislador había ponderado los criterios informadores de tal responsabilidad considerando que habían tres: 1) El de la responsabilidad subjetiva; 2) el de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades peligrosas; 3) el de la responsabilidad objetiva. No habría sido posible admitir el tercer criterio "pues ello representaría desconocer el carácter propio de la fenomenología jurídica que importa la responsabilidad desde que aquella respecta al proceder de un sujeto como tal, de una persona que debe ser enjuiciada axiológicamente para determinar lo plausible o lo no plausible de esa conducta" (422). No queda clara la forma en la que se realiza tal juicio en la segunda de las indicadas opciones. Para León Barandiarán, el artículo 1969º del Código Civil, incluía el primer criterio informador conforme al cual como principio, se responde por el daño, cuando juzgada la conducta respectiva, se encuentra que existe una razón suficiente para la responsabilidad. Reconoce en sus comentarios, que este artículo consignó la inversión de la carga de la prueba por lo que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del daño. Sobre el

419. *Ibidem*, Tomo II, p. 286.

420. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Ibidem.*, Tomo II, p. p. 285 a 287.

421. LEÓN BARANDIARÁN, José, “Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual. REVOREDO, Delia, *Ob. Cit.*, Tomo VI, p. 799.

422. *Ibidem*, p. 799.

artículo 1970° del Código civil, mencionó León Barandiarán, que éste incluía un supuesto de “culpa virtual” (423) del agente en la que no se requiere profundizar en la culpa o dolo del agente mientras que de otro lado, dicho artículo se distanciaba de la responsabilidad objetiva según el maestro, pues no se trataba de todos los casos en que se produjera un daño sino sólo de algunos en los que se empleara un instrumento o se realizara una actividad que en sí fuera riesgosa o peligrosa (424). Se entiende por “peligro” a la contingencia inminente de que suceda algún mal (425) mientras que “riesgo” involucra la contingencia o proximidad de un daño (426). La redacción de este artículo puede y debe ser mejorada.

Anota José Antonio Payet al tratar el tema referido a la responsabilidad por productos defectuosos en el ámbito del riesgo (427), que bajo la calificación de bien se incluye a las cosas de manera general mientras que en la definición de actividad, se opta por una acepción acorde con la esencia del proceso que nos ocupa cual es la de involucrar un conjunto de operaciones propias de una persona o entidad (428). Se alude a un bien (o cosa) o a una actividad, resulta importante destacar la proximidad o si se quiere, la inminencia (concebida en términos de mayor intensidad) del daño la que se liga a la hipótesis de defectuosidad por productos, en la ausencia de seguridad. Según el artículo 1985° de nuestro Código civil, la indemnización comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga el interés legal desde la fecha en que se produjo el daño.

Para José León Barandiarán (429), este artículo consagró la regla de la reparación integral a favor de la víctima debiendo prevenirse la presencia de la relación de causalidad adecuada; no se habría explicado, sin embargo, porqué se habla "usándose el giro" del daño a la persona por lo que se explicaría la "sorpresa de Trazegnies cuando trata de este asunto" (430).

La parte referida a la responsabilidad civil de carácter contractual, no incluyó ningún tipo de comentario o preocupación por ligar el supuesto general sobre inejecución de las obligaciones con los daños por productos defectuosos. Ello se desprende de la

-
423. LEÓN BARANDIARÁN, José, “Exposición de Motivos y Comentarios. Responsabilidad Extracontractual, *Ibidem.*, p.p. 800 y 801. Hubiéramos preferido el uso del término "responsabilidad virtual" pues retornar al concepto de culpa solo crea confusiones.
424. LEÓN BARANDIARÁN, José, *Ibidem*, p. 801.
425. Los antiguos y los más recientes diccionarios muestran respuestas similares en torno al término. Por ejemplo, menciona este concepto, CASARES, Julio, Diccionario Ideológico de la Lengua Española, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, S.A., 1959, p. 635. A su vez, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, publicado en Madrid, por Editorial Espasa Calpe S.A., en su Vigésima Segunda Edición, Tomo II, 2001, p. 1715, señala que se entiende por *peligro*, al "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal / lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño".
426. Ocurre lo mismo en este caso que en el de la definición de peligro. CASARES, Julio, *Ibidem*, p. 735. A su vez, *El Diccionario de la Lengua Española* en el Tomo II, de la edición más reciente que existe y que ya fue citada, menciona la misma definición en su página 1971. Por otro lado, FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio y IGLESIAS SÁNCHEZ, María Jesús, en su Diccionario Jurídico, *Ob. Cit.*, p. 322, destacaron también, que el riesgo aludía a la probabilidad de un daño, agregando las implicancias de la palabra en el terreno asegurativo. Éste es un elemento esencial en el seguro consistiendo en la posibilidad de producción de un daño.
427. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 944.
- . PAYET, José Antonio, *Ibidem*, Tomo II, p. 945. Dicho autor menciona que de las cuatro acepciones del término actividad propuesto por el Diccionario de la Lengua Española, como la “facultad para obrar”, la “diligencia o eficacia” y “prontitud en el obrar”, la indicada ratificaría la característica esencial de la responsabilidad por riesgo como es la creación sistemática de riesgos.
429. REVOREDO MARSANO DE BACKEY, Delia, *Ob. Cit.*, Tomo VI, p. 807.
430. *Ibidem*, p. 807.

revisión de los comentarios que Felipe Osterling Parodi hiciera en la compilación realizada por Delia Revoredo (431). Se indicó entonces, que el nuevo código había incluido algunas definiciones, ausentes en el Código civil de 1936, mejorando la sistemática en relación al tratamiento de la mora y de la cláusula penal.

Con todos sus defectos, la secuencia temática de los artículos fue muy superior a la realizada en los códigos de 1852 y 1936.

Se incluyó un supuesto de ausencia de culpa como aquella situación en la que, conforme al artículo 1314° del Código de 1984, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso quien actúa con la diligencia ordinaria requerida.

Cuenta este código con una definición del caso fortuito y fuerza mayor (artículo 1315°); de la imposibilidad de la prestación sin culpa del deudor (artículo 1316°); y con una regla general de no responsabilidad por los daños derivados de la inejecución que, en general, corresponda a causas no imputables al deudor (artículo 1317°). Se definió también el dolo indicando que procede de tal manera "quien deliberadamente no ejecuta la obligación" señalando Osterling (432) que ello ocurre aunque el deudor no desee causar un daño (artículo 1318°).

A su vez, la culpa es objeto de formal graduación en dos niveles. Incorre en la inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación (artículo 1319°), situación que será apreciada con arreglo a las circunstancias. Es culpa leve, la omisión de aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar según el artículo 1320° del Código.

Para Osterling, quedó claramente entendido que el Código civil legisló, en la parte sobre inejecución de obligaciones, situaciones jurídicas diversas a la responsabilidad extracontractual o delictual (433).

La culpa inexcusable siguió hallándose bastante cerca o casi identificada al dolo.

Mediante el artículo 1321°, se estableció que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Pero, conforme al segundo y tercer párrafo de este artículo, aunque la extensión del resarcimiento comprendería en todos los casos, el lucro cesante y el daño emergente, de inejecutarse la obligación o de cumplirla de manera parcial, tardía o defectuosa, por dolo o por culpa inexcusable, la reparación comprendería todos aquellos conceptos que sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si de por medio, hay culpa leve, según el tercer párrafo del artículo 1321°, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Felipe Osterling expresó en torno a tal artículo, que la indemnización "para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321°, el acreedor tiene derecho a exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante" (434). Empero, añadió Osterling que la indemnización debía realizarse en función de "todos los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, trátense de daños y perjuicios previstos o no previstos" (435). No hay mayor descripción sobre el significado pero sobre todo, de los alcances de esta regla. Las teorías de causalidad llenan tal vacío pero no queda clara su aplicación práctica.

431. OSTERLING PARODI, Felipe, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil*, en REVOREDO MARSANO, Delia, *Ob. Cit.*, Tomo V, pp. 438 a 469.

432. *Ibidem.*, p. 445.

433. *Ibidem.*, Tomo V, p. 439.

434. *Ibidem.*, Tomo V, p. 448.

435. *Ibidem.*, Tomo V, p. 448.

Observamos que desde el Código civil de 1852 hasta el vigente, la única constante en los tres códigos, ha sido la referencia (aunque desigual) a que el daño debe tener una "directa" conexión con la inejecución en el contexto que los respectivos artículos han señalado. El origen de tal regla, se vincula con el artículo 1147° del Código civil francés advirtiendo que el artículo 1223° del Código civil italiano también presenta la misma referencia cuando se ocupa del resarcimiento del daño por incumplimiento de las obligaciones.

Como se ha adelantado, este precepto incluye un tratamiento de la relación causal vinculada a la fijación del daño resarcible en la responsabilidad contractual. Pero, más allá de lo que aparece en los textos de los Códigos civiles, importa profundizar en los alcances reales de la regla.

Coincidimos con quienes sostienen que el objeto del nexo causal es doble (436), pues de un lado, imputa al responsable el hecho contrario al ordenamiento jurídico y, del otro, establece "la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible" (437).

Menciona Juan Carlos Venini (438), "si bien ciertos efectos dañosos -pueden reconocer en el tramado de los hechos- una serie indefinida de factores coadyuvantes a su concreción, al derecho le interesa, desde una perspectiva de justicia, determinar cuáles serán los límites que conviene establecer para atribuir el daño a una acción humana o a una cosa por la que deben responder una o más personas."

Creemos que el tema radica en desentrañar la razón por la que se colocó esta regulación y la forma de interpretarla. Aunque Felipe Osterling describe el tema, no lo aborda en profundidad. Lo que si se advierte es la posibilidad de una lectura que rescate la forma en la que puede ser comprendida la proximidad o vinculación entre el incumplimiento de la obligación (como hecho dañoso) con la consecuencia lo que sugiere una noción de regularidad o de aquello que sucede según el orden normal de las cosas, de la mano con lo conocido o cognoscible (439). El tema permite diversas aproximaciones y, de hecho, tocamos el tema de la causalidad en una parte especial de esta investigación. En todo caso, en sus aspectos concretos de aplicación, la causalidad para la inejecución de obligaciones y para la responsabilidad civil extracontractual puede ser desarrollada a partir de elementos comunes.

Según la propuesta del artículo 1322°, el daño moral cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento. Si el deudor para ejecutar su prestación se vale de terceros, responde, según el artículo 1325° del Código civil de 1984, por los hechos dolosos o culposos de éstos salvo pacto en contrario.

Opera la reducción del resarcimiento en función de la gravedad y la importancia de las consecuencias del daño, de acuerdo al artículo 1326°, si el hecho doloso o culposo del acreedor, hubiese concurrido a ocasionarlo. De la misma manera, impone el artículo 1327°, una limitación al resarcimiento el cual no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

Los artículos 1329°, 1330°, 1331° y 1332° del Código civil, expresan lo relativo a la prueba de los alcances de la responsabilidad contractual. La inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, genera una situación de conflicto entre el acreedor y el deudor, que, para que se genere el supuesto de la responsabilidad civil contractual, debe presentarse acompañado de un daño al acreedor.

Probado el daño, se consideró necesario regular lo relativo a la forma en la que se calculará el resarcimiento, con presunciones, con reglas sobre la prueba de la cuantía

436. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 115 a 117.

437. *Ibidem*, p. 116. Cita Juan Espinoza, los comentarios de Franzoni sobre el particular.

438. VENINI, Juan Carlos, *Responsabilidad por daños contractual y extracontractual*, Rosario, Editorial Juris, 1990, p. 13.

439. *Ibidem*, p.p. 14 a 16.

e, inclusive, con la posibilidad de que el Juez pueda aplicarla, de no poder ser fijada en monto preciso, con valoración equitativa.

Como bien señala Osterling, quien no sufre un daño, cualquiera que sea la razón u origen de la inejecución o de su cumplimiento irregular, "carece de título para exigir la reparación", salvo el caso de cláusula penal o cuando los intereses moratorios compensan el retraso en las obligaciones de dar sumas de dinero (440).

Como quiera que la evaluación del daño podía depender de una serie de factores, mencionaba Osterling, muchas veces podía resultar difícil su acreditación en un monto preciso siendo la prueba "más severa cuando se pide el pago de una indemnización por el daño emergente, porque ella es directa"; de otro lado, decía que "Para el lucro cesante el rigor deberá disminuir pues la prueba directa se hace más difícil ya que se trata de hechos futuros, el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones" (441).

No obstante la radical distinción que Felipe Osterling pretendió trazar entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, hay puntos de contacto a partir de la producción de un daño. Obviamente, es necesario un proceso de revisión integral y profunda en aspectos fundamentales como son los términos de prescripción, prueba, factor de atribución, la extensión del resarcimiento, intereses. Habrá que derribar muchos obstáculos conceptuales y tradiciones para lograr respuestas efectivas cuando de por medio, hay situaciones que no reclaman discusiones doctrinarias sino resultados.

Ya el intento por ligar las dos figuras aunque mantengan reglas distintas, se observa en el mismo Código civil peruano, cuando, al referirse a la mora en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial (artículo 1334° del Código civil), se distingue en la mora en obligaciones de dar sumas de dinero y en la del artículo 1985° que se genera desde que se produce el perjuicio.

1.3.2.1. Las opciones del Código civil de 1984 para tratar la responsabilidad civil derivada del defecto de los productos.

Tras esta exposición, la pregunta que cabe hacerse es sobre las respuestas que, en torno a la responsabilidad civil por productos defectuosos prevista en la Ley de Protección al Consumidor se puede hallar recurriendo, supletoriamente, al Código civil peruano de 1984.

Al tratar cuestiones concretas como son el análisis de esta forma de responsabilidad y las características del producto, del defecto y otras figuras, regresaremos en el tema.

La presencia de aspectos que sean considerados oscuros por la autoridad, en la Ley de Protección al Consumidor, puede conducir a la aplicación supletoria de lo indicado por el Código civil. De la misma manera, los sujetos no comprendidos en una restrictiva noción de consumidor, deberán recurrir a la regulación general que ofrece el Código civil.

Lo importante es que la Ley de Protección al Consumidor, ha pasado a recoger e incorporar el tratamiento del conflicto derivado de los daños causados por los defectos de los productos, colocándose en una órbita de tipo extracontractual por lo que cualquier respuesta, deberá ser hallada con cargo al principio de interpretación a favor del consumidor, según señala en su artículo 2°. La norma específica deberá primar sobre la general.

La referencia a que la responsabilidad civil por productos defectuosos se produce hacia las reglas de responsabilidad extracontractual cualquiera que sea la forma en la

440. *Ibidem.*, Tomo V, p.p. 456 a 457.

441. *Ibidem.*, Tomo V, p. 457.

que haya llegado el producto al consumidor, se ratifica por la redacción del artículo 32° de la citada Ley. En esa misma línea, van las reformas de la Comisión responsable de elaborar las propuestas de reforma del Código civil, encargándose de su sustentación en los distintos eventos de su difusión (442). Coincidimos con este planteamiento.

Pero es importante considerar cómo deberían ser interpretados aquellos supuestos que, según la autoridad que resuelva un caso concreto, deban ser analizados en conexión con el Código civil.

Las posibilidades de armonizar la interpretación a efecto de no imponer tratos diferenciados deben constituirse en un objetivo. Ello supone superar la discusión sobre si ambos regímenes admiten la armonía o son irreconciliables (443) siguiendo los artículos 1314° a 1332° sobre inexecución de obligaciones y los artículos 1969° a 1988° sobre responsabilidad civil extracontractual (444).

Coincidimos con quienes consideran que la discusión sobre la distinción tiene, en la actualidad, un carácter más bien bizantino (445). Si un daño se ha producido sobre todo en este ámbito, no puede ser objeto del Derecho, embarcarse en una discusión de regímenes o dogmas sino, más bien, analizar el tema y generar, de tener sustento la pretensión, una reparación efectiva y rápida que acerque al sujeto afectado, a la misma o la más cercana posición que tenía antes de producido el perjuicio, cuestión que, es un objetivo reconocido tanto en la responsabilidad derivada de la inexecución de un contrato como en la que se genera por la infracción del deber genérico de no dañar.

Para nosotros, no obstante reconocer las diferencias de tratamiento, se debe ponderar la función resarcitoria.

Sin embargo, si hubiera alguna duda sobre esta premisa, habrá que tener en cuenta que esta modalidad de responsabilidad civil, impone con mucha mayor fuerza, el enfrentar cualquier diferencia con ánimo unificador, aunque ambos regímenes presenten diferencias.

Constituye una realidad que la responsabilidad contractual u obligacional ha sido analizada tradicionalmente, bajo una dinámica diferente a la extracontractual. En función del diferente origen, se han "rendido homenajes" y elevado el pacto o el acuerdo del que proviene esta forma de responsabilidad, idealizando el principio de la autonomía de la voluntad en el contrato, a la que se reconoce indudable eficacia creadora, pero además de involucrar el consenso de dos o más voluntades, busca obtener "una finalidad que el Derecho les permite alcanzar" (446). El contexto que nos ocupa, impone la impersonalidad de las relaciones, la masificación de las mismas además de complejidad y sofisticación en la producción y distribución de productos.

Si un *bystander* o a una persona que recibe el producto de manera absolutamente gratuita, es dañado por un producto (un automóvil defectuoso en sus frenos, por ejemplo), cabe preguntarse en las diferencias que habría, en el mundo actual, entre éstos y los que lo compraron, recibiendo el mismo daño. Las tiendas de ventas de vehículos o sus fabricantes, imparten muy poca información a las personas para asumir que hay condiciones particulares en uno y en otro caso.

Leysser L. León (447), al aludir a la teoría del *cúmulo* o concurso de responsabilidades, que ella ha sido "una situación y una solución elaborada en vía interpretativa, por la

442. Sobre el particular, tomamos como base lo indicado en la página 21 de la separata Especial del diario oficial "El Peruano", publicada el 11 de abril de 2006, al ubicar la responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

443. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob Cit.*, p. 49.

444. Podemos revisar en este sentido, el cuadro preparado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ibidem.*, p.p. 46 y 47.

445. *Ibidem.*, p. 51.

446. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del Contrato privado*, Lima, Cultural Cuzco S.A., Tomo I, 1983, p. 51.

447. LEÓN, Leysser L., *Ob. Cit.*, p. 22.

jurisprudencia extranjera” siendo los ejemplos más citados precisamente, los daños por productos defectuosos.

Francisco Jordano Fraga (448), destacó que la responsabilidad contractual es un tema clásico del Derecho patrimonial, lo que ha favorecido a "la formación de una doctrina consolidada cuyo cuestionamiento parece labor imposible o de utilidad dudosa. Pero resalta Jordano Fraga, "ni la doctrina clásica es tan sólida como para resistir un análisis crítico, ni -si se me consiente la ironía- tan clásica como lo dan a entender los sucesivos reenvíos doctrinales de la misma" (449). El dato fundamental, sería la preexistencia de la obligación cualquier que sea su fuente, "frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no injerencia dañosa en la esfera personal ajena" (450). Otra diferencia está centrada en la naturaleza del interés lesionado que constituye una *expectativa creditoria no satisfecha* contra la lesión de un interés consistente en el daño injusto (451).

Reconoce Jordano Fraga que se ha producido una sustancial aproximación de ambas responsabilidades en el ámbito de los bienes o intereses protegidos y por la afirmación de una responsabilidad objetiva unida a la idea de riesgo, explicándose la tendencia doctrinal que plantea la necesidad de un estudio unitario de la responsabilidad o que al menos cuestiona la conveniencia de una radical separación entre ambos campos (452). Resalta este autor, que la responsabilidad contractual es, en todo caso, algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación convirtiéndose en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un interés distinto del de la prestación (453). Lo que surge entonces, es una relación compleja en la que se halla inmersa no sólo la responsabilidad por incumplimiento sino también la precontractual y la derivada de los deberes de protección y seguridad, situación que genera una más amplia posibilidad de concurso de ambas clases de responsabilidad (454).

La responsabilidad contractual surge (que duda cabe) del daño producido por la inejecución o por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una prestación asumida por las partes, dentro de los límites pactados y reconocidos a la autonomía de la voluntad por el ordenamiento jurídico. Conviene recordar en este contexto, que la inejecución se deriva del compromiso de brindar seguridad en el consumo del producto.

Por otro lado, la relación que liga a la víctima y al responsable en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, proviene de un daño, que es, por definición, uno en el que falta el previo acuerdo o la celebración de un contrato. La consecuencia de esa ausencia, generó que en principio, se considerara la necesidad de dotar a este régimen, de reglas que impusieran un trato solidario y favorable para la víctima.

Si en el primer supuesto, se asume la autoregulación de las condiciones para que las partes fijen lo que mejor les conviene en cuanto a la ejecución y la inejecución, no ocurría lo mismo en la hipótesis extracontractual pues se carece de esa previa relación obligacional. Pero cabe evaluar si se mantiene el esquema clásico en las relaciones que genera la responsabilidad civil por productos, por ejemplo, en el producto donado que envenena a las víctimas que lo consumen. Puede concluirse en que no hay allí relación de consumo ni consumidor en los términos de la Ley de Protección al Consumidor no obstante que pueda asumirse también, una relación potencial de

448. JORDANO FRAGA, Francisco, *La Responsabilidad Contractual*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987, p. 25.

449. *Ibidem*, p.p. 25 y 26.

450. *Ibidem*, p.p. 28 y 29.

451. *Ibidem*, p. 29. Se refiere Jordano Fraga, a la idea de Scognamiglio según cita que realiza de la obra de tales autores.

452. *Ibidem*, p. p. 30 y 31.

453. *Ibidem*, p. 31.

454. *Ibidem*, p. 32.

consumo pues en la actualidad, la donación de un producto que regularmente es colocado en el mercado, tiene un efecto publicitario implícito.

Con la presencia de un pacto, se advierte la discusión sobre la libertad de contratar y libertad contractual, las restricciones a la responsabilidad civil y otros temas propios de la contratación que adquieren especial relevancia y, en líneas generales, nos obliga a reflexionar en los parámetros de lo que puede entenderse como relación obligacional previa y el dogma de la libertad cuando el tema que se discute es la seguridad de las personas y sus bienes.

Los amplios campos que se quiso considerar en este terreno, han asistido, en todo caso, como muchos otros del Derecho, al espectáculo de las limitaciones y la socialización que Francesco Messineo denominó "principio de sociabilidad" (455), referido originalmente, a la defensa del contratante débil contra el contratante fuerte, al respeto a la buena fe del contratante, a la integración del contrato mediante la voluntad de la ley y otras formas de intervención del legislador en el Derecho contractual en asuntos considerados como de importancia social (456). Ciertamente, aquí la debilidad proviene de la asimetría informativa entre el proveedor y consumidor pero también entre cualquier sujeto que, sin ser consumidor en sentido estricto, recibe el producto para usarlo y en tal hipótesis, resulta dañado por él.

La autonomía de la voluntad, entendida como "el poder que se reconoce a la persona para poder crear, de acuerdo con otra, obligaciones a cargo de ambas o de una de ellas" (457) y, de la misma manera que en la responsabilidad extracontractual, ha recepcionado el principio de la solidaridad en interés del bienestar individual y el de la comunidad (458).

La igualdad y la libertad jurídica se han enfrentado no solo a las ya clásicas limitaciones impuestas por las leyes o normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres según señalan el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil y artículo 1354° en materia de contratos, sino a una situación diferente. Como ya indicamos, la discusión actual descansa en la asimetría informativa entre los contratantes y las personas en general, sobre la naturaleza y peligrosidad de los productos que circulan en el mercado. Y con ello, el razonamiento, se ha trasladado a los requerimientos destinados a reconocer que las partes no poseen la misma posición al momento de celebrar un acuerdo, mientras que, de otro lado, la rapidez en la circulación de productos, impone un tratamiento que prescindiera de las reglas contractuales no solo por haberse éstas deformados en las transacciones de hoy, sino también para procurar el resarcimiento de las víctimas reconociendo la realidad actual de la colocación de productos y generación de peligros.

Lo cierto es que por las mismas o por similares razones, se ha generado una visión solidaria y protectora en el régimen de la responsabilidad extracontractual, que ha ingresado también, en el terreno de la celebración de acuerdos y en el de la tradicional responsabilidad contractual.

Las "marcadas" discrepancias se diluyen por la lógica referencia a un ordenamiento que reconoce la caída de los dogmas sobre la igualdad de las partes y, con ello, la presencia de una libertad que no es tan exacta pues no se basa en una voluntad adecuadamente informada sobre los costos y los beneficios que una elección acarrea.

455. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, p. 20.

456. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Ob. Cit.*, p.p. 56 a 65. Este autor realiza una cita de otros importantes juristas, expresando que "esta voluntad, para ser verdaderamente común, debe no solo respetar sino también velar por que no se produzcan consecuencias contractuales injustas, y es allí donde la libertad debe actuar con un cuidado exquisito, pues en la medida que en uso de ella se encuentre un instrumento de opresión, la libertad habrá dejado de cumplir el rol que la hace tan deseable: no dañar con la libertad propia la libertad y dignidad ajenas". *Ob. Cit.*, p. 63.

457. *Ibidem*, p.p. 52 y 53.

458. *Ibidem*, p.p. 52 y 69.

Hemos definido en este trabajo, los elementos fundamentales de la responsabilidad civil a partir de la presencia necesaria de una acción u omisión de carácter fundamentalmente antijurídico sea por provenir de un pacto o de un deber general; de un factor de atribución que puede ser subjetivo u objetivo (pero que es objetivo en este ámbito); de una relación de causalidad y, del daño.

Un análisis comparativo del tratamiento dado por el legislador a tales elementos en cada ámbito, puede darnos una idea sobre las posibilidades de hallar respuestas que generen protección.

Sobre el factor de atribución, no hay duda que el criterio general en los casos de la responsabilidad contractual y la extracontractual, es de carácter subjetivo aunque en el último de los casos mencionados, opera la inversión de la carga de la prueba, determinado que sea el daño con la conexión causal. La pregunta que cabe hacerse, es lo que ocurre cuando se juzga la seguridad de los productos.

Creemos que aún en el supuesto contractual, la evaluación de los hechos referidos a un daño y la revisión y análisis de la diligencia ordinaria, ante el fracaso de la seguridad esperada de acuerdo al tipo de producto, nos puede conducir a una radicalización natural del requerimiento de seguridad bastante semejante a la objetivización de la responsabilidad civil según el tipo de actividad o circunstancias el proveedor, por un resultado que no revela satisfacer los principios de respeto a la vida que se construyen con la elevación de la protección al ámbito constitucional.

Aunque preferimos el uso de las fórmulas directas por la que se asuma la responsabilidad objetiva del proveedor que es lo que existe, en nuestra opinión, en la Ley de Protección al Consumidor, al analizar estos casos “grises”, se debe llegar a una respuesta similar en el ámbito que sea cuando se está ante daños que afectan a la salud, la integridad y la seguridad de personas y bienes.

Con el *bystander*, es posible ubicar su defensa en el ámbito extracontractual. El caso de los productos donados, nos colocaría ante la presencia de un contrato.

Los artículos 1314°, 1321° y 1330° del Código civil, pueden darnos importantes pistas sobre el tema. El primero de los nombrados, precisa que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación. En esa línea, añade el primer párrafo del artículo 1321° que la indemnización por daños y perjuicios se aplica contra quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El último de los mencionados preceptos, expresa que la prueba del dolo o de la culpa, corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Conviene tener en cuenta, sin embargo, que hay situaciones que permiten a la autoridad que resuelve, considerar, en función de los hechos, la presencia de pruebas que permitan suponer por lo menos la negligencia inexcusable, debido a la notoriedad o pública evidencia o a un razonamiento lógico-crítico del juez sobre el incumplimiento del compromiso de seguridad, que supone la muerte u otros daños por el consumo de un producto donado, en el ejemplo que hemos considerado. Somos de la opinión que la garantía o compromiso de seguridad se muestra tan afectado por las consecuencias dañosas que afectan la salud de las personas o su patrimonio, y con ello, un lógico juicio negativo capaz de desmerecer la posición del deudor o del obligado generando que los mismos hechos, orienten por la conexión con el consumo, a la imputación de responsabilidad sin que se requiera de prueba adicional. La evaluación *ex post* al perjuicio supone que el juez, deberá atender a los fines del proceso contenido en los artículos I, II, III del Título Preliminar y artículo 190°, numeral 1), 275°, 281° y siguientes del Código Procesal civil de nuestro país reconociendo el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva cuando de por medio, está la defensa de la vida y su integridad como fin supremo sin poder presumir culpa leve y sin necesidad de mantener la pesada carga de probar la culpa inexcusable sobre las víctimas. Es el juez quien dirige e impulsa el proceso y quien, atendiendo a la finalidad concreta del proceso cual es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, puede asumir que el donante-productor, incurrió en

culpa inexcusable dada la notoriedad o pública evidencia de que es el consumo del producto, lo que causó el daño, considerando la trascendencia de los hechos mismos que terminan revelando mayor fortaleza. Se presume culpa leve ante hechos que admiten tal presunción pero no ante otros que no la soportan. Serán éstos los que determinen el quiebre del principio por el que se presume la culpa leve sin necesidad que se requiera evidencias de la culpa inexcusable por parte de la víctima o perjudicado.

Como indicamos, si un fabricante dona leche a una asociación sin fines de lucro y sin que nadie lo sepa ni se pueda aportar pruebas efectivas, por error de uno de sus trabajadores que manipuló el producto, se introduce en él, un veneno que genera la muerte de los invitados a una actividad benéfica, creemos que no podría darse una liberación del productor por falta de pruebas sobre la culpa inexcusable y con ello, solo aplicar culpa leve. Si se prueba que el daño proviene del producto consumido, es lógico suponer que opere un juicio de imputación por un resultado que resulte incompatible con las características del producto. Nadie espera que consumir leche pueda matar. No cabe duda que el estándar de diligencia ordinaria no soporta la grave evidencia de transgresión de la seguridad y atentado a la salud. No será éste el mismo caso si la leche provoca por ejemplo, malestares estomacales por algún otro defecto.

La presunción por la falta de comprobación de los daños y perjuicios, tendría un impacto en el *quantum* de la reparación y en los elementos para medirla sin perjuicio de la evaluación que corresponde al juez según el artículo 1332° del Código civil.

Creemos que si se trata de la producción de bienes riesgosos, el estándar de diligencia ordinaria se elevaría en concordancia con las características de la obligación en cuanto a la producción del producto y la generación del defecto. Ello hace que las diferencias de trato no sean tan notorias.

Por otro lado, con relación al factor de atribución, el artículo 1969° sobre responsabilidad extracontractual contiene la presunción de responsabilidad hacia el causante del daño. Si se produce la "descarga" de esa presunción, o en los supuestos del 1971° y 1972° del Código civil, opera la liberación. Conforme al artículo 1970° del Código civil, aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causare un daño a otros, queda obligado a repararlos, afectándose este juicio de probarse que el presunto autor se halla en los supuestos de los artículos 1971° y 1972° del Código civil. Para este régimen, opera una misma fórmula de causalidad adecuada conforme a lo previsto en el artículo 1985° del Código civil. En todo caso, la hipótesis de una radical separación entre lo que plantean ambos artículos, genera, como ya adelantamos, la necesidad de incidir en el análisis referido de las características del defecto y en general, de los hechos que han causado el daño para llegar a la objetivización de la responsabilidad aún en la hipótesis de tipificar el acto bajo el artículo 1969° o 1970° del Código civil. Por esa vía, inclusive en la posibilidad de orientar el análisis hacia un factor de atribución de carácter subjetivo, sería posible que la prueba del defecto y las consecuencias dañosas nos conduzca a una radicalización u objetivización del factor de atribución tal y como lo hemos expuesto en el caso de la responsabilidad contractual.

La causalidad plantea otro tema en la revisión de los elementos que sustentan la responsabilidad civil. Como ya adelantamos, ella tiene dos facetas fundamentales ligadas entre sí: abre la puerta de la imputación de la responsabilidad y establece las consecuencias del daño resarcible (459). Pero no hay claridad sobre los criterios a utilizar ante un supuesto de responsabilidad civil contractual y extracontractual. El

459. La causalidad, entendida de manera simple, por ahora, es la relación o el nexo susceptible de ligar al responsable con la producción del daño y también establecer los alcances de la reparación, determinación que se realiza en base a una calificación jurídica del legislador. Este tema es tratado de manera sumamente didáctica por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 114 a 157.

tema ha sido tratado de manera desordenada por el legislador de 1984 y de forma que en nuestra opinión, es más bien intuitiva por la autoridad judicial.

Según indicamos, en el terreno contractual, se siguió al artículo 1147° del Código francés (460). El artículo 1321° alude a que la indemnización comprende el daño emergente como el lucro cesante en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución, supuesto que se reserva, para los casos de responsabilidad en la que se incurre en dolo o culpa inexcusable pues en el caso de la culpa leve, se regresa a la figura de lo que podía ser previsto cuando se contrajo la obligación. La causalidad referida a la extensión del daño resarcible en materia contractual mostraría una relación directa con las características del incumplimiento y para los supuestos de una responsabilidad más grave, se ampliaría su extensión. La causalidad prevista para la responsabilidad extracontractual, es la llamada *causalidad adecuada* por la que se indaga sobre las causas que normalmente producen un resultado (461). Empero, esa pauta debe tener en cuenta el principio que reconoce el mismo Felipe Osterling Parodi, autor de la propuesta, por el que, la indemnización debe comprender todo lo necesario para poner o colocar al acreedor en la misma posición jurídica en la que se encontraría si la obligación hubiere sido satisfecha (462). Se advierte que el objetivo es el mismo en ambos regímenes, pues se busca colocar a la víctima en la misma o similar posición en la que se hallaba antes de sufrir el daño.

La causalidad, pese a involucrar un aspecto valioso de la responsabilidad civil, no suele ser revisada con minuciosidad. Ella adquiere particular importancia cuando se rechaza la responsabilidad sobre la base de la fractura del nexo causal (463).

Según destaca Fernando de Trazegnies (464), aunque la responsabilidad por productos defectuosos ya ha adquirido auge extraordinario en países con mayor conciencia de su desarrollo industrial, ello no ocurre pero ocurrirá tarde o temprano en nuestro país. En todo caso, para Trazegnies, los jueces no podían recurrir a los principios generales sin ayuda de "reflexiones adicionales que, fundadas en el equilibrio y la mesura, permitan fijar criterios seguros y equitativos". La situación creada en este campo, era y es tan particular que una aplicación irreflexiva de los principios de responsabilidad civil extracontractual, podría conducir a la desprotección de las víctimas. La ponderación es importante también para evitar acosar a los proveedores o industriales "hasta el punto del desaliento" (465). Obviamente, se pretende tener proveedores responsables eliminando del mercado a quienes no lo son.

Resalta este autor, que de enmarcar la responsabilidad derivada de los productos defectuosos dentro de la esfera contractual se estarían ignorando "los mecanismos más elementales de distribución de los bienes dentro de la economía contemporánea" (466).

Para Fernando de Trazegnies, de mantener el usuario afectado, la calidad de primer comprador del producto adquirido del fabricante, podría hablarse de responsabilidad contractual. Pero como él mismo detalla, ese sería un supuesto extraño pues en el mundo moderno, las transacciones se suceden de manera tal que hay entre el dañado y el productor o fabricante, una cadena de intermediarios. En el supuesto general, se tendría que considerar la ausencia de contrato y una responsabilidad de carácter extracontractual. Por otro lado, tras destacar el tratamiento jurisprudencial nacional (resaltando su falta de riqueza), aludía a que los jueces peruanos no habían tenido problemas para ubicar, bajo el Código civil de 1936, la responsabilidad civil por

460. OSTERLING PARODI, Felipe, *Ob. Cit.*, Tomo V, p. 448.

461. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 313. También se puede recurrir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 114 a 134.

462. *Ob. Cit.*, p. 448.

463. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo I, p.p. 320 y 321.

464. *Ibidem.*, Tomo II, p. p. 288 y 305.

465. *Ibidem.*, Tomo II, p. 288.

466. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *Ibidem.*, Tomo II, p. 287.

productos bajo una esfera extracontractual ⁽⁴⁶⁷⁾ aún en presencia de un contrato, aplicando en todo caso, la inversión de la carga de la prueba y mayor rigurosidad en la prueba liberatoria, lo que no habría permitido una fácil exoneración. Cabe preguntarse bajo el supuesto del producto donado que resulta riesgoso y causa graves daños, que queda del contrato como para reclamar una encendida defensa de las reglas contractuales.

Para Trazegnies, si en la mente de nuestros jueces, ya estaba presente la objetivización de la responsabilidad civil, ese análisis sería ahora más directo y claro al haber una regla explícita ⁽⁴⁶⁸⁾. La hipótesis excepcional de una relación contractual, no debería eludir la aplicación de las reglas que favorezcan la protección a las víctimas. Sin embargo, tras definir los tipos de defectos, señaló dicho jurista, que estaba en la naturaleza del defecto, el hecho de ser riesgoso o peligroso: todo defecto es una fuente potencial de daños, es decir, es capaz de generar riesgos. Si no los genera, los daños no se producirán y no tenemos que preocuparnos al respecto. Pero si el daño se produce a consecuencia de un defecto, entonces tal defecto origina una "contingencia o proximidad del daño"; y ésta es precisamente la definición de riesgo que da el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*. Por consiguiente, anotó Trazegnies que un producto defectuoso es un "bien riesgoso." ⁽⁴⁶⁹⁾.

Para Fernando de Trazegnies y José Antonio Payet, de manera previa a la promulgación de la Ley de Protección al Consumidor, era posible aplicar una responsabilidad objetivada u objetiva, en base al artículo 1970° del Código civil para los daños causados por los productos defectuosos. Si bien se ratificó que está en la naturaleza misma del defecto la de constituir "una fuente potencial de daños", es decir, la de ser "capaz de generar riesgos" ⁽⁴⁷⁰⁾, no hay razón para descartar a los productos defectuosos como una sub-figura o especie dentro de los productos peligrosos.

Señaló José Antonio Payet, debía tenerse en cuenta la probabilidad del daño y la magnitud del mismo que previsiblemente pudieran derivarse de ella ⁽⁴⁷¹⁾. Tal afirmación ha tenido dos elementos de lo que, en el Análisis Económico del Derecho, se conoce como *Hand Fórmula*. Bajo ésta, la que la obligación de adoptar precauciones debía considerarse una función de tres variables tomando la probabilidad de que un daño ocurra, la gravedad del daño y la carga o costo de las precauciones.

Bajo la tesis de la compatibilidad de regímenes ⁽⁴⁷²⁾, se harían relevantes los elementos que concurren al mismo tiempo, en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones pactadas y en la responsabilidad extracontractual, las cuales poseen un principio común y una misma finalidad ⁽⁴⁷³⁾. Tras esta visión, está una indudable noción unitaria de la responsabilidad civil ⁽⁴⁷⁴⁾, por la que sería posible admitir que, de darse alguna interpretación que no admita aplicar la Ley de Protección al Consumidor, la víctima no debería verse limitada en la protección por diferencias de régimen.

Señala Espinoza Espinoza, que la experiencia jurídica italiana no presenta objeciones sino que por el contrario, la tesis de *cúmulo*, como se denomina también a la opción de la acumulación de opciones entre lo que ofrece uno y otro régimen, es de perfecta aplicación ⁽⁴⁷⁵⁾, admitiéndose su otorgamiento si ello involucra mejorar la posición del dañado ⁽⁴⁷⁶⁾.

467. *Ibidem.*, Tomo II, p. 304.

468. *Ibidem.*, Tomo II, p. 304.

469. *Ibidem.*, Tomo II, p. 312.

470. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 314.

471. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p.p. 957 a 959.

472. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 49 y 50.

473. DÍEZ-PICAZO, Luis, Derecho de Daños, *Ob. Cit.*, p. 267.

474. DÍEZ-PICAZO, Luis, Derecho de Daños, *Ob. Cit.*, p. 263.

475. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p. 50.

476. *Ibidem.*, p.p. 50 y 51.

Además de las sentencias citadas en la primera parte de este trabajo, cabe resaltar la Resolución Casatoria, la N° 849-96 de 10 de julio de 1996, emanada de nuestra Corte Suprema por la que se reconoce que la "tradicional dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema: es decir, que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular" (477).

Como vimos, la discusión ha sido planteada también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España (478) a través de diferentes fallos referidos a lo que se conoce como la *yuxtaposición* de la responsabilidad contractual con la extracontractual, la que sin embargo, se concede de manera excepcional, bajo la propuesta doctrinaria por la que ambos regímenes responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, de donde surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente u optando por una u otra o incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (479). No se habría limitado la posibilidad de accionar por considerar que hay un principio de unidad de la responsabilidad que prevalece sobre las distinciones.

Sin embargo, habrían distinguido el Tribunal español, si el motivo de la discusión se refería, por ejemplo, a la incongruencia en tanto la parte demandante basó su reclamación en fundamentos contractuales cuando eran de carácter extracontractuales o cuando la discusión estaba referida a un tema de fondo relacionado con el uso de la normativa de uno u otro régimen. En el primer caso, se recurría a una salida de corte procesal referida al uso del principio *Iura Novit Curia*, contemplado en nuestro país en los artículos VII del Título Preliminar del Código Civil y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil por los cuales los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda o lo haya sido erróneamente (según lo indicado en el Código Procesal Civil). Para el segundo caso, se habría recogido un sistema que admitiría la opción.

Nosotros compartimos la idea de que debe buscarse la protección si se debe recurrir al Código civil debiendo admitirse un análisis flexible. Este es el objetivo de toda regulación jurídica, análisis que se ve reforzado en base a las conexiones de corte constitucional.

Como mencionamos al iniciar esta parte de la investigación, la importancia de este análisis, radica en contener cualquier supuesto que, por discrepancia de detalle o criterios de interpretación del concepto de consumidor, hallemos sujetos que puedan quedar fuera de la aplicación del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor (como el *bystander*, quien sería la víctima de un producto defectuoso que ni compró ni recibió de regalo, el producto pero si fue alcanzado por el daño o la víctima de un producto defectuoso que fue donado). De la misma manera, se ha buscado con este análisis, rescatar una lectura proclive a la protección de recurrirse al Código civil.

Ya que el Código civil nace para cubrir una serie de supuestos generales en función de criterios y reglas específicas, sería importante que la propuesta de modificación del mismo, y concretamente, en el artículo 1979°, sugerido por la Comisión encargada de la modificación del Código civil de 1984 (480), no identifique la condición de la víctima solo con la figura del consumidor que abarca a un sector de la población.

477. *Ibidem*, p.p. 51 y 52.

478. GARCÍA GIL, Francisco Javier, *Ob. Cit.*, p. 739 a 743, DÍEZ-PICAZO, Luis, Derecho de Daños, *Ob. Cit.*, p. 262, entre otros trabajos citados al tratar la situación de España.

479. Las precisiones aparecen en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 30.04.91, 03.12.93, 14.02.94, 17.07.94, 29.11.94, 20.06.95 y 15.06.96. En GARCÍA GIL, Francisco Javier, *Ibidem*, p. 739 a 743,

480. Sobre el particular, tomamos como base lo indicado en la página 21 de la separata Especial del diario oficial "El Peruano", publicada el 11 de abril de 2006, al ubicar la responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

No podemos dejar de advertir la conveniencia de introducir reglas para la determinación del plazo prescriptorio, un esquema de tratamiento de la causalidad, de la prueba, de la extensión del resarcimiento como de la generación de intereses evitando confusiones o discusiones.

1.3.3. La tutela del consumidor y la propuesta de la ley especial para una realidad heterogénea y de recursos escasos.

La protección al consumidor, en el ámbito nacional, adquirió fisonomía propia y rango constitucional. El artículo 110° de la Constitución Política del Perú de 1979 al igual que la Constitución española de 1978, aludió a que correspondía al Estado defender el interés de los consumidores. La vigente a partir de 1993, ratificó dicha protección, resaltando en su artículo 65° que el Estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se ponen a disposición de los consumidores y usuarios, velando en particular, por la salud y la seguridad de la población. El Estado actúa en el marco de una economía social de mercado conforme expone la Constitución en su artículo 58°. No obstante el peso que recibe una norma de carácter constitucional, es fundamental reconocer la necesidad de mecanismos para su aplicación o práctica efectiva.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 716 publicado el 10 de noviembre de 1991, quedó ratificado el paulatino y recurrente proceso de "descodificación" hacia un régimen particular de responsabilidad conexo al de reglas generales, aplicándose éstas últimas, de manera residual. Tal normativa fue dictada como parte de un grueso paquete de medidas adoptadas en el terreno laboral, de fomento de las inversiones y otras (481).

La tendencia hacia la creación de un régimen especial ya se había hecho presente en nuestro país, con el derogado Decreto Supremo N° 036-83-JUS publicado el 28 de julio de 1983 por el que se dictaron normas de protección al consumidor. La Ley N° 23863 dio fuerza y rango legislativo a tal decreto supremo, el mismo que incluyó un artículo particular sobre productos defectuosos.

Al tratar el desarrollo histórico de la responsabilidad civil por productos defectuosos en el ámbito mundial, hemos comentado la regulación de tutela del consumidor. América Latina nos presenta referencias a la incorporación de reglas sobre el tema. Así, en Argentina el artículo 40° de la Ley de Protección al Consumidor, aprobada por la Ley 24.240, vigente desde el 15 de octubre de 1993, alude a los daños del consumidor por los vicios o riesgo de la cosa a la prestación del servicio con una propuesta que se muestra objetiva (482). En México, se dictó la Ley Federal de Protección al Consumidor, la que, publicada el 24 de diciembre de 1992, en su artículo 1°, establece que son principios básicos en las relaciones de consumo, la protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos. Brasil, tiene el Código de Defensa del Consumidor, promulgado mediante la Ley 8.078, el cual entró en vigor el 11 de marzo de 1991, regulando los conflictos de los consumidores en general y la responsabilidad por el hecho del producto y servicio, en sus artículos 12° y 13°.

No pretendemos agotar en esta parte, la revisión de los múltiples aspectos contemplados por la Ley de Protección al Consumidor pues ellos son tratados con

481. Una revisión de lo manifestado por los más importantes diarios de la capital como "El Comercio", "a República" y "Gestión", no muestra un énfasis especial en difundir la noticia.

482. GHERSI Y Weingarten, *Defensa del Consumidor*, Rosario, Santa Fe, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, p. 243.

mayor profundidad al analizar los conceptos propios de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Nuestra intención, por ahora, es la de esbozar sus aspectos fundamentales referidos a su aplicación.

La indicada Ley peruana, realiza una exposición sobre los sujetos comprendidos en ella, los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores refiriéndose a situaciones que corresponden ser analizadas por los jueces, como el acceso a la tutela para reclamar la reparación por los daños y perjuicios a que se refiere el artículo 5°, inciso e) e inclusive otras que se propongan; y, las reservadas a la acción administrativa, como la evaluación de la infracción y aplicación de la multa a que se refieren los artículo 39° y siguientes de la ley mencionada.

La propuesta del artículo 32° de dicha Ley, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, en nuestra opinión, ha tomado principios fundamentales que originariamente, aparecen sometidos al régimen de la responsabilidad civil extracontractual en el Código civil al tratar la extensión del daño resarcible pero, sobre todo, ha recogido elementos específicos de la relación del defecto con la ausencia de seguridad del producto. Para nosotros, la conexión interpretativa supletoria con el Código civil debe producirse en función de dicho régimen sea para considerar el plazo de prescripción que fija el artículo 2001°, numeral 4) del Código civil o un plazo especial. Resultaría importante, sin embargo, como ya adelantamos que en la misma Ley de Protección al Consumidor o en el Código civil, se incorporen reglas, que de manera indiscutible, fijen dicho plazo de prescripción aplicable a estos daños, resumiendo, de la misma manera, por lo menos para estos casos, un esquema claro del tratamiento de la causalidad, de la prueba, generación de intereses y extensión del resarcimiento. Así se evitarían confusiones en el tema.

La propuesta legal de la Ley de Protección al Consumidor, sin embargo, no ha sido percibida por el medio jurídico peruano pues tampoco ha sido difundida de manera adecuada. Ha prevalecido la perspectiva de la acción administrativa a cargo de Indecopi. Los jueces peruanos rara vez la aplican ante casos de responsabilidad civil por daños causados por los defecto de los productos (483), siendo conveniente incluir la materia, en los cursos que imparte la Academia de la Magistratura.

Una revisión integral, revela que la materia regulada por la citada ley, es la protección al consumidor en general, hallándose en ella, principios generales y particulares que rigen la interpretación e integración jurídica, tanto para las cuestiones civiles como para las administrativas en el terreno de la producción defectuosa.

Por ejemplo, contiene el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor un principio valioso que se hace extensivo al tema y, por el cual sus reglas deben ser interpretadas en el sentido más favorable al consumidor. Esta modificación, fue introducida por la Ley N° 27251 de 7 de enero de 2000. Ni la ley y menos el principio, son aplicados para tratar los casos que se presentan. Se suele recurrir al Código civil.

Lo cierto es que, debido a que la Ley de Protección al Consumidor regula la responsabilidad civil por productos defectuosos como la responsabilidad administrativa, hay confusión sobre sus alcances, para quien se asoma a ella sin

483. Con cargo a analizar con más detalle las resoluciones judiciales dictadas en nuestro país, al abordar el análisis de diversos conceptos (producto, defecto, etc.), cabe señalar que estas ausencias se observan en acciones judiciales citando como ejemplos, una por la que se discutió el daño causado por el producto *Dyazide*, la cual es recogida por ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 311 a 315 y en otro proceso indemnizatorio que data de 2001, seguido en Chimbote, por Jorge Nazario Villalva contra Ortiz y otros, incluyendo como responsable demandada a la fabricante, Embotelladora Rivera S.A. por el daño causado por la explosión de una botella de bebida gaseosa que afectó uno de los ojos del demandante. La fundamentación jurídica es la del artículo 1969° del Código civil y si bien la autoridad judicial, realiza citas de doctrina española, se pronuncia en función de lo descrito en el citado artículo del Código civil, declarando fundada la demanda y concediendo una indemnización de S/. 80,000 que viene siendo aún, objeto de discusión pues la sentencia de primera instancia fue apelada y aún no tenemos la información sobre lo ocurrido en instancias superiores.

mayor profundización, situación en la que se hallan la mayor cantidad de operadores jurídicos (484), desconociéndose sus reglas y principios. Obviamente, hay profesionales que la conocen y dominan pero se trata de una minoría.

La simple colocación de las reglas sobre responsabilidad por productos defectuosos en el Código civil, puede colaborar con la difusión y conocimiento de la misma; pero no basta ello para lograr el objetivo de obtener efectividad al permitir que se detecten los defectos y se proteja a las víctimas logrando que se cumpla la función de reparación y prevención.

Como quiera que ya agotamos en las primeras páginas de este libro, el debate sobre el ámbito que corresponde a la acción administrativa y la judicial, es posible mostrar como parte del panorama general, determinados aspectos de la actividad desarrollada por Indecopi en tanto consideramos que ésta tiene incidencia en el manejo civil, a partir de la evaluación especializada de la infracción. La idea es, además, sugerir fórmulas de complementación de criterios que favorezcan un análisis uniforme del tema.

La Ley de Protección al Consumidor se suma a las propuestas de tutela a través de una regulación específica pero de carácter general, destinada a proteger a los consumidores en cuanto a la transmisión de información y distribución de los riesgos tornándose un instrumento defensivo y no solo privatístico (485). Además de mantener una convivencia de reglas de carácter civil con las administrativas introduciendo el Derecho público a las relaciones particulares entre el proveedor y el consumidor, amalgama distintos supuestos como el tratamiento de los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores, los créditos al consumidor bajo la exigencia de transparencia, regulando las características de la relación de consumo en general ante cláusulas abusivas, servicios, reglas para la protección de la salud y seguridad de los consumidores como la de sus intereses económicos por la obtención del resarcimiento, contemplándose también, el derecho de consulta y participación, asesoramiento, asistencia y representación. Se ocupa esta ley, de los mecanismos para la solución de conflictos. Tras ello, se encuentra el reconocimiento de relaciones de consumo asimétricas entre el proveedor y consumidor tanto por la información que uno posee en mayor grado que el otro como también, en distintos aspectos, el poder económico que puede llevar a imponer condiciones que repugnen al Derecho y, lógicamente, a la justicia.

La restauración del equilibrio se produce a través de reglas y principios como de la intervención del Estado mediante entidades especializadas, generalmente, órganos o *institutos de consumo* lo que es una constante en la mayor parte de regímenes en el ámbito internacional.

Resulta un ejemplo digno de seguir, en este tema, la conformación de un texto organizado para comprender la temática y fenómeno del consumo, como el reciente Código de Consumo italiano, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 206 de 6 de setiembre de 2005, el cual incorpora un conjunto de disposiciones generales en su primera parte, aspectos de la educación, información y publicidad en la segunda, la

484. Solo citamos por ahora, un ejemplo. La ley peruana ha adoptado en base a lo previsto en el artículo 3° de la Ley N° 27311, una regulación para la prescripción de las infracciones que es de dos años. La redacción del artículo mismo marca las pautas en cuanto a que está referido al plazo para aplicar la sanción administrativa o la potestad punitiva en materia administrativa, lo que se ratifica con la referencia al Código penal. Sin embargo, ya que la misma ley contempla supuestos de aplicación para la responsabilidad civil por productos, un intérprete poco conocedor de esta dinámica, podría considerar que ese plazo también regiría como plazo para la acción indemnizatoria ante el Poder Judicial (y no solo para sancionar administrativamente), mientras que los criterios del Código penal solo quedarían para los aspectos vinculados a la multa. La normativa debería ser más clara o reforzar la difusión y una interpretación concertada y uniforme.

485. CAFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatori. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, Ob. Cit., p. 5.

relación de consumo en la tercera, el tratamiento de la seguridad y cualidad en la cuarta, la regulación de las asociaciones de consumo y el acceso a la justicia en la quinta, y una última parte de disposiciones finales. Como ya indicamos, se reconoce en su artículo 143º, el principio de irrenunciabilidad de los derechos atribuidos a los consumidores. En ningún caso se admitirá la imposición de otras regulaciones que fijen menores derechos a los mismos.

Creemos que la Ley peruana merece ajustes para cubrir las ausencias en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos como son los referidos al indudable reconocimiento de la causalidad adecuada y el plazo prescriptorio.

Sobre el complemento de protección realizado a través de Indecopi, conviene destacar que, aunque hemos manifestado nuestras críticas sobre aspectos de su funcionamiento, no tenemos duda que en muchas de sus resoluciones, incluyen especializados criterios cuando se aplica la Ley de Protección al Consumidor.

Un ejemplo sobre el ámbito de la acción administrativa y la judicial, se ha hecho evidente en diferentes resoluciones como la N° 095-96-TDI/SDC/INDECOPI, de 11.12.96, la cual si bien se ocupó de los alcances de la responsabilidad solidaria, precisó que el artículo 32º del Decreto Legislativo N° 716, contiene *diversas formas de responsabilidad civil que pueden generarse frente al consumidor* (486).

Una buena exposición de tales ideas, se encuentra en diversos precedentes como en la Resolución 0059-1997-TDC-INDECOPI recaída en el expediente número 028-96-CPC de 28 de febrero de 1997, en la denuncia presentada por doña Rosa Augusto Laos contra Abical Motors S.A. la cual si revela un interesante detalle de la normativa especial respecto de la general contenida en el Código civil, ratificando que aunque la Ley de Protección al consumidor, comprende los supuestos de la indemnización, su otorgamiento en esencia, debe ser concedida por el Poder Judicial (487).

Como ya indicamos, por lo general, ignoran tal normativa y sus efectos, Magistrados que tratan al día, una impresionante cantidad de variados procesos y ante quienes no se difunden ni de manera regular ni especial, los contenidos de la regulación indicada. A pesar de lo expuesto, no podemos negar que en los últimos años, la protección al consumidor fue revalorizada. Aunque hay mucho por hacer, se ha procurado crear las bases de una "cultura de consumo".

Las deficiencias se han advertido tanto en los temas antes descritos como también, originalmente, en la descentralización de las acciones administrativas que impulsa dicha institución lo que va de la mano con la difusión de las posibilidades de defensa en el ámbito nacional y en la coordinación con el Poder Judicial.

Un problema actual referido al acceso a la justicia, se ubica en los altos costos de las tasas para la interposición de procesos administrativos pero también, en la calidad de los fallos que cada vez son menos claros o comprensibles considerando que la institución trata con consumidores que por definición, carecen de información relevante sobre el producto pero también, sobre su defensa, situación que justifica la creación de un ente como el indicado. La simplificación de las resoluciones para resolver con rapidez, ha afectado, por desgracia, la comprensión de las mismas.

Al vincular la responsabilidad civil por productos defectuosos como parte de la protección al consumidor en una normativa especial, tal y como se ha hecho en otros países, se ha fijado el círculo de sujetos protegidos por esa normativa, a aquellos que tengan la calidad de consumidores. La Ley de Protección al Consumidor operaría para un cercano círculo de sujetos que han recibido el producto como resultado de una transacción comercial y que lo utiliza para fines personales, de su entorno familiar o social cercano y nunca para incorporarlo como parte de una actividad comercial o

486. *Ibidem*, p. 308.

487. Se puede hallar este fallo en el Compendio que sobre Jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente al año 1997, publicó Indecopi en Lima, durante el año 2001, p.p. 672 a 679.

productiva. Este análisis ha sido realizado en función de lo previsto en el artículo 3°, inciso a) de la Ley de Protección al Consumidor.

La Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia han adoptado ya un criterio sobre el tema no obstante que reconoce la presencia de "zonas grises" para definir los usos mixtos por ejemplo. Contiene dicho criterio, el precedente *Cheenyi contra Kónica* a que se refiere la Resolución N° 101-96-TDC que es reproducida constantemente en las resoluciones posteriores (488). No sabemos que exista aún, un criterio al interior del Poder Judicial.

No queda clara la situación de los sujetos a los que no les llegó el producto como resultado de una transacción comercial entre proveedores y consumidores. Será menester desarrollar un concepto de transacción comercial y de consumidor potencial más amplio para incluir a lo donado cuando hay un fin promocional (que son la mayor parte de casos) o modificar la normativa. De considerarse no incluidos, quedarían comprendidos en el régimen general del Código civil.

La normativa no distingue entre si la relación de consumo que origina la responsabilidad proviene o no de un contrato. Se aborda, sin embargo, un conjunto de reglas que fijan un factor de atribución, relación de causalidad y otras reglas especiales que se aplican a los consumidores que aunque puede ubicarse como lo hace la mayor parte de ordenamientos jurídicos, en la responsabilidad extracontractual, apuntaría a la unificación de responsabilidades optando por las reglas de la responsabilidad civil con un criterio a favor del consumidor en caso de duda conforme al artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor.

Hay un canal regular que está dado hacia quienes se califican como consumidores, por haber adquirido, utilizado, o disfrutado el producto como destinatarios finales y, según el caso, y de manera excepcional, como parte del entorno familiar o social cercano al adquirente y nunca para incorporarlo como parte de una actividad comercial o productiva, cuestión que se desprende de lo previsto en el artículo 3° inciso a) de la Ley citada y de lo expuesto en la jurisprudencia de los órganos competentes de Indecopi. También se alude en la ley, a los que hayan celebrado la famosa transacción comercial.

La propuesta europea y la vigente en los Estados Unidos de América, son más amplias al comprender al *bystander*, o sujeto no adquirente pero dañado por el defecto del producto, como beneficiado con este régimen.

Conforme al artículo 41° de la Ley 27311 de 26 de junio de 2000, dictada para fortalecer la protección al consumidor (no tanto desde un *sistema* que realmente, aún no tenemos, como pomposamente se afirma en el encabezado de la ley), se precisa que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones de dicha ley.

Aunque ese artículo, pasa a describir los aspectos de la sanción administrativa (de una manera un poco desordenada), allí no solo se fija para efectos civiles y administrativos, un factor de atribución de carácter objetivo, sino que también tal factor se aplica al proveedor, para otras infracciones a regulaciones taxativas o aquellas que sea racionalmente posible requerir al proveedor de acuerdo a las circunstancias.

Consideramos que si bien en Europa, las diferentes regulaciones han señalado que la responsabilidad del productor es objetiva, la misma Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas N° 85/374 del año 1985, ya comentada, a través de otras regulaciones, ha diluido los efectos de tal objetividad si la comparamos con el régimen vigente en los Estados Unidos de América. De la regulación adoptada en diversos países no puede desprenderse una hipótesis general por la que podamos afirmar que la responsabilidad del productor tenga en todos los casos, un carácter semi-objetivo.

488. Pueden revisarse estas resoluciones, en los tres tomos primeros de los compendios de jurisprudencia administrativa dictada de 1997 a 1999 y publicada en el año 2001. La posterior, aparece en un disco compacto que ha preparado y vende la misma Indecopi así como en los textos que dicha institución tiene en su base de datos, instalada en su propio local.

Creemos que por sus características y la potencialidad dañosa que los productos defectuosos pueden tener en el mundo actual, se impone un factor de responsabilidad civil objetiva completa y no uno, "a medias". Para "humanizarla" hay otros factores que tienen que ver con la causalidad.

Resulta importante en todo caso, que desde el punto de vista jurídico y también del económico, se perciba con claridad una lectura a favor del consumidor. Hemos explicado en las páginas anteriores, las razones que justifican y sostienen lo dicho.

No creemos, por otro lado, que imponga este artículo, una mera inversión de la carga de la prueba sino un mecanismo que omite recurrir al análisis de la intencionalidad del proveedor para determinar la presencia de la responsabilidad, quedándonos solo con la evaluación del nexo causal. Descansaría en el proveedor, la ruptura de dicho nexo como medio de defensa. Ello hace que el material de evaluación se reduzca notoriamente bajo la premisa de facilitar la protección dada la asimetría informativa que afecta al consumidor. Si la normativa indicada solo planteara un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, no habría mayor diferencia con la regulación del artículo 1969° del Código civil. La hipótesis planteada en la Ley de Protección al Consumidor se acerca más a la redacción de los supuestos previstos en el 1970°. Si el legislador hubiera querido una interpretación como la indicada, mantendría una cláusula general similar a la planteada en el artículo 1969° del Código civil el cual presenta una redacción radicalmente diferente a la del artículo 1970° del citado código y a la del 32° de la Ley de Protección al Consumidor. Es obvio que ambos artículos no solo se distinguen por contener supuestos diferentes, sino también, por tener mecanismos diferentes sobre la argumentación probatoria y la prueba que libera al presunto responsable.

Cabe señalar que Indecopi sólo podía propiciar un arreglo directo entre el denunciante y el denunciado y en caso de que no se produjera un acuerdo por la vía de la conciliación, podía imponer una multa al infractor.

Corresponde al Poder Judicial la determinación de todos los aspectos indemnizatorios. Sin embargo, ante autoridades jurisdiccionales que sufren como mal crónico, la excesiva carga procesal y que todavía no se hallan familiarizados con la problemática de la responsabilidad por productos defectuosos, convenía tener reglas que concedan facultades especializadas para solucionar estos conflictos, lo que es positivo no obstante los problemas advertidos.

La perspectiva del Análisis Económico del Derecho insistiría en la racionalización de recursos a través de un órgano especializado que posea todas las prerrogativas que el consumidor y el mismo proveedor puedan necesitar para tratar sus conflictos.

El artículo 3°, 5°, 8°, 9°, 10° y siguiente de la Ley de Protección al Consumidor, regulan el tema o aluden a él como a otras hipótesis vinculadas a la problemática de los productos. El artículo 8°, señala la responsabilidad del proveedor por la idoneidad y calidad de los productos.

Conviene advertir que la situación de hecho en la que se mueve el producto, puede presentar variaciones y en ese sentido, nuestra normativa al señalar los lineamientos o principios básicos de la protección ante los productos defectuosos, admite la revisión de la hipótesis de defectuosidad de acuerdo al caso en concreto y a lo previsto en el artículo 32° de la Ley. Al ser casi ilimitada la variedad de supuestos que pueden generar riesgos en función de la innovación tecnológica e inclusive, de factores culturales o costumbres de una sociedad o grupo, hace bien la ley al no realizar clasificaciones que puedan conducir a confusión sino más bien, recurrir a un conjunto de circunstancias para determinar el defecto a partir de la falta de seguridad a que las personas tienen derecho.

Los lineamientos concretos sobre el defecto y otros aspectos sustanciales que finalmente, permitirán fijar las fronteras de protección y los puntos álgidos del tratamiento dado al tema en nuestro país, son explicados en el tercer capítulo.

Nuestra Ley de Protección al Consumidor incluye a un importante "círculo" de responsables; no sólo está el fabricante o productor sino también el distribuidor o el

comerciante y al importador bajo una calificación inicial minuciosa de proveedor. Sobre quién puede tener el carácter de consumidor o usuario final y por tanto de beneficiario de las reglas de la Ley de Protección al Consumidor, hay criterios particulares que Indecopi a través de sus fallos, ha tratado de precisar.

No vemos que dicha Ley tenga una regla definida sobre los riesgos de desarrollo. Su artículo 10º parece aludir a una multiplicidad de riesgos (y entre ellos podrían hallarse los antes mencionados) siempre que sean detectados luego de la colocación del producto en el mercado; tal opción admite diversas proyecciones (489). Corresponde a la jurisprudencia el análisis concreto.

Frente a la regulación europea, pensamos que es acertada la fórmula de corte americano, la misma que es indicada en el artículo 37º de la Ley de Protección al Consumidor, por la que las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto, no eximen de responsabilidad al productor frente al consumidor. Pensamos que ello no impide que la administración no deba asumir un rol preventivo y de "filtro" para el ingreso al mercado de los productos.

Se ha reforzado la intervención de Indecopi al concederle legitimidad para promover procesos judiciales en defensa de los consumidores de acuerdo a la regulación del artículo 51º de la Ley (490). Allí, se alude a la protección de los intereses difusos e individuales de los consumidores.

Tal potestad fue tomada de las *acciones de clase o class action* del sistema anglosajón y norteamericano (491) y apunta a facilitar el ejercicio de derechos a costos más bajos cuando se trata de daños masivos, pues diversos sujetos se ven inmersos en el proceso y beneficiados con él. De este tema, nos ocupamos más adelante.

La Ley de Protección al Consumidor, en algunas partes, revela un esquema que algunos aspectos, no se revela detallista sino que por el contrario, deja en la jurisprudencia, la potestad de realizar las respectivas precisiones, lo que consideramos acertado. La propuesta de responsabilidad civil por el defecto de los productos de la Ley de Protección al Consumidor, requiere, como ya indicamos, ajustes concretos para evitar dudas respecto del esquema de causalidad adecuada, los daños resarcibles y los plazos para la prescripción de los daños. De la misma manera, es importante difundir en los Magistrados, información sobre la vigencia y alcances es esta normativa como su contexto de aplicación. No basta una mención de este tipo de responsabilidad en el Código Civil, para lograr su cabal conocimiento.

489. Cabe recordar que dicho artículo fue utilizado para determinar las acciones que debían tomar Hersil S.A. en el caso del medicamento *Dyazide*, tratado en el expediente N° 0202-1996-CPC y en la Resolución N° 095-96-CPC que analizaremos en su oportunidad.

490. Se puede ubicar el texto de la Ley en el Anexo 1 de este trabajo.

491. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Las acciones de interés público en las áreas de libre competencia y protección al consumidor", en un libro escrito también por GONZÁLES MORALES, Felipe y otros, *Las acciones de interés público. Argentina, Chile y Perú*, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1997, p. 272.

SEGUNDA PARTE

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

2.1. Objetivo central de este Apartado.

Nos ocupamos ahora, del análisis individual de los elementos de esta rama de la responsabilidad civil, de acuerdo a criterios planteados por la normativa, la doctrina y la jurisprudencia en el Derecho nacional y el comparado. Para ello, consideramos nociones fundamentales como "ejes" que centralizan y facilitan la comprensión del tema, abordando nuestras propuestas sobre el esquema aplicable a la responsabilidad civil por productos defectuosos. El objetivo es deslindar lo que puede advertirse como común y lo específico de este tema.

La originalmente llamada *responsabilidad del productor, del fabricante, responsabilidad por productos defectuosos* o, con carácter más bien general y, a veces, equívoco, *responsabilidad de la empresa*, involucra, como menciona Guido Alpa, un tema convertido en clásico en el sector de la responsabilidad civil pese a que la expresión misma y la terminología que la acompaña, es relativamente reciente (1). En el ámbito del Derecho Comunitario, las denominaciones citadas, han sido homologadas por la Directiva europea del 25 de julio de 1985, resaltando, Cesare Salvi (2), que la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, introducida por DPR N° 224 de 24 de mayo de 1998 (que ahora se encuentra en el Código de Consumo), completó el discurso que ha envuelto el tema de la responsabilidad de la empresa, generando autonomía en la temática que se afirma en la particular situación del consumidor inserta en una sociedad basada en el consumo de las masas.

Frente al régimen general de la responsabilidad civil, el citado Alpa resalta que se ha configurado una hipótesis típica., agregando éste, que el legislador (que reconoce como *especial*), dedicó algunas normas a los criterios de imputación de la responsabilidad, a la individualización del dañante, a la culpa del dañado, a los límites dentro de los cuales tal obligación resarcitoria subsiste (3). Para Alpa, no mereció ser calificada como ilícito típico, pues la cláusula general del Código civil italiano contenida en el artículo 2043°, impedía una tipificación estructurada de manera orgánica y definitiva; empero, la correspondiente tipificación, descansaría en la individualización de los intereses tutelados específicamente (4). Lo cierto es que se ha producido una afirmación de la normativa especial confluyendo, en este régimen particular, fenómenos específicos que abarcan, en nuestra opinión, necesidades vitales y de carácter económico. Todo ello, ha llevado a discutir la función de la responsabilidad civil, procurándose la individualización de los criterios de distribución racional del riesgo y la "internalización" de las externalidades (5).

La particularidad de la materia, ha generado nuevos ámbitos de discusión en torno a las definiciones de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil que podrían ser calificados de generales. Para Alpa, desde la perspectiva del Derecho civil italiano, estos elementos están referidos a la injusticia del daño, a los criterios de imputación o factor de imputación, a la imputabilidad y la causalidad (6).

-
1. ALPA, Guido, *Responsabilita civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, Il Mulino, 1991. La obra en cuestión, ha sido traducida en nuestro país, siendo publicada bajo el título *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*, publicada en Lima, por la Gaceta Jurídica, con una primera edición del 2001, p. 405.
 2. SALVI, CESARE, *La Responsabilità Civile*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 148.
 3. *Ob. Cit.*, p. 405.
 4. *Ibidem*, p. 405.
 5. *Ibidem*, p. 406.
 6. *Ibidem*, p.p. 135 a 335.

La responsabilidad civil atañe siempre, a la consecuencia provocada por la actividad que causa un daño a la esfera jurídica de otro (7). El juicio de responsabilidad supone el daño o perjuicio, el nexo causal entre éste y una conducta, la posibilidad de imputación y una última, referida al surgimiento de una reparación (8).

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre (9), destacan la presencia de principios fundamentales del deber de indemnizar los daños causados, mencionando que la responsabilidad civil, constituye la obligación, de carácter civil, de reparar el daño pecuniario causado, ya sea por hechos propios del obligado a la reparación o por hechos ajenos que requieren de presupuestos o elementos básicos para que opere el deber de indemnizar. Éstos pueden ser clasificados en dos grupos: a) los supuestos de hecho del deber de indemnizar daños entre los que se encuentra la indemnización de daños derivada de un contrato y la derivada de actos ilícitos; b) los elementos propios de la definición o concepto de la responsabilidad civil, que suponen la presencia del daño patrimonial o pecuniario, el daño moral y el daño a la persona, los hechos causantes del daño y la culpa, el funcionamiento de cosas que involucra una situación particular que genera una obligación hacia el responsable de su vigilancia, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, y, por último, el carácter civil de la obligación de reparar con clara independencia de la pena de la libertad (10).

Según Roberto A. Vásquez Ferreyra (11), la teoría de la reparación, se construye alrededor de los presupuestos básicos del deber de responder, que incluyen el daño, la antijuricidad (como presupuesto objetivo, configurado por la simple contradicción entre un hecho y el orden jurídico sin que importe la voluntariedad o culpabilidad del autor o *factum daño*); agrega Vásquez, que en este contexto, una actividad riesgosa, lícita en sí misma, en tanto produce un daño, puede ser calificada de antijurídica; otros presupuestos son, el factor de atribución y la relación de causalidad (12).

Para Jorge Bustamante Alsina (13), son elementos comunes al régimen de la responsabilidad civil por daños derivados del incumplimiento de un contrato o de un acto ilícito, la antijuricidad (que supone la violación directa de la ley y la infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato), el daño (sea patrimonial o extrapatrimonial), la relación de causalidad entre el daño y el hecho (como elemento objetivo y vínculo externo que representa la causa de la consecuencia dañosa) así como los factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad, sea en el ámbito de la culpa u objetivo (14).

Juan Espinoza (15), al referirse a los indicados elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto de la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la aquiliana, hace alusión a la imputabilidad o capacidad de imputación (apuntando a la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona), a la ilicitud o antijuricidad (como lo contrario a los valores jurídicos), el factor de atribución (como fundamento del deber de indemnizar, referido a un factor de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo), el nexo causal y el daño.

A su vez, Fernando de Trazegnies alude a los "principios de responsabilidad", recogiendo condiciones para el surgimiento de la responsabilidad en el ámbito extracontractual (16), como

-
7. PONZANELLI, Giulio, *La responsabilidad civile-Profil di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 9.
 8. SALVI, Cesare, *Ob. Cit.*, p. 2. Este autor precisa que en la responsabilidad civil extracontractual, hay cuatro elementos sustanciales estrechamente relacionados: daño, imputación, nexo causal y resarcimiento.
 9. OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo X, 2003, p.p. 225 a 227.
 10. *Ibidem*, p. 240.
 11. VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por daños (elementos)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 101.
 12. *Ibidem*, p. 247.
 13. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Novena Edición, 1997, p. 108.
 14. *Ibidem*, p. 381.
 15. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p.p. 55 a 222.
 16. TRAZEGNIES, Fernando de, *La Responsabilidad Extracontractual*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Tomo I, Quinta Edición, 1995, p. 129.

son el principio subjetivo y objetivo de responsabilidad, la relación de causalidad, la indemnización o el daño, resaltando la presencia de territorios de inmunidad (como califica al daño autorizado por el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa, el estado de necesidad o los convenios de irresponsabilidad, la asunción voluntaria del riesgo, entre otros) siendo éstos, *umbrales* más allá de los cuales, no hay responsabilidad.

Ya en el terreno concreto de la responsabilidad del productor, analizando comparativamente el modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea, Olenka Woolcott Oyague (17), recoge comentarios realizados, concretamente, con la transposición de la Directiva del año 1985, al Derecho italiano, destacando que la particularidad de la figura de la responsabilidad del productor, reside fundamentalmente en el criterio de imputación el que apunta a la puesta en circulación de un producto defectuoso por el productor o de cualquiera de los sujetos que le son equiparados por disposición expresa de la misma normativa (18). Este criterio (que en este contexto, apunta a la posibilidad de vincular a partir de una condición particular en el mercado más no un requisito de capacidad) se conforma por un elemento subjetivo al circunscribirse a la figura del productor, y por uno material dado por el defecto del producto. Sin embargo, no se trata, de cualquier defecto pues no se orienta a la utilidad, como se ha reconocido en el Derecho comparado y el nacional. La configuración de la noción de defecto, está ligada a la noción de *seguridad* del producto el que condensa, como bien describe Olenka Woolcott, siguiendo lo dicho sobre el tema, un parámetro social de evaluación y la noción objetivo-normativa de defectuosidad (19). En este particular contexto, el daño y la relación causal, también se ven modelados de manera especial, por la presencia del producto defectuoso.

También en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, José Antonio Payet (20), precisó los elementos principales que, en su opinión, debían estar presentes en la hipótesis de hecho para que se genere la responsabilidad en tal marco, luego de determinar la conveniencia de ubicar la responsabilidad civil por los daños causados mediante productos defectuosos dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual y de independizarla de la culpa. Para Payet, debían considerarse instrumentos que tipifican la hipótesis de esta responsabilidad civil, *el producto y el defecto*, destacando como parte de tales elementos, la causalidad (21). De la misma manera, incluyó apuntes sobre la determinación del sujeto responsable (22). Resulta importante puntualizar que tras esta clasificación de elementos, hay una aproximación particular al tema.

Somos de la opinión que la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, impone un conjunto de reglas para la responsabilidad civil por productos defectuosos, atendiendo al conflicto de la misma manera, sea su origen contractual o ajeno al mismo o extracontractual lo que, en concordancia con lo fijado por el Derecho comparado, ha buscado simplificar el análisis del régimen.

Con carácter de resumen que además, pretende relacionar la visión general de la responsabilidad civil con la específica, derivada de los productos defectuosos, consideramos como elementos los que pasamos a señalar. Es el primero, la antijuricidad o ilicitud, que está presente al probarse la hipótesis de defectuosidad, por la colocación, en el mercado, de un producto que no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, causando daños a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos tomando en consideración todas las circunstancias tales como las que aparecen en el artículo 32° de la Ley peruana de Protección al Consumidor. Por otro lado, según lo especificado en doctrina, es un elemento fundamental, el daño indemnizable, el cual, comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo según el artículo 32° de la Ley peruana, el daño patrimonial y el extrapatrimonial, conformado por el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. La causalidad, es también, un elemento fundamental, en el caso de la responsabilidad civil por productos defectuosos, manteniendo conexión o engarzándose con el defecto por ser éste, el hecho determinante en el sistema. El factor de atribución de carácter objetivo, nos lleva a los parámetros de dicha

-
17. WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 443.
 18. *Ibidem*, p. 444.
 19. *Ibidem*, p. 459.
 20. PAYET, José Antonio, *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca para leer el Código Civil, Tomo II, Segunda Edición, 1992, p. 669.
 21. *Ibidem*, p.p. 669 a 854.
 22. *Ibidem*, p.p. 881 a 897.

defectuosa a partir de las ideas que nacieron con la teoría del riesgo creado, existiendo indicación expresa del Legislador peruano, en cuanto a que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país según el artículo 41° de dicho dispositivo.

Un régimen que alude a un criterio rígido para la evaluación de la calidad del sujeto *dañante*, de acuerdo a la terminología acuñada por Alpa, deja poco o ningún espacio a la imputabilidad como aptitud del sujeto referida a su capacidad revelando la imposibilidad de considerar que la imputabilidad en los términos descritos, constituye un elemento de la responsabilidad civil en estos casos. Las características del esquema propuesto, en el que nos hallamos ante un sujeto activo que desarrolla una actividad básicamente empresarial y realiza una transacción comercial, a través de la colocación del producto, no deja mucho espacio para indagar sobre la imputabilidad como capacidad. De hecho, tal hipótesis será bastante extraña por no decir difícil de producirse dadas las exigencias y requisitos que impone la producción y comercialización de productos en la actualidad. De hecho, tenemos dudas que en el Derecho peruano, la imputabilidad sea un requisito.

Aunque adquiera cierta ventaja metodológica, el recurrir a las reglas generales sobre los presupuestos o los elementos constitutivos, como ya adelantamos, hay un desarrollo de temas que son tratados a continuación y revelan lo particular de esta figura de la responsabilidad civil. Hay allí, influencia del Derecho comparado, como el desarrollo realizado especialmente, por el derecho en los Estados Unidos de América.

Por otro lado, la presencia de reglas sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos, en un dispositivo particular como es la Ley de Protección al Consumidor, no involucra solo la presencia de una ley especial sino más bien, “un sistema especial de protección jurídica”, utilizando la terminología de Gabriel Stiglitz (23), el mismo que se caracteriza por soluciones normativas específicas, tuitivas (de orden público) y esencialmente preventivas por actuar no solo ante el daño sino ante la amenaza (24). En este sentido, son puertas de acceso a este régimen, la presencia del producto como requisito del régimen de consumo y vehículo del daño indemnizable, la presencia del consumidor y del proveedor como el de la relación de consumo que, a su vez, supone la colocación del producto en el mercado. Sin estos requisitos, no se puede considerar la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

Para los efectos de esta investigación, es importante destacar que se han incluido comentarios sobre lo señalado por la normativa nacional y extranjera como por la jurisprudencia. Es indispensable resaltar que hallamos pocas resoluciones pronunciadas por Jueces peruanos sobre responsabilidad civil por productos defectuosos en conexión con la Ley de Protección al Consumidor. Incluimos el material ubicado, complementando nuestro análisis con los fallos que marcan una línea interpretativa y de manejo del tema. Ofrecemos una aproximación inductiva para confirmar las hipótesis planteadas. La ubicación y clasificación de resoluciones dictadas en sede administrativa, que nos brindan propuestas en torno a la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor, no ha representado un problema en la medida que nuestro Instituto Nacional de Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual-Indecopi, las tiene sistematizadas por ámbitos en su Base de Datos y Biblioteca, habiendo sido éstas, publicadas desde el año 1999 (25). Hay que reconocer, sin embargo, que la magnitud de las resoluciones administrativas que

-
23. STIGLITZ, Gabriel, *La importancia de la Ley del Consumidor*, Introducción al libro “Defensa del Consumidor, GHERSI-WEINGARTEN Directores, Rosario, Santa Fe, Nova Tesis, 2005, p. 7.
 24. *Ibidem*, p.p. 7 y 12. La referencia de Stiglitz, está referida a la Ley 24.240 conocida como Ley del Consumidor, dictada en Argentina el 15 de octubre de 1993, precisando que la misma involucra que las relaciones de consumo dejen de regirse por normas generales de los Códigos Civil, Comercial, Procesal y leyes concordantes, que se aplicaban en forma extensiva o analógica pero sin haber sido dictadas ni directamente ni específicamente para la tutela de los consumidores. En cuanto al carácter preventivo que este autor, concede a la regulación de la ley de protección al consumidor, es importante resaltar la posibilidad que las mismas se apliquen para juzgar la responsabilidad administrativa la que no requiere que se consume el perjuicio al consumidor sino la simple infracción a las obligaciones del proveedor, lo que constituye una ventaja para prevenir el conflicto al crear desincentivos a la omisión de las obligaciones. Se trata de comentarios generales sobre el carácter de la ley. En el ámbito de la responsabilidad civil, resulta claro, sin embargo, que el daño es elemento esencial.
 25. Consideramos que constituye un importante de apoyo para el conocimiento y la difusión del régimen de protección al consumidor en sede administrativa, el que desde febrero de 1999,

se dictan sobre el tema en el seno del referido Instituto, es notoriamente inferior a las que expide la autoridad judicial.

2.2. Particularidades del producto y el defecto.

Un binomio fundamental cuando se trata la responsabilidad civil en el área que nos ocupa es el constituido por el producto y el defecto. Mientras que el producto es, en este contexto (y como ya adelantamos), el vehículo para la difusión del daño, el defecto es el "contacto" esencial que permite encender el motor que moviliza el perjuicio, y, por esa vía, los mecanismos de la responsabilidad civil. Como ya indicamos, es un elemento material de carácter estructural. El productor o proveedor según el artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor ⁽²⁶⁾ y de acuerdo a lo reconocido pro el Derecho comparado y el nacional, no es responsable de cualquier daño: la responsabilidad civil surgirá siempre que los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por el uso o consumo de su producto, provengan de un defecto en el mismo, que resulte imputable al productor o proveedor al hallarse bajo su ámbito de control.

Por otro lado, la tipificación de la defectuosidad guarda relación con las características del producto y del uso o consumo pero, es el supuesto de la afectación, contradicción o la negación al ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho, la hipótesis fundamental para configurarla ⁽²⁷⁾. El defecto, al ser la circunstancia generadora del daño, moldea también la causalidad. Como telón de fondo, aparece la opción legislativa : el factor de imputación objetivo o subjetivo ⁽²⁸⁾, el que modifica la indagación de la responsabilidad sobre la subjetividad del

fueran publicados en Lima, por el sello editorial de Indecopi, los *Compendios* que contienen los precedentes de Observancia Obligatoria en materia de de Defensa de la Competencia, Jurisprudencia de Defensa de la Competencia del año 1996, la Recopilación Ordenada de las Leyes de Indecopi. Los Compendios en cuestión, abarcaron los precedentes de los años 1997, 1998 y 1999. Los dictados desde el año 2000 al año 2005, pueden ser ubicados en los archivos del Instituto, habiéndose distribuido, también, un disco compacto con las resoluciones indicadas hasta el año 2000. Algunas resoluciones del Poder Judicial, sin embargo, han sido sistematizadas para facilitar el acceso de quienes quieren graduarse de abogados siendo ellas, citadas en este trabajo. Una importante herramienta para las investigaciones que se realizan en esta área, viene siendo la publicación de las resoluciones que son dictadas en Casación por la Corte Suprema, a través del diario oficial "El Peruano", observándose una aproximación procesal extrema, la misma que, como veremos puede afectar el acceso a la justicia por omisiones en la comprensión del recurso por parte de los operadores jurídicos.

26. Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor:
"Artículo 32°.- El proveedor es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos.
Se considera que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, tomando en consideración todas las circunstancias, tales como:
- a) El diseño del producto;
 - b) La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o al empleo de instrucciones o advertencia;
 - c) El uso previsible del producto; y,
 - d) Los materiales, el contenido y la condición del producto.
- La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.
La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto."
27. Coincidimos en tal sentido, con lo expresado también por PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 701.
28. Para este caso, tal y como se ha explicado en el primer capítulo de esta tesis, el factor de atribución mayoritariamente adoptado en el caso de la responsabilidad civil por productos, es el objetivo aunque muchos discutan si es éste atenuado o no. Aunque hay una discusión sobre los

causante y la irrelevancia de tal análisis para reposar solo en la calificación del nexo causal en donde aflora la conducta del proveedor.

2.2.1. Sobre el producto.

2.2.1.1. Apuntes generales.

La producción y comercialización de productos en la actualidad, se caracteriza por un creciente tecnicismo, complejidad y magnitud, abarcando amplias zonas geográficas en donde habitan consumidores con distintas costumbres. Esto ha sido, es y será repetido en los distintos textos, resoluciones y trabajos que se publican como en las exposiciones que se realizan sobre el tema. Constituye, además, una realidad fácilmente observable que se proyecta hacia el mundo actual y al futuro. Con tal proceso, ingresa la indagación del proveedor sobre los mecanismos para influenciar en la conducta del consumidor hacia el objeto de la venta. Sin embargo, no siempre nos hallamos conscientes de cuanto han influido e influirán tales factores en la configuración del régimen de la responsabilidad por productos defectuosos. Es indispensable considerar la influencia económica del producto y la de los mecanismos requeridos para su colocación en el mercado a través de canales de distribución y consumo que involucran la publicidad. La lista de temas relevantes, es bastante amplia siendo conveniente determinar focos de atención y lineamientos en torno al tema.

Las facetas son diversas como es diverso, también, el tratamiento que el legislador le concede. La constante es la preocupación por el riesgo de causar daños como consecuencia del defecto del producto. Así, éste aparece en el Derecho nacional (29), como cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor. La normativa nacional no distingue (y por ello, no cabe que por vía interpretativa se realicen exclusiones) entre el producto terminado como en las partes integrantes que pueden corresponder a uno o más fabricantes (configurando particulares procesos de fabricación, diseño e información). El producto puede incluir a los resultados de la total como la mínima intervención del ser humano, incluyendo los productos agrícolas, farmacéuticos, naturales en contraposición a los sintéticos, etc.

Como se ha podido observar, nuestra Ley de Protección al Consumidor, al igual que otras regulaciones, inserta la noción de producto, en el marco de una transacción comercial, concepto que también ha sufrido cambios. Aunque la figura de la negociación, persona a persona, entre el proveedor y el consumidor, tiene vigencia en ciertos ámbitos de nuestro país, es necesario reconocer que esta forma de transacción tiene espacios cada vez más limitados. La contratación masiva y anónima en cuanto a los destinatarios de los productos, es un signo de nuestro tiempo y, una necesidad del comercio.

A la forma actual de transferencia de productos, debemos agregar la constatación de que una de las partes, el proveedor, cuenta, con mayor información que el consumidor, al corresponderle el proceso creativo, de experimentación y desarrollo de la producción y comercialización, haciendo

alcances de dicho factor, ello representa centrar el análisis de manera ajena a la conducta del sujeto causante del daño que es el proveedor. Para algunos, supone centrarse solo en la relación de causalidad entre el hecho propio o de tercero con el evento dañoso eludiendo la revisión de los aspectos subjetivos que rodean al sujeto que genera el daño. ALPA, Guido, BIN, Marino, CEDON, Paolo, *La Responsabilità del Productore, Ob. Cit.*, p. 3. En este texto, se encuentra un artículo de Francesco Galgano denominado *Caratteri generali della responsabilità del productore*. En él, dicho autor precisa “Responsabilità oggettiva significa responsabilità basata sul solo rapporto di causalità fra il fatto proprio e altrui evento dannoso”. El hecho de que la Directiva Comunitaria, establezca un conjunto de elementos que atenúan la responsabilidad del productor, restarían mérito al principio esencial de la responsabilidad sin culpa u objetiva. Ello ha hecho que se aluda a una *responsabilidad absoluta*, cuando ésta se basa en la sola conexión causal entre el producto y el daño resultante a la víctima. Véase, Woolcott Oyague, Olenka, *La responsabilità del Productore. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea, Ob. Cit.*, p. 421.

29. La definición de producto, aparece en el artículo 3º, inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país.

que, por ese factor, la relación entre ambos, se torne asimétrica. Esa mayor información concede, indudablemente, mayor poder al proveedor sobre el consumidor.

La semilla del desarrollo individual y del colectivo, crece en el terreno de la industrialización, de la diversificación de la producción, la comercialización y el incremento de la técnica y la ciencia para producir cada vez más y mejor, a bajo costo, con beneficios para los empresarios y consumidores, y en función de relaciones comerciales que contribuyen a reducir los costos de transacción. Lo negativo de este proceso, radica en la multiplicación de las consecuencias dañinas de un producto defectuoso por la masificación de la producción y comercialización en donde también, juega un papel fundamental, la figura del proveedor; este sujeto, para el Análisis Económico del Derecho, puede difundir el costo y la responsabilidad por las previsiones que adopte para minimizar el impacto de los defectos de sus productos, por su estratégica posición en el mercado y por poseer mayor información, recurriendo al precio y al apoyo de la ciencia y la tecnología.

La noción de partes "contratantes" en este contexto, se ha tornado "colectiva" o masificada por la naturaleza del público al que se dirige, siendo ésta una propuesta diferente a la del Código civil, de tendencia más bien individualista. Con ello, se hace necesario el tratamiento colectivo de la prevención y la reparación del daño reconociendo las fortalezas y las debilidades de las nuevas formas de producción y comercio. La colectivización de las operaciones se traduce, muchas veces, en una limitación a la transferencia de información y, obviamente, en la posibilidad de generar riesgos y los daños.

Ante este proceso, el Derecho apunta a comprender los intereses en juego y dar respuestas en las que el ser humano y sus bienes sean el centro de protección, tomando en cuenta la situación diferente entre una parte, el proveedor y otra, el consumidor afectado. En este esquema, si bien las normas del Código civil incluyeron reglas para regular el conflicto ante las diferencias de información entre las partes, existiendo el dolo o el saneamiento por vicios ocultos, la magnitud de la asimetría informativa acompañada de una compleja y masiva producción y comercialización y con ellos, los problemas en la seguridad de las personas, la dificultad probatoria y los supuestos de daño que se han presentado no solo en las partes que celebraron los contratos para la adquisición del producto defectuoso sino por ejemplo, en sus descendientes, han desbordado la posibilidad de asumir un tratamiento restringido al ámbito de los contratantes. No se discuten las dificultades para destinar el bien a la finalidad para la cual fue adquirido o la disminución en el valor del mismo como ocurre en el caso del saneamiento por vicios ocultos por ejemplo, sino un tema sensible y fundamental, referido a la seguridad de las personas y la de sus bienes, bajo el esquema de la responsabilidad civil.

Los ordenamientos presentan diferencias y semejanzas cuando se trata de definir los lineamientos generales del producto. La mayor parte de las regulaciones, lo han identificado con los bienes muebles formando parte de la asociación mental por la que las personas tendemos a fijar relaciones primarias con objetos tangibles (30). Para algunos, por definición, los productos requieren satisfacer el requisito de ser objeto de transformación o modificación, sea industrial o artesanal (31). Para otros, cualquier bien, supere o no un proceso de transformación, que sea colocado en el mercado y a disposición de los consumidores para su uso o consumo, merece la calificación de producto.

No obstante, que, en apariencia, estas definiciones parecen mostrar diferencias, se advierte una constante: el producto en el régimen de protección al consumidor, aparece como construcción dotada de características económicas, inmersa en una noción de mercado vinculada al cumplimiento de requisitos de seguridad y utilidad (antes los cuales, nos centramos en la seguridad), los que, a su vez, deben llegar a equilibrar el interés de los proveedores por maximizar su inversión y el de los consumidores por su seguridad en el uso del producto. El cumplimiento de la obligación o del deber de seguridad, genera una relación de tensión entre los intereses maximizadores del proveedor y los del consumidor que al Derecho toca regular para que equilibre las fuerzas y alcanzar la paz en justicia.

-
30. JASPER, Margaret C., *The Law of Products Liability*, New York, Oceana Publications Inc., Second Edition, 2001, p. 5.
 31. GHERSI, Carlos Alberto y otra, *Defensa del Consumidor, Ob. Cit.*, p. 156. Sobre el tema de la producción artesanal, realizamos comentarios adicionales al tocar las facetas del producto. La normativa de la Comunidad Europea alude a la transformación como requisito para incluir a las materias primas agrícolas, ganadería, productos de caza y pesca. Esta regla, sin embargo, admite excepciones planteadas por la misma Directiva que explicamos con más detenimiento.

Al consumir o usar un producto, nos ligamos a una actividad fundamental y primaria en la persona humana, por la que satisfacemos necesidades de todo rango. La preocupación por su seguridad, supone considerar que hay en juego, requerimientos fundamentales sobre los que reposa el bienestar de la persona individual y el de la sociedad y, aunque es innegable el carácter económico que supone la colocación de los productos y su consumo, hay un principio fundamental, indispensable para la convivencia humana cual es el respeto a la vida, a la integridad como al libre desarrollo y bienestar de las personas. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado de Derecho (32), lo que involucra la regla de no generar daños por los defectos de los productos que se coloca en el mercado. Aparece, con ello, superada la peregrina idea de que a los consumidores les toca subsidiar el crecimiento y desarrollo económico de los proveedores, tesis favorable al desarrollo del mercado, considerada valiosa en un período de la historia de la responsabilidad civil.

Al existir un enfrentamiento de intereses económicos subyacentes, el legislador teniendo como límites (que a veces transgrede), la característica del producto y del servicio (33), analiza y resuelve qué bienes son productos para los efectos de aplicar la responsabilidad objetiva y también, el sometimiento a órganos de regulación administrativa, considerando para tal efecto, el complejo engranaje de especialización de las instituciones. Es obvio que en la calificación de producto, hay influencia de los grupos de poder, del propio Estado y, también de los consumidores (cuando conocen del tema y tienen suficiente fuerza para plantear condiciones). Además de otras consideraciones, ello ha justificado que las regulaciones dictadas sobre la materia, incluyan o excluyan a las materias primas, a los inmuebles, a las formas de energía, etc. Se asume que tras esa determinación, se imponen mayores cargas o presión hacia el proveedor al aplicarle una responsabilidad objetiva en caso de daños y de ello, se derivan consecuencias diversas de carácter económico que prefieren no ser aplicadas.

La indudable trascendencia económica del producto, por su colocación en el mercado al alcance de los consumidores, reposa o debería reposar, en el compromiso ineludible, de requerir el cumplimiento de la obligación (o deber), de mantener adecuadas condiciones de seguridad, principio que se relaciona con derechos fundamentales a la vida, a la integridad y al desarrollo y bienestar conforme ordenan los ya citados artículos 1° y 2° de la Constitución Política de nuestro país concordante con lo establecido en los artículos 5° inciso e) y 32° de la Ley de Protección al Consumidor.

Además de garantizar la seguridad del producto, que es uno de los deberes del proveedor, hay implícita una noción de defectuosidad del producto cuando, éste no resulta idóneo (adecuado o apropiado), no responde a la calidad ofrecida, o no es veraz la información transmitida por el proveedor. Solo que en este caso, pese a generar una imputación de responsabilidad hacia el proveedor, según el artículo 8° de la citada Ley, no responden a la pregunta sobre si el producto, ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho, considerando las circunstancias enunciadas en el artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor. Esta es una esencial pregunta en el tema que nos ocupa.

De manera independiente de lo que se entiende por producto en el lenguaje común, hay una tendencia a conceder a este concepto, la funcionalidad de una "entidad dotada de utilidad, resultado de un proceso de producción, destinada a ser distribuida en el mercado" (34).

Para Marino Bin (35), la *ratio* de la responsabilidad del productor está dada por la introducción del producto en el mercado. Ello supone la salida del ámbito del productor a través de una

32. Artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993.

33. Con cargo a profundizar en el tema, según la Ley de Protección al Consumidor, las diferencias entre producto y servicio, son las siguientes:

" Definiciones

Artículo 3.- Para los efectos de esta ley. se entiende por:

[...]

c) Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

d) Servicios.- Cualquier actividad de prestación de servicios que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia (Modificado por el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 807)."

34. PAYET, José Antonio, *ob. cit.*, p. 671.

35. ALPA, Guido, *La responsabilidad del productore*, *ob. cit.*, p. 117. Léase también ROJO Y

operación que involucra su colocación voluntaria en las condiciones propias del mercado y entre sujetos inmersos en el mismo.

Manteniendo la línea antes señalada, la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, califica en su artículo 3°, inciso c) como producto, a cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.⁽³⁶⁾ No interesa, para la aplicación de la definición de producto de esta Ley, que sea producido o no en el país o tenga ciertas características como son que se trate de un mueble o inmueble, material o inmaterial. La parte final del artículo relaciona, la calificación de producto con la de transacción comercial pero también, con la de consumidor⁽³⁷⁾. Profundizaremos en la proyección de la citada propuesta normativa. La ausencia de los requisitos descritos para calificar al producto, en todo caso, afectará tratar los bienes defectuosos en el ámbito de la Ley de Protección al Consumidor. Para supuestos ajenos a la citada Ley de Protección al Consumidor, el tratamiento jurídico de las consecuencias dañosas, reposa en las reglas del Código Civil.

Como ya se indicó, si bien se trata de identificar las facetas que puede tener este instrumento, el producto, habrá supuestos en los que será la política del Estado la que primará cuando se trate de considerar o eliminar a algún bien de dicha categoría.

La Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de nuestro Indecopi, ha aclarado que el ámbito de aplicación de la mencionada Ley de Protección al Consumidor, se produce, básicamente, a partir de la relación de consumo entre un proveedor y un consumidor celebrada en territorio nacional, por la que el primero proporciona al segundo, un servicio o un producto, a cambio de una retribución económica. Este criterio, consta en el documento aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, de 07 de junio de 2001 de la Comisión de Protección al Consumidor, publicado en el diario oficial "El Peruano", con fecha 09 del mismo mes y año, por el se aprobaron y difundieron "*Los Lineamientos sobre protección al Consumidor*", consistente en una recopilación de criterios utilizados por dicha comisión (38). Tal documento recoge la interpretación la ley peruana⁽³⁹⁾ y las resoluciones de la Comisión.

FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *La responsabilidad civil del fabricante*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 186. Este autor considera que además de analizar el proceso de fabricación y los defectos que de éste se derivan, resulta de vital importancia "trasladar la atención a la puesta en comercio del producto defectuoso" pues es en ese momento en el que se produce un acto voluntario del fabricante que se conecta con el "resultado dañoso". No obstante que hay detalles que merecen ser tomados en cuenta, coincidimos en resaltar este momento como fundamental.

36. Textualmente, expresa el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, lo siguiente:
"Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:
(...)
c) Producto.- Es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor."
37. Se ha aplicado, en este último caso, una interpretación más bien restrictiva de consumidor que, aunque está siendo objeto de análisis, no califica al consumidor, en un sentido vulgar o común, como todo aquel que consume un producto sino más bien, en función de los elementos que permiten calificarlo como destinatario final sea por serlo realmente, o por hallarse en una situación particular al haber recibido el producto para su consumo final (por ser del entorno social o familiar del adquirente) o en el ámbito de una actividad que no puede ser asimilada a la de un proveedor. Sobre este tema, regresaremos más adelante al tratar, especialmente, la situación de la víctima.
38. Aunque estos lineamientos han sido propuestos de manera general y no específicamente, para la responsabilidad por productos, es evidente que en todos los casos, la aplicación de la Ley de protección al consumidor y la intervención de la Comisión solo tendrá una "puerta de acceso" y será el de la relación de consumo la que tiene como componentes, según aparece en la página cuatro del documento antes indicado, al consumidor o usuario *destinatario final*, al proveedor y al producto o servicio materia de una transacción comercial.
39. Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor.-
Artículo 3°.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:
(...)
a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o

A continuación, desarrollamos ideas y reglas que consideramos relevantes para comprender la noción de producto desde la óptica del Derecho peruano y concretamente, de la Ley de Protección al Consumidor analizando lo que ofrece el Derecho comparado.

2.1.1.2. Hacia las facetas del producto.

Uno de los primeros pasos que es necesario dar para definir el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, hace necesario llegar a la definición de producto. La palabra *producto*, tiene un significado gramatical más bien simple; según el Diccionario de la Lengua Española (40), alude a la *cosa producida* (siendo "cosa" un objeto que adquiere significación por la palabra que la sigue que en este caso, se sitúa en el resultado de la producción) o al caudal que se obtiene de algo que se vende, o el que ello reeditúa.

Respetando una tradición de calificación de los bienes, recogida en los Códigos civiles alemán, italiano y argentino (41), en el ámbito del Derecho de propiedad, en el Título III, de la Sección Segunda del Código civil peruano, se distingue entre *frutos y productos*, hallándose los primeros, regulados por el artículo 890° del Código civil, los provechos renovables que produce un bien, sin que altere o disminuya su sustancia. Pueden ser, según el artículo 891°, naturales, industriales y civiles. Los primeros, provienen del bien sin intervención humana (las manzanas que provienen de un árbol, por ejemplo, sin que nadie los haya sembrado ni cuidado, creciendo de manera casi "salvaje"), los industriales producidos por el bien como resultado de la intervención humana (como sería la leche de las vacas que, procesada, genera la leche pasteurizada), siendo civiles, los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica (una renta, por ejemplo). Los naturales pertenecen al propietario, los segundos al productor, y, los terceros, al titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos, según ordena el artículo 892°. Son *productos*, conforme al artículo 894° de nuestro Código Civil, *los provechos no renovables, que se extraen de un bien*. Es un ejemplo, de este último caso, los minerales que se obtienen de una cantera y que, obviamente, no se renuevan. Según menciona el artículo 895° del Código, las disposiciones sobre frutos, comprenden a la de productos si ellas no los excluyen de manera expresa (42). Es notorio que ni la calificación de frutos ni la de producto, aclaran la complejidad del proceso actual de producción y comercialización ni son útiles como instrumento de análisis jurídico en el terreno de la responsabilidad civil. Ambas, la de frutos y productos, contienen meros rasgos de la producción actual sin mostrarla en su real dimensión. El legislador tuvo en mente un esquema de asignación de derechos que además de ubicarse, como ya se indicó, en el ejercicio de la propiedad (y no de la producción y sus efectos), contenía una percepción diferente a las relaciones mercantiles a las vigentes en la actualidad.

Hay una notoria importancia imputable al producto por su uso o consumo en el mercado y por la difusión de su potencialidad o de los efectos dañinos en un juego de innegable influencia económica (43).

disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.

b) Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se consideran proveedores a:

b.1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores aún cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

b.2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

b.3. Importadores.- Las personas naturales que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

40. *Ob. Cit.*, p.p. 1839 y 1840 del Tomo II.

41. Los antecedentes de la regla del Código civil, son explicados en REVOREDO, Delia, *Ob. Cit.*, Tomo V, p.159.

42. Para Flores Polo, en Derecho Civil, hablar de producto supone el resultado de los bienes o cosas y se distingue entre: a) frutos que serían los resultados periódicos; y, b) productos que serían los resultados que no tienen periodicidad. FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Cultural Cuzco, Lima, Primera Edición, 1980, p. 350.

43. SALVI, Césare, *La Responsabilidad Civile*, ob. cit., p. 2. Para este autor, el daño, la imputación,

Con relación a las características referidas al producto mismo, como indicamos, nuestra Ley de Protección al Consumidor muestra una fórmula aparentemente "abierta" o de gran amplitud cuando menciona lo que se entiende por producto aunque en conexión con otros conceptos como por ejemplo, el referido al de transacción comercial. Esta ley, califica de producto, en su artículo 3°, inciso c), a cualquier bien, sean muebles, inmuebles, materiales o inmaterial, producido o no en el país, debiendo ellos, ser materia de una transacción comercial con un consumidor. Pese a su aparente simplicidad, la propuesta encierra cuestiones diversas. La revisión de sus diferentes formas y el tratamiento concedido por el Derecho, como veremos, permite fijar esencia jurídica.

2.2.1.3. Los "mil rostros" del producto.

Se han realizado comentarios sobre la multiplicidad de formas que adquieren los productos en función del desarrollo de la producción y la colocación de bienes en el mercado actual como resultado del vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología. El tratamiento jurídico ha sido diverso en el Derecho nacional y el extranjero, advirtiendo que el producto es pieza clave para comprender el régimen adoptado por cada país o grupo de países lo que involucra también, una faceta de tratamiento del mercado y de política pública que revela la lucha y la concertación de intereses entre los grupos económicos. Esto se hace evidente cuando se considera lo que se incluye y lo que no se incluye como producto o el régimen de competencia administrativa para los efectos de la protección al consumidor.

No es solo la actividad de producir, lo distintivo aunque el verbo colabore en la construcción de la definición. El régimen se nutre del ingrediente económico por su papel en el mercado constituyendo un instrumento de política pública para generar incentivos o desincentivos en los consumidores y los proveedores. Un régimen que apunta a la concertación de las partes en conflicto y la planificación, procurará contar con reglas claras sobre la concepción del producto. Los que prefieren una posición dinámica que deja en el mercado, la fijación de las reglas en torno al producto, admitirá cierta flexibilidad para construir la definición.

Creemos que lo indicado se pone en evidencia cuando se analiza la Directiva Comunitaria 85/374 sobre la responsabilidad por daños derivados del producto defectuoso. En este sentido, el artículo 2° de la misma, considera producto, a todos los bienes muebles y a la electricidad, excluyendo, originalmente, a los productos agrícolas y ganaderos siempre que no hayan pasado por un proceso de transformación (44). La crisis de las "vacas locas", generó una modificación sustancial, al principio por el que no se incluyeron los productos agrícolas. Tal regla fue modificada a través de la Directiva N° 1999/34/CE y, por ejemplo, el cambio a la Ley 22/94 de España, ocurrió mediante la Ley N° 147/2000 a fin de comprenderlos como productos.

La exclusión de los inmuebles en la normativa comunitaria europea, se relacionaría con la concepción por la que, al construir, hay un contrato de obra y, por ende, un servicio y no propiamente, un producto. Como se ha explicado, a los productos, se le aplica una responsabilidad civil objetiva según redacción expresa de la referida Directiva.

Sin embargo, no se puede desconocer que el artículo 2° de dicha Directiva, pese a recibir una importante influencia del derecho norteamericano, es el resultado de un largo proceso de discusión y lucha en el ámbito de los Estados miembros de la Comunidad Europea para obtener, una respuesta adecuada a los intereses de los grupos económicos relacionados al tema como a los intereses sociales en juego (45). Un ejemplo, es lo que aparece en el Convenio de la Haya de

el nexo causal y el resarcimiento se constituye en los cuatro elementos esenciales estrechamente relacionados, de la responsabilidad civil. Nótese sin embargo, que no se asigna de manera abierta, ningún rol a la antijuricidad aunque como veremos después, la visión de tal autor se vincula al análisis de la injusticia del daño, bajo los términos de la doctrina y regulación normativa italiana. Conviene tener en cuenta lo comentarios de PAYET, José Antonio, *Ibidem.*, p. 669.

44. Como veremos más adelante, el artículo 15° de la referida Directiva, permite a los Estados Miembros, optar por la inclusión de los productos naturales agrícolas y ganaderos como productos al incorporar la Directiva a los derechos de cada país.
45. Todo este proceso, puede ser analizado en las distintas obras citadas en este trabajo, sobre todo, en la primera parte del mismo y también, en la obra de WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio Comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Derecho Internacional Privado (46), en donde se discutió sobre la ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos. Allí, si bien, se pretendía determinar la ley aplicable en caso de conflicto, la concepción de producto era distinta a la que se adoptaría posteriormente. En efecto, dicha convención, señaló en su artículo 2º, que la palabra "producto", comprendía los productos naturales y a los industriales, bien sea en bruto o manufacturados, muebles o inmuebles. Finalmente, en el año 1985, cuando se aprueba un texto definitivo, los bienes que integran tal categoría fue notoriamente reducida en los términos antes descritos (47).

Para los efectos de la Convención, las materias primas agrícolas abarcan los productos de la tierra que son de origen vegetal (verduras, frutas, semillas, maderas), la ganadería (que abarca el nombre colectivo de animales de pasto), y la pesca, además de los productos de caza; ellos serán productos siempre que sufran o hayan sufrido una transformación inicial y no lo serían sin dicha transformación. Las razones por las que no se incluyeron a los productos naturales o materias primas agrícolas ni a los productos de la caza apuntó a que, para algunos, el supuesto de defectuosidad se debería a situaciones no controlables por quienes se pretendería, asuman la responsabilidad como es el caso de los agricultores, ganaderos, pescadores que solo se limitan a tomar estos bienes de la naturaleza. Otra consideración, que reviste más lógica, sería la que alude a la conveniencia de no gravar a estos productos pero sobre todo a los proveedores de los mismos, con la responsabilidad objetiva en tanto se habría pretendido, más bien, incentivar la actividad de explotación de las materias primas en Europa, afectada por los acelerados procesos de industrialización y poca disposición de recursos naturales en algunas zonas. Se ha comentado que el régimen fue creado para bienes sometidos o generados como resultado de un proceso de industrialización y no para los productos agrícolas, lo que sustentaría su exclusión, y también a lo rápido que puede ser su deterioro, situación que afecta la determinación de la persona responsable del defecto (48). Sin embargo, sea cual sea la discusión, se reconoció en la misma Directiva, que la prohibición para incluir a estos bienes como productos, no era ni es absoluta. Por ello, se admitió que cada Estado Miembro pudiera levantarla cuando consideren que constituye una "restricción injustificada de la protección de los consumidores" según aparece en uno de los Considerandos y en el artículo 15º de la Directiva. El tema a destacar es que en el contexto de la Directiva, la calificación de producto y por ende, de las obligaciones del régimen, según lo permita la Directiva, puede depender de una inclusión del respectivo Estado miembro más no del concepto de transformación el cual puede ser eludido. De hecho, según ya se ha indicado, la crisis de las "vacas locas" en el año 2000, generó en Europa, un cambio en la Directiva y en España, la modificación de la Ley 22/94 de 6 de julio por la que no se incluyeron a los productos agrícolas, quedando éstos comprendidos por efecto de la Ley 147/2000. El cambio ocurrió a partir de la creación de graves riesgos para el consumidor.

La idea de transformación inicial para calificar qué materias primas no se someten a la Directiva y por ende, considerar a cuales no se aplica la responsabilidad objetiva, se ha revelado complicada y susceptible de generar confusiones. En la práctica, como resultado del interés por mejorar localización de los productos o maximizar las ganancias, los proveedores acuden "en ayuda de la naturaleza" y sea a través de fertilizantes, como de la manipulación genética, por ejemplo, intervienen bajo modalidades que suponen formas de transformación. Es difícil indicar qué materias primas agrícolas o de caza están realmente ajenas a alguna forma de transformación o de intervención humana explícita. Por ejemplo, la sola conservación como los actos de refrigeración de un producto para que llegue al consumidor en condiciones óptimas, supone alterar el proceso normal de maduración, involucrando una transformación o cambio en el curso natural de los objetos. Los defectos en este proceso, determinan la defectuosidad.

La idea de la exclusión de la categoría de productos para bienes sobre los que no se produzca ninguna forma de intervención, estuvo presente y fue consagrada normativamente en el contexto de la Directiva. Si se trata, por ejemplo, de animales salvajes o de vegetales que fluyen de la tierra sin ninguna forma de intervención humana que los transforme, habría que interpretar si merecen el calificativo de productos. Como ya mencionamos, es, sin embargo, muy poco lo que

46. Convenio de 02 de octubre de 1973.

47. De manera textual, la Directiva señala lo siguiente:

"Artículo 2.- A los efectos de la presente Directiva, se entiende por "producto", a cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aún cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por "materias primas agrícolas", los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos que hayan sufrido una transformación inicial. Por "producto", se entiende también la electricidad"

48. LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *Ob. Cit.*, p. 71.

actualmente aparece de manera espontánea o ajena a la intervención humana, y, en tal condición, llega a disposición de los consumidores mientras que, de otro lado, ya se ha advertido que es más fuerte (como elemento a ponderar), la necesidad de protección a los consumidores ante la colocación de productos que se tornaron riesgosos como ocurrió con la carne de vaca a fines de la década de los 90 y comienzos del 2000. Ello modificó sustancialmente el panorama normativo dado el temor de la población ante la enfermedad. La transformación como intervención de los sujetos que forman parte de la cadena del suministro de productos, tuvo un peso específico en la construcción del régimen y, de hecho, mantiene valor en el juego económico de los intereses que cada legislador pretende proteger. Pero dado que en la actualidad, el ser humano interviene de alguna manera, en el proceso de generación del producto y en su colocación, se observa que no constituye un elemento indispensable para determinar la calificación del producto.

Para el Derecho norteamericano, el concepto de producto se ha desarrollado a partir del análisis jurisprudencial y aunque el *Restatement of Torts (Second)* de la responsabilidad por productos o *products liability*, no se pronunció de manera definitiva sobre el tema, se logró entonces cierto consenso en cuanto a que por producto se entendía para los efectos de la responsabilidad civil, a las cosas que integran o forman partes integrantes o accesorios de un producto final como a éste último, siendo el primer elemento a analizar, si el proveedor o demandado estaba en posición de prevenir el daño y difundir las pérdidas (49). La regulación denominada *The Product Liability Fairness Act of 1995* (50), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América, procuró lograr uniformidad y cierta equidad, señalando en su numeral 13) que es producto, cualquier objeto, sustancia, mixtura, o materia prima o sin refinar sea en estado gaseoso, líquido o sólido que es capaz de conformar una unidad por sí mismo o la parte por ensamblar o mezclarse o en estado combinado o partes componentes o ingredientes, con el agregado de que sea producido para ser introducido a un negocio o transacción o mercado, tenga un valor económico intrínseco y sea dirigido a la venta o arrendamiento hacia las personas para el uso comercial o personal. Esta normativa se constituyó en una guía que, en todo caso, respeta lo que cada Estado fija sobre el particular (51).

Cabe señalar que lo que fija un *Restatement* no vincula u obliga a las cortes cuando se pronuncian sobre un caso determinado y podría darse una consideración diferente en función de lo que las respectivas cortes opinen. No puede negarse, sin embargo, su notoria vigencia pues la mayor parte de los Estados han adoptado sus reglas.

Como ya se ha indicado en la primera parte de este trabajo, ante la expansión de las acciones de responsabilidad contra los productores y el impacto que tuvo la promulgación de la Sección 402 A del *Restatement (Second) of Torts* en 1965, se generó la revisión de la citada Sección y en 1992, el *American Law Institute*, encomendó a los profesores James A. Henderson y Aaron D. Twerski, la preparación de un proyecto, asumiendo el papel de *Reporters of the Project*, el que finalmente fue aprobado y promulgado en 1998, proporcionando una formulación sistemática de la responsabilidad por productos en América bajo un formato "black letter/comment".

Hacia fines de los 90, las Cortes de diversos Estados, han venido reaccionando de manera favorable en su mayor parte. La parte referida a las categorías de producto, aparecen en el *Comment b a 19 del Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, ampliando la definición y conteniendo la regla general por la que para los propósitos del *Restatement*, un producto es una propiedad calificada de personal, tangible, distribuida comercialmente para el uso o consumo, incluyendo aquellos que en el contexto de su distribución y uso, sean lo suficientemente análogos hacia la distribución y uso de una propiedad personal tangible siendo posible una apropiada aplicación de las reglas dadas por el *Restatement*. No son productos, los servicios que se brindan en el ámbito comercial. Se precisa en la Disposición 19, que la sangre humana y la piel también humana, aunque sean proporcionadas en el ámbito comercial, no son productos (52). La tendencia es, sin embargo, a eliminar los impedimentos para la calificación de productos (53).

Las diferencias fácticas han sido resaltadas por las Cortes; por ejemplo, en *Winter versus G.P. Putnam's Sons*, se observa el proceso, iniciado en 1991 (938 F.2d 1033 del Noveno Circuito), contra los autores de libros de recetas o la Enciclopedia de los Champiñones (*The Encyclopedia of Mushrooms*) por contener errónea o engañosa información respecto de los más mortales

49. JASPER, Margrethe C., *Ob. Cit.*, p. 5.

50. *Ibidem*, Apéndice I, p.p. 57 a 59.

51. *Ibidem*, p. 3.

52. HENDERSON, James A, y TWERSKI, Aaron D., *Ob. Cit.*, p. 46.

53. *Ibidem*, p. 47.

hongos (54). No se consideró allí, que una publicación fuera un producto no correspondiendo a quien lo publica, investigar las publicaciones. La aplicación de la responsabilidad estricta no ha sido absoluta y de hecho, en *García versus Kusan, Inc.* (655 N.E. 2d. 1290 en Mass. App. Ct. 1996), la Corte sostuvo que las instrucciones y la regla del libro sobre *Jockey* que motivó la demanda, no eran productos para la aplicación de la responsabilidad estricta (55). El demandante quedó herido en un ojo afirmando que el daño se había producido como resultado de las reglas impuestas en el juego las que constaban en un libro. Asumimos que una cierta relación de subjetividad en la percepción de la información y la ausencia de tangibilidad para cuantificar o analizar el caso bajo la responsabilidad estricta, influyó en la resolución.

Las partes componentes son productos vendidos o distribuidos separadamente o ensamblados con otras partes componentes (56). El resultado del ensamblaje de las partes componentes, es también un producto. Lo son también las materias primas sea que estén manufacturados sea el metal, la madera, la propia tierra o arena o los provenientes de la granja que sean cosechados o acumulados y vendidos en su condición natural o sin refinamiento inclusive hallándose prácticamente todos los bienes. La noción es más bien extensa y se relaciona con la puesta del producto en el mercado.

Ha jugado y juega un valioso papel, en el Derecho de los Estados Unidos de América, el análisis de la potencialidad dañosa y el papel que tiene cada productor o fabricante en los procesos de integración de un producto con otro (57).

Nuestra Ley de Protección al Consumidor no ha limitado la definición de producto solo a los bienes muebles (o a una cierta noción de mercancía "móvil") como se ha hecho, en el ámbito de los países integrantes de la Comunidad Europea. Tampoco se hace una mención expresa sobre la necesidad de que ellos superen un proceso de transformación. La respuesta en torno a que no es indispensable que el producto supere dicho proceso, aparece de una revisión sistemática de las actividades atribuidas al proveedor para calificarlo como tal. El artículo 3° y concretamente en el b.2) de la Ley, incluye como tal, a quien *extrae* o realiza una actividad primaria de *extracción*, de bienes, siendo posible reforzar la afirmación por la que la ley peruana no ha proyectado la concepción de producto al resultado de una transformación por el hombre. Cabe interpretar que hay un reconocimiento a que, lo que resulta de la mera *extracción*, es un producto.

Creemos que la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país ha privilegiado, como rasgo fundamental en la calificación de producto, la presencia de bienes que son objeto de transacciones comerciales en el ámbito del mercado, para el consumo o uso por los consumidores quienes a su vez, tienen derecho a acceder a los mismos bajo condiciones de seguridad.

No obstante que el objetivo de seguridad en la colección de productos, es tema fundamental en la agenda de todo Estado, para incentivar ciertas actividades o la producción de algunos bienes y, no gravándolas con la responsabilidad objetiva, ha supuesto, en muchos casos, exceptuarlas de regulaciones estrictas como parte de una elección de política gubernamental.

La regulación de los productos agrícolas, los provenientes de la ganadería, la pesca y la caza, conduce a un tema sumamente sensible y es el tratamiento de los alimentos, sobre el cual existe consenso en la necesidad de los cuidados que se deben tomar y la carga que se debe imponer para incentivar la protección de la salud de los consumidores. El problema radica en los recursos con los que cuenta cada Estado para aplicar mecanismos de control y los incentivos a la actividad cuando ésta es realizada por un importante sector de la población, afectada por la carencia de recursos básicos. La pobreza constituye gran limitante para fijar el control, descubrir el defecto e imponer reglas que no incidan en el precio de producto indispensables para proteger la salud y la vida; la situación general de productos farmacéuticos puede verse alterada de imponerse una carga de control excesiva sobre el producto. Será el caso concreto y la magnitud del riesgo, los que fijarán las pautas a seguir como una política realmente interesada en el bienestar de la población.

Como se ha mencionado, tomar como criterio el que las materias primas deban superar un proceso mínimo de transformación o manipulación para merecer la calificación de producto, es desconocer que en la actualidad, es muy poco lo que, surgiendo de la naturaleza, carece de intervención humana, mientras que, de otro lado, el solo hecho de que un bien pueda llegar con

54. *Ibidem*, p. 49.

55. *Ibidem*, p. 51

56. *Ibidem*, p. 505.

57. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p.p. 676 y 677. HENDERSON, James A, y TWERSKI, Aaron D., *Ob. Cit.*, p. 507.

defectos para consumo, involucra riesgos como, por la intervención de los proveedores, el deber de conferir al mismo, la dosis de seguridad a que las personas tiene derecho, cualquiera que sea la intervención. Desde este punto de vista, consideramos que la ley peruana propone un concepto que no incide en la idea de transformación pero tampoco la excluye sino que la tomaría como parte de una realidad a ser considerada en el caso concreto, a diferencia del esquema original de la Directiva europea. Como hemos indicado, la forma en la que se cuidan los sembríos o se alimenta a los animales o se controla su contagio de enfermedades graves para el hombre (como ocurre ante el mal de las "vacas locas") o se distribuyen los productos naturales, reclaman asumir como regla que siempre hay una forma de intervención humana susceptible de generar responsabilidad. Es valioso reconocer, cuando se habla de producto, que éste es un vehículo para la satisfacción de necesidades de uso y consumo de la población y como tal, debe apuntar a proporcionar seguridad y no riesgos más allá de lo razonable. En tal contexto, ingresan las medidas de seguridad a adoptar en bien de la población (58).

La realidad de las actividades agrícolas que desarrolla un importante sector de la población peruana, ajenos muchas veces, a la técnica y ciencia que rodea la producción moderna, nos enfrenta a un aparente conflicto pues no podemos igualar al agricultor peruano con el de otras áreas del mundo (salvo los de un desarrollo económico similar ubicados en el llamado *tercer mundo*) ni pensar que todos los casos, hay un esquema masivo de producción aunque éste es el objetivo de las economías. Aunque el problema de los alimentos, no abarca solo a tales bienes, sino que es todavía más vasto por su trascendencia en el proceso de consumo, es ineludible considerar en este terreno, que el grado de protección a mantener sea el más elevado. Si es posible orientar la responsabilidad civil hacia otros y no hacia el agricultor, no le será aplicable la obligación de reparar en caso de producido un daño. Es equitativo, por el bien de la población, considerar la aplicación del régimen de responsabilidad civil objetivo. Somos de la opinión, que aunque en este caso, habrá que considerar las circunstancias que rodean estas actividades de extracción, generación y comercialización de productos para establecer parámetros razonables de la previsibilidad, se debe ponderar y orientar la preferencia hacia la protección de la población consumidora.

Resulta claro que estos sectores no están realmente incorporados en los modernos procesos de producción ni conocen de las obligaciones del proveedor a que se refiere la ley. De la misma manera, la actividad agrícola nacional pasa por dificultades derivadas de la falta de inversión y adecuados incentivos. Esta es una realidad que no podemos ni pretendemos rehuir. Pese a ello, el bien jurídico a proteger es el derecho a la seguridad que tienen las personas cuando consumen o usan un producto, sea cual sea. La discusión queda en el análisis de la causalidad en cuanto a sí, para el proveedor, fue previsible el resultado dañoso dadas las circunstancias que rodean su actividad.

Las artesanías, son definidas como los productos generados por el arte de los artesanos, los que realizan su labor creativa a través de un trabajo manual (59). En el ámbito del Derecho comparado, y concretamente, en la Ley 21/1998 de 30 de noviembre, sobre ordenación, protección y promoción de la artesanía en la Comunidad de Madrid, hallamos una definición de artesanía, a toda actividad de creación, producción, transformación, reparación y restauración de bienes artísticos y de consumo no alimentario, incluida la prestación de servicios complementarios a la actividad principal, siendo la intervención personal, un factor decisivo, supervisando y controlando la totalidad del proceso el que da como resultado, un producto final individualizado, no susceptible de una producción industrial totalmente mecanizada o en grandes series, siendo imprescindible que la actividad tenga un carácter fundamentalmente manual. También se halló un antecedente por el que se definió al producto artesanal como aquel cuya producción, transformación y reparación se realiza mediante un proceso en el que la intervención personal, constituye un factor predominante, obteniéndose un resultado final individualizado que, en rigor, no se acomoda a la producción industrial totalmente mecanizada o en grandes series (60).

58. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.*, p. 490.

59. La Real Academia Española, en su *Diccionario de la Lengua Española*, *Ob. Cit.*, p. , define el verbo *extraer*, como sacar, arrancar, tomar parte de algo, separar una sustancia del cuerpo en que está contenida. Aunque ella conduce a una acción del proveedor, ésta es más bien, de carácter primario si se compara con la transformación.

60. La RD 1520/1982, de 18 de junio de 1982, normativa de ordenación y regulación de la artesanía, se ocupó del tema en España, no habiendo un criterio fijo para determinar si están excluidos o no del tratamiento de la regulación sobre responsabilidad por productos contenida en la Ley sobre

Como menciona De la Vega García, en el ámbito del Derecho español, el riesgo de daños ocasionados por este tipo de productos, podría ser mayor a los productos industrializados que, por lo general, están sometidos a reglas más estrictas; empero, la magnitud del daño en cuanto a número de afectados, podría ser menor por la naturaleza del producto y por una producción menos masiva (61). La producción de hoy, que sustenta al sistema, se caracteriza por la multiplicación de los peligros resultantes de un defecto como consecuencia de la industrialización, lo cual, genera una producción masiva y seriada estando presente, la modernización de los medios de colocación del producto. Sin embargo, aunque la producción artesanal no goce de los mismos atributos, de por medio se halla la protección al consumidor, pudiendo éstos revestir diferentes niveles de potencialidad dañosa. Por ejemplo, se podrían colocar en el mercado, tapices o juguetes que preparados con tintes y de manera artesanal, por un descuido en la depuración de los tintes, podrían envenenar a niños y adultos. No se ha producido una calificación que excluya al producto artesanal de las reglas de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la Directiva comunitaria. Patricia Cillero del Cabo, en su análisis sobre la responsabilidad del suministrador final en la Ley 22/1994 (62), subrayaba que por producto debía comprenderse a los productos industriales como a los artesanales.

La discusión en torno a la industrialización en la confección del producto, genera comentarios sobre la producción artesanal, importante para un importante sector de nuestra población. Como vimos, para ciertas regulaciones, el supuesto de la industrialización (con la masificación de la producción y distribución además de la colectivización del consumo) o la transformación, marca el umbral para la calificación de producto y, solo en ese supuesto, cabría hablar de responsabilidad por productos (63). Podría darse la duda en torno a que, ya que la industrialización constituyó el motor para crear el régimen, hasta donde procede extender la responsabilidad del proveedor cuando su intervención para colocar un bien en el mercado es artesanal. La regla de calificación del producto contenida en el artículo 3º, inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor, incluye a la artesanía como un producto. En efecto, el citado artículo 3º de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, solo hace alusión a que se denomina producto, a cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor. La Ley de Protección al Consumidor no apunta a la necesidad de transformación industrial o artesanal para calificar al producto.

Pero el tema, además, reviste importancia pues hay opciones que ejercita el legislador para excluir a ciertos bienes de la definición de producto, considerando también, los intereses de los agentes económicos. En todo caso, lo que ha primado es su inclusión bajo la premisa de protección general al consumidor.

La potencialidad dañosa, en nuestra opinión, se presenta tanto cuando tales artículos se producen de forma industrial o artesanal aunque ciertamente, la magnitud en cuanto al daño a las personas y el número de sujetos comprometidos, pueda ser menor que en el caso de productos fabricados y comercializados en el ámbito industrial. En todo caso, corresponde que el legislador nacional analice el ejercicio de su opción para excluir en el futuro o no a tales bienes como productos. La óptica de los incentivos podría conducir a que el legislador nacional, por ejemplo, interesado por fomentar esta producción, opte por excluirla del concepto de producto a efecto de limitar la aplicación de la responsabilidad objetiva. Conviene señalar que la exclusión radical, puede fomentar, sin embargo, una actitud poco diligente así como tratamientos diferenciados que pueden ser inaceptables cuando se trata de proteger a la víctima que resulta afectada de la misma manera, cuando el producto es de origen artesanal e industrial. No olvidemos, además, que la producción artesanal en nuestro país, goza de prestigio por su belleza, creatividad y variedad. Excluirla de reglas concebidas para resaltar el objetivo de seguridad en la colocación de productos, podría proyectar una imagen errada de inseguridad que desincentive su adquisición sobretodo, en el ámbito internacional.

productos defectuosos N° 22/1994 dictada en dicho país. Se ocupa de la materia, DE LA VEGA GARCÍA, Fernando, *Responsabilidad Civil Derivada del Producto Defectuoso. Un estudio de la Ley N° 22/1994 en el sistema de la responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1998, p. 80.

61. *Ibidem*, p. 80.

62. CILLERO DE CABO, Patricia, *La Responsabilidad Civil del Suministrador Final por los Daños ocasionados por Productos Defectuosos*, Madrid, Civitas, 2000, p. 146.

63. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, p.p. 672 y 673. Este autor formula una interesante descripción de los comentarios sobre el tema. También puede encontrarse menciones similares en PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección al consumidor*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1989, p.p. 478 a 495.

Con relación al agua potable y energía eléctrica, cabe señalar que la regulación nacional los ha tratado de manera independiente, esto es, sin someter de manera directa, a la Ley de Protección al Consumidor, la calificación y control de tales elementos. Organismos reguladores autónomos y especializados como OSINERG y SUNASS, se ocupan de dictar reglas sobre el uso y consumo de la energía eléctrica y agua, respectivamente, por las empresas que los proporcionan atendiendo los conflictos que se generan entre los proveedores y consumidores a consecuencia de las características de monopolio natural que tienen los servicios que se prestan en tales ámbitos (64), situación que incluye a la telefonía y al transporte.

Los referidos elementos, es decir, el agua y la electricidad, no son productos para la regulación nacional, considerándolos ésta, de manera expresa, como servicios. Tal calificación aparece en la Ley de Concesiones Eléctricas aprobada por Decreto Ley N° 25844 (de 19.11.92), modificado por Ley N° 27239 (22.12.99) y demás disposiciones reglamentarias y conexas como el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas contenido en el Decreto Supremo N° 009-93-EM de 25 de febrero de 1993, modificado por Decreto Supremo N° 017-2000-EM de 18 de setiembre de 2000 (65). El suministro de agua, está regulado básicamente, por la Ley General de Servicios de Saneamiento N° 26338 (de 24.07.94) y por su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 09-95-PRES de 28.08.95, el mismo que ha sufrido diversas modificaciones, aprobándose el Texto Único Ordenado mediante Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA de 29 de noviembre de 2005, publicado en el diario oficial el 01 de diciembre del mismo año (66).

No se advierte unanimidad en el Derecho comparado en torno a que sean calificados como productos o como servicios, el agua potable y la energía eléctrica.

La Directiva Europea N° 85/374/CEE, incluyó, de manera expresa, a la electricidad como un producto. Sobre el particular, Ana Isabel Lois Caballé (67), resalta que las circunstancias de la energía eléctrica y las condiciones de suministro en la Comunidad Europea hicieron aconsejable introducirla como tal en la Directiva y aplicar a su productor, la responsabilidad por los daños

-
64. A través del numeral 1.7 del documento ya citado, aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, de 07 de junio de 2001, publicado en el diario oficial "El Peruano", con fecha 09 del mismo mes y año, por el que la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, aprobó los "*Lineamientos sobre protección al Consumidor*", ha establecido la misma Comisión, que ella no será competente en el caso de servicios públicos cuando exista un órgano administrativo competente para resolver, en vía administrativa, los conflictos que pudieran suscitarse entre los consumidores y los proveedores, de determinado servicio público, por infracción a las normas, o a alguna de ellas contenida en la Ley de Protección al Consumidor, aún cuando se trate de una relación de consumo. Tanto el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 277-1999/TDC así como el artículo 46° de la Ley de Protección al Consumidor, deben ser entendidos en el sentido antes detallado lo que ha sido aclarado además, según la Comisión, en la Resolución N° 008-2001/TDC de fecha 5 de enero de 2001, dictada en el expediente N° 013-1999-CPC seguido por don César Avellaneda Portugal contra Telefónica del Perú S.A.
65. La citada Ley de Concesiones Eléctricas contenida en el Decreto Ley N° 25844, señala en su artículo 2°, que es servicio público de electricidad, el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados en el reglamento.
66. La referida Ley General de Servicios de Saneamiento, en su artículo 1°, especifica que ella se ocupa de establecer las normas que rigen la prestación de los servicios de saneamiento, destacando en el artículo 2°, que la prestación de los Servicios de Saneamiento comprende la prestación regular de servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como el rural. Según el artículo 4° de la Ley N° 26284 - General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, están sometidos al control de dicha Superintendencia, los servicios de saneamiento, los cuales comprenden: a) el agua potable, b) el alcantarillado sanitario y pluvial; c) la disposición sanitaria de excretas. El artículo 2° de la Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Saneamiento, aprobada por Decreto Legislativo N° 908, que no rige hasta la fecha, expresa que el *agua potable* es el agua apta para el consumo humano, de acuerdo con los requisitos establecidos por la normatividad vigente. Mediante el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2005-VIVIENDA, se señala en el artículo 4°, 1) referido a las definiciones, que es agua potable, "el agua apta para el consumo humano, de acuerdo con los requisitos fisicoquímicos y microbiológicos establecidos en la normatividad vigente".
67. *Ob. Cit.*, p. 97.

que ésta genere; destaca la citada Lois Caballé que ya habían pronunciamientos judiciales derivados de las alteraciones o más bien, de los perjuicios causados a la población por su uso o consumo (68). La discusión sobre si la electricidad debe ser considerada un producto o un servicio, indiscutiblemente público, ha estado presente en Europa. Lo que habría orientado al legislador comunitario a favor de su inclusión, es la necesidad de reconocer la importancia que tiene en la vida de las personas, lo que justifica un mayor estándar de protección que aparece en la Directiva Comunitaria no estando éste considerado, cuando se analiza la responsabilidad por servicios defectuosos. Se ha destacado que, en este sentido, la Directiva propuso una mayor defensa pues en los Estados Unidos de América, no habría estado incluida la electricidad como un producto y, por tanto, ella no fue sometida a la responsabilidad estricta (69).

Sobre el particular, menciona Margrethe C. Jaspers que el término ha sido extendido hasta comprender la energía eléctrica distribuida hacia el consumidor (70). En los Estados Unidos de América, mediante el Título I, Sección 101 sobre definiciones, y concretamente el numeral 13), (B) de la regulación llamada *The Products Liability Fairness Act of 1995*, el término producto, no había incluido a la electricidad, el agua transportada o enviada para su uso, el gas natural o el vapor (71).

A su vez, el apartado 19 del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* (1998), precisa que para los propósitos de éste, un producto es una propiedad personal y tangible, distribuida comercialmente para uso o consumo; los servicios, aunque sean proporcionados en el ámbito comercial, no son productos (72). Resulta notorio que los servicios de los abogados, arquitectos, médicos, no admiten la calificación de producto. Sin embargo, no queda claro que la electricidad se encuentre excluida de tal calificación. Henderson y Twerski, resaltan que un pequeño número de cortes, ha rechazado el considerar a la electricidad como un producto (73). La posición mayoritaria, se inclinaría por concederle el carácter de producto cuando llega al consumidor y es colocado en el ámbito del comercio y de hecho, el *Restatement (Third) of Torts*, resalta que la electricidad podrá ser considerada un producto cuando el contexto de su distribución y uso, sea suficientemente análogo a la distribución y uso de un bien o propiedad tangible y personal de acuerdo a las reglas fijadas en el *Restatement* (74). En todo caso, para algunos, recurrir a un factor estricto de responsabilidad era, incluso, inapropiado en la medida que las características de colocación del producto, supone una forma particular de venta que no hace necesario aplicar dicho patrón. No se observa, un tratamiento uniforme en el tema de la electricidad.

Somos de la opinión que el agua, sobretodo, y la energía eléctrica, son productos que llegan al público como elementos resultantes de las acciones de sus proveedores, desde las formas que la naturaleza nos brinda, siendo modificados por la intervención humana, sea para tornarla potable (como ocurre con el agua al que se le agregan distintas sustancias operando su procesamiento) o para producir un trabajo mediante el uso de la energía la misma que en el caso de la electricidad, se traduce en fenómenos mecánicos, luminosos, térmicos, físicos y químicos (75). Lo distintivo y esencial es el suministro de tales elementos, o su colocación y uso o consumo como resultado hasta cierto punto, individualizado y desprendido de una actividad, que los proveedores realizan para poner al alcance de los consumidores (como la instalación de postes y tubos). No obstante que tal consumo o uso de tales elementos, ocurre tras un proceso de generación de los mismos, y que el suministro de tales productos, coexiste o convive con servicios complementarios y diversos referidos a la instalación o conexión y reparación de las vías a través de las que llegan al consumidor, estos elementos, son, según el caso, una *cosa producida* o un resultado que prevalece sobre el conjunto de prestaciones que aunque necesarias, no restan mérito a la

-
68. Mediante sentencia del Tribunal de Instancia de Grenoble de 23 de junio de 1988, en *Établissement Guillaumin et fils contra E.D.F.*, planteada por haber sufrido los primeros daños como consecuencia de cortes de suministro eléctricos prolongados y la sentencia de la Corte de Apelación de Angerse de 16 de diciembre de 1987 en *Briant et autres con E.D.F.*, planteada por unos horticultores que perdieron su cosecha a consecuencia de apagones que originaron la suspensión en el funcionamiento de los calentadores de sus invernaderos. *Ob. Cit.*, p. 97.
69. *Ibidem*, p.p. 97, 98 y 99.
70. *Ob. Cit.*, p. 5.
71. *Ibidem*, Apéndice I, p. 59.
72. HENDERSON, TWERSKI, *Products Liability. Problems and Process*, *Ob. Cit.*, p. 48.
73. *Ibidem*. p. 48.
74. *Ibidem*. p.p. 46 y 48.
75. Real Academia Española, *Ob. Cit.*, Tomo I p.

posibilidad de una calificación jurídica que lo incluya como producto. El agua potable, al igual que la energía eléctrica, el gas y cualquier suministro de calor o frío merecen ser, a nuestro parecer, encuadrados en la categoría de producto ⁽⁷⁶⁾.

La diversa normativa especial dictada en nuestro país, antes citada, no les asigna la calidad de producto. La preocupación del legislador se ha centrado en introducir condiciones de competencia ante el monopolio que generan las características de estas actividades en el mercado, buscando beneficiar al consumidor. Es correcto que también hay una especialización del órgano regulador que permite analizar el tema de la actividad de los regulados inclusive en tema de seguridad. No vemos sustento para que se analice dicha responsabilidad bajo un factor subjetivo. Se les debe aplicar la regla general de calificación de producto y de responsabilidad objetiva, contenidas en los artículos 3° y 41° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país en forma supletoria a la regulación general que regula la situación de cada elemento.

Las políticas públicas, han procurado sustituir el monopolio por la competencia o en regular el precio que cobra el monopolista y la propia definición de servicios públicos, podría haber colaborado en obviar o negar la calificación de producto al resultado de la actividad. Sin lugar a dudas, la redacción de la normativa dictada sobre el tema, apuntaría a reforzar el carácter de servicio público y no de producto aún cuando esa sea su real naturaleza. El que haya una actividad por regular por razones económicas, vinculadas a la presencia de monopolios naturales que pueden afectar al consumidor, no resta mérito a la distinción entre servicio y producto. Se puede interpretar que hay un vacío el que puede permitir un proceso de integración que admita la aplicación supletoria de la Ley de protección al Consumidor y concretamente, la del artículo 32° y demás artículos citados. La vía del factor de atribución puede permitir, en todo caso, obtener un resultado destinado a proteger al consumidor. No hay referencia en la normativa particular, sobre el factor de atribución de responsabilidad aplicable al proveedor; se menciona que ellas son de utilidad pública (77), lo que involucra un concepto jurídico que sirve de base para la actuación administrativa general, suponiendo la conveniencia o interés de la generalidad de los ciudadanos para el establecimiento de servidumbres, de la expropiación, e inclusive para regular el derecho de huelga, etc. (78). La importancia de tales actividades para los consumidores resulta clara más no la normativa a aplicar en cuanto a la responsabilidad civil aplicable, en ausencia de indicación expresa en la legislación sobre la materia. Somos de la opinión que en este caso, de manera supletoria, para el supuesto de relaciones entre consumidores y proveedores, se aplica la Ley de Protección al Consumidor con un factor de atribución objetivo. Si bien, el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor (modificada por la Ley N° 27311), coloca bajo el mismo factor de atribución objetivo, la responsabilidad que corresponde al proveedor por los productos y servicios, podrían interpretar algunos que no rige tal normativa cuando se trata de analizar la actividad de los proveedores o suministradores de agua y energía eléctrica sino que, en ausencia de regla que fije un factor de atribución objetivo por las leyes especiales, se aplica el Código civil. De ser ese el caso, también existe la posibilidad, equivocada en nuestra opinión, que se pretenda atribuir un factor subjetivo en función del artículo 1969° del Código Civil. Creemos, sin embargo, que de hallarnos en el supuesto indicado, se debe considerar las graves consecuencias o la potencialidad dañosa que un defecto puede generar en la población lo que debe orientar los criterios interpretativos por la vía de la aplicación de principios que animan el derecho a la vida,

76. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ibidem*, p. 485.

77. Mediante el artículo 2° de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada por el Decreto Ley N° 25844, se destaca que el servicio público de electricidad es de utilidad pública. El artículo 3° de la Ley N° 26338 General de Saneamiento, como la Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Saneamiento, aprobada por Decreto Legislativo N° 908 de 03.08.2000, declaró que los servicios de saneamiento y las obras destinadas a su prestación son de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional cuya finalidad es la protección de la salud de la población y el medio ambiente. No obstante que el Decreto Legislativo N° 908 no ha entrado en vigencia aún (y parece que nunca se aplicará) al no dictarse la respectiva reglamentación, según su Sexta Disposición Final, se advierte que la concepción de necesidad y utilidad pública está presente en todo contexto dadas las características particulares de esta actividad que concentran servicios públicos y masivos así como, al mismo tiempo, la colocación de un producto en el mercado. Más allá de las facetas de control, importa la claridad en la protección ante el riesgo, lo que nos ha llevado a tratar, aquí, el factor de atribución como complemento de cualquier omisión o discrepancias en torno a si merece o no, el agua o la electricidad, la calificación de producto.

78. La definición aparece en el Diccionario Jurídico de José Ignacio Fonseca-Herrero-Raimundo y María Jesús Iglesias Sánchez, *Ob. Cit.*, p. 354.

a la integridad física y mental como la protección a los bienes de los consumidores, por ejemplo, cuando por un equivocado diseño del régimen de potabilización del agua, se permiten elevados niveles de arsénico. No se justifica un tratamiento diferenciado que impida aplicar un régimen para la protección del consumidor (79).

La generación de la energía de origen nuclear tiene, en diferentes ordenamientos, un tratamiento especial y la regulación peruana no es la excepción (80). Independiente de que para la regulación nacional, esta forma de generación de fuerza, se mantenga en el rango de servicios y no de productos, no oculta el hecho de que no nos hallamos ante una forma de energía común. Hay una peligrosidad inevitable que rodea su uso y consumo. En el caso de su generación, se hace necesario tener, sin lugar a interpretaciones diferenciadas, reglas que impongan controles y de responsabilidad objetiva aunque también, la necesaria concertación a un ámbito mayor que el del simple uso o control por un Estado. Conceder tal tratamiento colectivo ante los riesgos que ocasiona su generación o manipulación o la hipótesis de un accidente masivo, no afecta la obligación que asiste al proveedor de bienes específicos. Los productos consistentes en isótopos radiactivos son utilizados en medicina con fines terapéuticos (para la cura del cáncer) y para el diagnóstico. Si bien la manipulación generalizada de la energía nuclear, está sometida a un tratamiento específico que es también objetiva por la naturaleza misma de esta energía, respecto de bienes como los isótopos radiactivos y otros, no procede una exclusión de la categoría de productos y, por ende, se les aplica una responsabilidad objetiva sin lugar a dudas.

Sobre el particular, el artículo 14° de la Directiva Comunitaria, ha señalado que están excluidos de dicha normativa, los daños que resulten de accidentes nucleares y que estén cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros. Esa doble condición, que los daños resulten de los indicados accidentes pero, también, que estén cubiertos por convenios internacionales, debe darse para aplicar la exclusión. Caso contrario, rige la directiva comunitaria sobre productos antes citada. El daño por accidentes nucleares no cubiertos por los convenios internacionales, e inclusive los casos en los que no sea posible considerar que hay un accidente nuclear con daños provenientes de la manipulación de dicha energía sino más bien, por un defecto en el producto específico (como por ejemplo, de los destinados a ser utilizados con fines médicos como es la máquina que irradia cobalto), éstos estarán inmersos en la dinámica de los productos según el artículo 14° de la Directiva. Se aplica en Europa, el Convenio de París de 29 de julio de 1960, sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, su protocolo adicional de 28 de enero de 1964, y otros documentos complementarios y adicionales que se extienden hasta el Protocolo que modifica el Convenio de París, de 16 de noviembre de 1982 (81).

Respecto de lo expresado por el Derecho Comparado y por el nacional, conviene destacar que no vemos problemas en la inclusión de los bienes inmuebles como productos coincidiendo totalmente, con el criterio recogido por la ley peruana y con la forma en la que se aplica la mencionada normativa (82). La Directiva europea y la regulación de los Estados miembros, los

-
79. A través del numeral 1.7 del documento ya citado, aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, de 07 de junio de 2001, publicado en el diario oficial "El Peruano", con fecha 09 del mismo mes y año, por el que la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, aprobó "*Lineamientos sobre protección al Consumidor*", la mencionada Comisión, precisa que la ley especial sobre la materia primaria sobre la general, reconociendo tal rango a la Ley de Protección al Consumidor que, para el tema del factor de atribución, mantendría vigencia al no fijarse regla específica en la ley especial. Este criterio, con el cual coincidimos, aunque marca una pauta, no obliga al Poder Judicial.
80. La Ley peruana de Concesiones Eléctricas aprobada por Decreto Ley N° 25844 de 06.11.92 señala lo siguiente:
"Artículo 5°.- La generación de energía eléctrica de origen nuclear se normará por ley expresa."
81. Sobre el tema, hay una amplia descripción de la normativa aplicable en el seno de los países o Estados integrantes de la Comunidad Europea en el trabajo de DE LA VEGA GARCÍA, Fernando, *Ob. Cit.*, p. 81.
82. Sobre este tema, hay un pronunciamiento vertido en la Resolución N° 258-97-TDC dictada en el expediente N° 816-94-C.P.C., en la denuncia presentada por don Miguel David Lobatón Palacios contra C.V.O. Inmobiliaria S.R.LTDA. por el que se sancionó a un proveedor que vendió un inmueble que no contaba con instalaciones eléctricas cuya colocación, generaba un alto costo para el consumidor, no teniendo el predio, las características ofrecidas por el proveedor. La resolución no está referida a la seguridad de los productos pero demuestra la facilidad con la que se analiza la situación de los inmuebles.

excluye por considerar que están sometidos a un proceso diferente regido por el contrato de obra, integrantes a su vez, de una categoría mayor como la locación de servicios, en nuestra opinión, lo que finalmente se genera es un producto susceptible de recibir las mismas calificaciones dadas a los bienes muebles. No hemos hallado limitación para considerar a los inmuebles, como parte de los productos, en el Derecho aplicado en los Estados Unidos de América. Por ejemplo, en *The Product Liability Fairness Act* del año 1995 (83), no aparecen los inmuebles como excluidos de tal calificación, lo que nos lleva a considerarlos como tales. Se reconoce la validez de la normativa de cada Estado. El acta, sin embargo, facilita asumir una tendencia a la uniformidad normativa. La propiedad real o inmueble, tampoco ha sido excluida de la calificación de productos, y, por el contrario, será considerada como tal cuando en el contexto de su distribución y uso, sea suficiente análogo a la distribución y uso de una propiedad tangible y personal, de acuerdo al Apartado 19, a) del *Restatement (Third) of Torts* (84).

Resulta interesante formular una acotación respecto de los productos incorporeales. Se debe tener muy claro que éste de ser producido masivamente o no, debe tener un substrato susceptible de generar daños a efecto de considerarlo producto (85). Así, por ejemplo, somos de la opinión que habrá responsabilidad del creador de un sistema de cómputo diseñado para manejar una máquina destinada a irradiar alguna energía peligrosa como el cobalto en el tratamiento de alguna dolencia y que, por error en el diseño mismo, termina exponiendo a los pacientes a una excesiva cantidad de radiación causando la muerte o daños irreparables en las personas. Pensamos que bajo tal supuesto, nos hallaríamos ante un producto inmaterial (creación intelectual) que tendría que ser analizado como tal ante el daño y la hipótesis o estándar de defectuosidad.

Sobre los productos que se someten a transformación, mezcla o ensamblaje, se debe analizar la forma en la que se producen esos procesos de integración hasta llegar a un producto final aunque ello no determina el que las partes integrantes o accesorias pierdan según el caso, el carácter de productos (86).

Para el *Restatement*, la sangre y la piel, aunque sean proporcionados comercialmente, no están sujetas a sus regulaciones; así se precisa en la Subsección 19 (c). La pregunta que Henderson y Twerski (87) se hacían era si, cuando un banco de sangre o un hospital, vendían sangre contaminada que causaba daños al receptor, era posible aplicarles la responsabilidad estricta en función del régimen *Tort*. La respuesta a la pregunta podría ser afirmativa (88), razón por la que el *Restatement* no indicó que no fueran productos. Simplemente, se ha tenido en consideración que, de imponer la responsabilidad estricta, se podría afectar la transferencia de recursos vitales por lo que, aunque se establecían escudos de protección para prevenir daños, en muchos casos, se optaba por las reglas de negligencia y no de responsabilidad estricta (89). Lo que se mantiene es la presencia de rigurosos controles que colocan a la responsabilidad con carácter estricto del estándar profesional de cuidado, lo que se hizo evidente en *United Blood Services versus Quintana* (827 P.2d 509 en Colorado, 1992), caso en el que una persona que adquirió SIDA por una transfusión de sangre contaminada, demandó a United Blood Services por su negligencia al

83. JASPERS, Margaret C. *Ob Cit.*, Apéndice I, p. 59.

84. HENDERSON Y TWERSKI, *Ob Cit.*, 46.

85. PAYET, JOSÉ Antonio, *Ibidem*, p.p. 684 y 685. Como bien indica ese autor, la cuestión sobre si el objeto incorporal es un producto ha sido materia de procesos en el caso de accidentes de aviación en los que se ha demandado ante una Corte de los Estados Unidos al autor y fabricante de cartas de navegación que al parecer, causó daños. Se reconoció que dicha carta era un producto.

86. En este sentido, es importante citar una sentencia pronunciada en el año 1963 en Nueva York en los seguidos por *Golberg* contra *Kollsman Instrument Corporation* en la que no se impuso responsabilidad al fabricante de una de las partes, en este caso, un altímetro defectuoso que habría causado un accidente aéreo. Se responsabilizó sin embargo, al fabricante de la aeronave. Lo interesante del tema es que posteriormente, ese fallo perdió vigencia pues en el proceso seguido por *Sevits* contra *Mc Kiernan Terry Corp.*, la Corte Federal impuso responsabilidad al fabricante de una parte integrante defectuosa en la medida que el productor del producto terminado, el Gobierno Federal, no podía ser demandado. Citado por PAYET, José Antonio, *ob. cit.*, p.p. 676 y 677. Lo interesante de este proceso radica en el objetivo de protección que animaría a las cortes para procurar la protección de la víctima.

87. *Ob. Cit.* p. 46.

88. *Ibidem.* p. 54.

89. *Ibidem.* p. 54.

controlar y pasar por las respectivas pruebas, la sangre portadora del virus que le fue colocada. Se reconoció como un defecto en el debido ejercicio de la profesión o del servicio (90).

Los adelantos en materia de clonación (91), tanto de órganos y de tejidos, agrega nuevos temas a la larga discusión sobre el tratamiento jurídico de las sustancias de origen humano (la sangre, tejidos) y los mismos órganos planteándose como tema de interés, si ellos pueden ingresar a la calificación de productos. Hay una notoria potencialidad dañosa o riesgo hacia el ser humano cuando, por alguna razón, no se cumplen los controles de su transmisión, existiendo lamentables precedentes en cuanto a los daños generados por transfusiones de sangre contaminada con el Virus del Sida o la Hepatitis "A" y "B". Ello ha originado, en el ámbito mundial, la emisión de sentencias, indicadas en la primera parte de esta investigación (92) advirtiéndose discusiones sobre si se aplicaba la calificación de producto (93), incidiendo en la restricción en su transferencia por razones de orden público apuntando a calificar la responsabilidad en el ámbito de los servicios no obstante la discusión sobre si, inclusive, si debía recurrirse a la garantía por vicios ocultos (94). Hay de por medio, consideraciones éticas y filosóficas que han rodeado a estas sustancias u órganos para no someterlas al tráfico o a la transacción comercial lo que ha sido objeto de apasionadas discusiones (95).

Tanto el Código civil peruano y la diversa normativa de salud en nuestro país (entre la que podemos citar, La ley General de Salud, la Ley N° 28189-General de Transplante de Órganos y Tejidos Humanos y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2005-SA, modificado por Decreto Supremo N° 022-2005-SA, les confiere un trato general que niega el calificativo de "cosas", y apunta a una entrega de órganos y tejidos a título gratuito o donación y a controles sanitarios. Precisa la Ley General de Transplante de Órganos y Tejidos Humanos, en su Artículo 2° que se ocupa de "Garantías y principios", que son garantías y principios de la donación y trasplante de órganos y tejidos: 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; 2. La voluntariedad, altruismo, solidaridad, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y el anonimato; 3. La equidad en la selección y el acceso oportuno al trasplante de los posibles receptores; 4. La adopción de medidas necesarias para minimizar la posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos a la vida o la salud y asegurar las máximas posibilidades de éxito del trasplante; 5. El establecimiento de sistemas de evaluación y control.

La regla es que la transferencia onerosa de órganos y tejidos humanos, ha sido limitada por razones de orden público y por normativa expresa. Los artículos 6° a 9° del Código Civil, referidos a los derechos de la persona, y la Ley General de Salud de nuestro país, en su artículo 8° (96), en líneas generales, ratifican que los actos de disposición del cuerpo humano se realizan

90. *Ibidem*, p.p. 53 y 54.

91. Para la Real Academia Española, se denomina *clonación*, en biología, a la acción o efecto de clonar (*Ob. Cit.*, Tomo I, p. 570), calificándose como *clonar*, a la producción de *clones*. A su vez, el mismo Diccionario de la Real Academia Española, define como *clon*, en biología, al conjunto de células u organismos genéticamente idénticos, originados por reproducción asexual a partir de una única célula u organismo por división artificial de estado embrionarios iniciales como al conjunto de fragmentos idénticos de ácido dextrorribonucleico obtenido a partir de una misma secuencia original, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 570. Sobre el tema de la clonación, tuvimos la suerte de conversar el 04 de mayo de 2006, con la doctora María I. Quiroga de Michelena quien, desde su Centro Médico Especializado en Genética, esclareció muchas de nuestras dudas sobre la real posibilidad de clonar órganos humanos y como se produciría esta acción. Agradecemos tanto el tiempo concedido como el interés que muestra por transmitir sus conocimientos.

92. Por ejemplo, según información periodística difundida por "El País" el 19 de marzo de 1987, en sus páginas 26 y 27, informa que un fármaco, el coagulante factor VIII, preparado a partir de un concentrado de plasma, transmitió el virus del SIDA a 6,000 hemofílicos en Alemania. Ver también PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.*, p. 493. Este es solo una muestra de los muchos casos de daños vinculados al consumo de sustancias humanas.

93. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 680.

94. Mazeaud-Tunc, *Ob. Cit.*, Tomo I, Vol 1, p. 210. Citado también por Payet, *Ibidem*, Tomo II, p. 682.

95. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ibidem*, p.p. 492 y 493.

96. "Ley General de Salud:

Artículo 8.- Toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos de cadáveres o de animales para conservar su vida o recuperar su salud. Puede, así mismo, disponer a título gratuito de sus órganos y tejidos con fines de trasplante,

a título gratuito, siempre que con ello, no se ocasione grave perjuicio a la salud o comprometa la vida del donante. Según el artículo 6° del Código civil, están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo, cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Dicho artículo, agrega que serán válidos estos actos, si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Se rechaza la posibilidad de que exista ánimo de lucro o un intercambio oneroso respecto de los órganos y tejidos humanos señalando a la donación o cesión gratuita como el único camino válido en estos casos.

Por otro lado, bajo una interpretación literal de lo que señala la Ley de Protección al Consumidor, es evidente que además de las limitaciones planteadas, hay otras que impiden identificar como proveedor, a la persona o personas que realizan la disposición de su propio cuerpo sea al transferir sus órganos, tejidos o sustancias. Reiteramos, en todo caso, que serán los avances tecnológicos y científicos los que podrían generar sorpresas en cuanto a la necesidad de actos de disposición del cuerpo de una persona para producir piel, sangre y órganos (97). En

injerto o transfusión, siempre que ello no ocasione grave perjuicio a su salud o comprometa su vida.

La disposición de órganos y tejidos de seres humanos vivos está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante. Los representantes de los incapaces, comprendidos dentro de los alcances del Artículo 4 de esta ley, carecen de capacidad legal para otorgarlo.

Para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres se estará a lo declarado en el Documento Nacional de Identidad, salvo declaración posterior en contrario hecha en vida por el fallecido que conste de manera indubitable y los casos previstos en el Artículo 110 de la presente ley.

En caso de muerte de una persona, sin que ésta haya expresado en vida su voluntad de donar sus órganos o tejidos, o su negativa de hacerlo, corresponde a sus familiares más cercanos disponerlo."

97. La materia tiene proyecciones fabulosas en las que la ciencia y la tecnología nos asombra por la velocidad de su avance. La regulación la sigue a paso lento siendo indispensable dotar al tratamiento jurídico de referencias éticas que pongan límite a la manipulación genética o a un uso de tal ciencia que represente experimentar con la vida y a la integridad de la persona humana. La clonación es bastante más compleja de lo que podemos suponer involucrando, como mencionaba la citada doctora Michelena, procesos biológicos que pueden alterar de manera definitiva, la forma de vida futura de aquello que se somete a él siendo una fuente de riesgo. Según ratificó la doctora Michelena, los médicos suelen utilizar la palabra *producto* para referirse a los resultados de los procesos biológicos que son desarrollados y utilizados en esta importante materia como puede ser la piel que es sometida a "cultivo" y luego, es colocada en las personas para propiciar la regeneración de la misma para personas quemadas. Pero es obvio que en no muchos, éstos no ingresan a la categoría que manejamos en cuanto a estar sometidos a un mercado y a la transacción comercial de intercambio a cambio de un precio por darse situaciones de orden público que limitan su tratamiento. Existe la clonación terapéutica destinada al tratamiento de las enfermedades como la clonación reproductiva que supone perpetuar pero también reproducir la especie. La primera se realiza en el país y en todo el mundo, involucrando por ejemplo, utilizar las células de una persona que son colocadas en otra sin información genética (vacía) para reinstalarla en su propio organismo y propiciar el desarrollo de células deterioradas lo que no supone afectar la vida de aquel a quien se retira las células que serán usadas en este proceso. La médula espinal de las persona, contiene un "banco" de células valiosas para este proceso. En el caso de la reproductiva, se crea una *blastocito* que, por lo menos en teoría (aunque de difícil realización en la práctica aún), puede generar una nueva vida si se implanta en un útero y supera el proceso de desarrollo. Como menciona la doctora Michelena, no solo es difícil el proceso biológico de clonación cuyo resultado final en cuanto a lo que ocasionará en la especie, aún desconocemos sino que trabajar con la clonación, representa enfrentar el rechazo de los implantes cuando se colocan en un ser humano y con ello, la sobrevivencia pero también, la deformación. Para llegar a la famosa oveja "Dolly" se desarrollaron muchos animales deformados que no lograron sobrevivir. No se puede pensar, pues, en un mercado de "hígados, riñones, páncreas", no solo por cuanto en términos científicos, ello no resulta posible aún, sino también por enfrentar el trabajo con células que pueden generar rechazo en las personas lo que genera nuevos riesgos pero características especiales, un poco,

nuestra opinión, hay aún razones de carácter ético sobretodo pero también prácticas (derivadas de la necesidad de imponer controles por ser fuente de riesgo y de conflicto ante su uso descontrolado y abusivo en desmedro de la especie humana, entre otras) que llevan a limitar el someter dichas sustancias y órganos al tráfico comercial y por ende, darle la categoría de productos para los fines de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país.

La Ley N° 26454, por la que se declaró de orden público e interés nacional, la obtención, donación, conservación y suministro de sangre humana, ratificó en su artículo 9° que la donación de sangre humana, es un acto voluntario y gratuito, realizado con fines terapéuticos o de investigación científica, quedando prohibido “el lucro” en las actividades que se relacionan con la sangre humana. El legislador peruano, en todo caso, ya ha adoptado una posición al respecto que rechaza la aplicación de cosa y de producto. Más aún, hay evidentes problemas para considerar que la piel, la sangre y los órganos, en líneas generales, sean el resultado de un proceso de transformación o de producción de parte de un proveedor. La ciencia y la tecnología permitirán aclarar, sin embargo, la posibilidad de inducir la generación de tales sustancias y órganos sin alterar la naturaleza humana o manipular la creación de una persona con tales fines. El Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 03-95-SA, complementa la prohibición a la comercialización (98). Las regulaciones nacionales ratifican la necesidad de rigurosos controles en su transmisión. Empero, en la práctica, ha operado y opera también, su transferencia a título oneroso aunque en forma oculta e ilegal.

La importancia del tema, radica en todo caso, en asegurar las mejores condiciones de seguridad y privilegio en la atención para todos, de las sustancias, tejidos y órganos humanos procurando también, visualizar la realidad de los costos que supone la obtención de tales órganos. La clonación impone nuevos retos jurídicos pues el desarrollo de la técnica y la ciencia viene facilitando el que no se ponga en peligro la vida de las personas que se someten a la clonación terapéutica. Resulta evidente que los problemas éticos y las consideraciones filosóficas imponen considerar la especial naturaleza de los órganos, tejidos y sustancias, y por esa vía, subsisten las observaciones. Es un tema que deberá ser trabajado a partir de principios jurídicos de defensa de la vida y la integridad basándonos en razones de orden público pues poco o nada hay en regulación jurídica expresa. Las reglas dictadas se relacionan con impedimentos a la experimentación y la manipulación genética, debiendo ser tratados tales órganos y sustancias por su origen y por el papel que juegan para la supervivencia de las personas, respetando además, que para la obtención de órganos y células clonadas (que no se ha planteado aún como una realidad concreta), se requerirá manipular células humanas que pueden generar un ser humano.

Con el ánimo de profundizar en la discusión, habría que considerar que, el respeto a la vida y la mejora de sus condiciones, involucra asumir el beneficio que supone la clonación de órganos con fines terapéuticos siempre que no supongan crear células que puedan generar una vida, la cual, deberá ser eliminada o absorbida por la vida que se pretende salvar. De ello se desprende concebir utilizar lo avanzado en esta materia para fijar el principio de seguridad. En algunos casos, habrá que reconocer aspectos de onerosidad inevitables que requieren ser ventilados y regulados para evitar circuitos clandestinos de comercialización. La idea es tomar las medidas correctivas correspondientes pues en la práctica, ya se producen situaciones de tráfico o comercio de órganos que se podrían generalizar y mantener cuando se abaraten los costos para la clonación. La pobreza de nuestra población es un factor a considerar pues ella es aprovechada en la práctica por quien puede pagar el precio del proceso y ocultarlo con suficiente facilidad.

cautivas para esta labor. Por lo general, se trabaja con cédula de la misma persona destinadas a ser colocadas en ella. La intención de profundizar en el tema, radica en que, indudablemente, este proceso puede salvar vidas, pero, además de una notoria potencial dañosa en los resultados del mismo, la desesperación de las personas por salvar sus vidas y la de sus seres queridos y el uso de recursos de quienes pueden pagar y, de seguro, pagarán por lograr una oportunidad de vida, nos hallamos ante el riesgo de la manipulación y experimentación con la vida humana. El Derecho tiene que estar en posibilidad de ofrecer una respuesta ponderada ante estos casos.

98. Sobre el particular, el Decreto Supremo N° 03-95-SA por el que se aprobó el Reglamento de la Ley N° 26454, que a su vez, declaró de orden público la obtención, donación, transfusión y suministro de sangre humana, señala lo siguiente:

Artículo 22.- La donación de sangre o sus componentes es un acto voluntario, solidario y altruista, por el cual una persona da a título gratuito, para fines terapéuticos, de diagnóstico o de investigación, una porción de su sangre en forma libre y consciente.

Artículo 23.- Queda prohibida la comercialización de sangre humana para fines de transfusión, así como la exportación de la sangre humana y de sus componentes."

Como indicamos, el comercio a título oneroso de la sangre y tejidos humanos ya se produce y existen inclusive instituciones que en otros países operan como “bancos” de sangre bajo expresos fines de lucro ⁽⁹⁹⁾.

La historia referida a las posibilidades que ofrece la clonación recién comienza siendo muy amplias las opciones que ofrece la ciencia y la tecnología ante lo cual es también inevitable cuestionamiento sobre lo que hay y habrá tras los numerosos procesos científicos y tecnológicos, gracias a la clonación. Compartimos el criterio de quienes consideran que hay principios éticos que imponen respetar la dignidad del ser humano de donde proviene el tejido, órgano o sustancia sometida a tales procesos como aquel cuya vida se busca salvar o preservar. No se puede concebir a la persona que transfiere sus tejidos, órganos o sustancias como proveedor al rechazar, por razones éticas, la consideración de que pueda someterlos a transacción comercial. Pero, hay que reconocer el fin que cumplen estos órganos, tejidos y sustancias lo que genera, sin lugar a dudas, importantes consecuencias y riesgos para la vida humana. La intervención regulatoria se hace necesaria como también, la presencia de un régimen de referencia que atienda a la protección a las víctimas, al respeto a la vida humana y a su dignidad, considerando los costos de experimentación y manipulación, sobretodo, bajo reglas de seguridad y de respeto a los valores que inspiran una sociedad humanista. De la mano de la información médica correspondiente, será necesario fijar pautas a través de comités de ética (100), regulación y control, dependientes de la autoridad de salud los que deberán respetar el régimen de atención a los consumidores siendo necesaria o conveniente la intervención de Indecopi (101). A partir de la sangre humana o de los derivados de ella se fabrican productos farmacéuticos. Como ya indicamos, el tratamiento jurídico de la sangre y sus derivados ha sido conectado con los servicios de control en las pruebas e informes analíticos para impedir que ellos lleven el virus del SIDA o de las hepatitis virales “A” y “B”. El artículo 49° de nuestra Ley General de Salud impone obligaciones de cuidado especial.

99. PAYET, José Antonio, *ob. cit.*, p. 682.

100. Fue creado en el año 2001, mediante Decreto Supremo N° 013-2001-SA, el Consejo Nacional de Bioética el que en su artículo primero, señala lo siguiente:

“Artículo 1.- Crear en el Ministerio de Salud el Consejo Nacional de Bioética, encargado de proteger los derechos y el bienestar de los seres humanos que participen como sujetos de experimentación en proyectos de investigación científica, en el marco de los principios éticos, bioéticos y de ontológicos en las diversas etapas del proceso investigador, el mismo que estará conformado por el Ministro de Salud o su representante, quien lo presidirá, y por un representante de cada una de las Instituciones siguientes:

- Colegio Médico del Perú;
- Academia Nacional de Medicina;
- Academia Peruana de Cirugía;
- Universidad Nacional Mayor de San Marcos;
- Universidad Peruana Cayetano Heredia;
- Colegio de Abogados de Lima;
- Colegio Químico Farmacéutico;
- Colegio Odontológico del Perú;
- Colegio de Enfermeros del Perú;
- Defensoría del Pueblo; y,
- Conferencia Episcopal Peruana.

101. Como señalamos, la Ley N° 26454 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 03-95-SA, declaró de orden público la obtención, donación, transfusión y suministro de sangre humana. El artículo 4° del Reglamento mencionado, expresa que además del control que corresponde al Ministerio de Salud, respecto de tales sustancias, corresponde también la intervención de Indecopi. Textualmente, dicho artículo expresa lo siguiente:

"Artículo 4 .- El control del cumplimiento de lo establecido por la Ley, el presente Reglamento y demás disposiciones afines son competencia del Ministerio de Salud, a través del Programa Nacional de Hemoterapia y Bancos de Sangre (PRONAHEBAS), sin perjuicio de las acciones que le competen al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)."

La situación de los preparados hemáticos fue tratada también por la Ley Alemana de Medicamentos de 1976 la que los define expresamente de la misma manera que la norma peruana, como medicamentos ⁽¹⁰²⁾.

Si se produce la transformación y el uso de preparados se traduce en medicamentos y por ende, en productos en el sentido planteado por la Ley de Protección al Consumidor, tales regulaciones serán aplicadas.

La experiencia norteamericana ha mostrado en ciertos casos ligados a transfusiones referencias a la sangre como producto ⁽¹⁰³⁾. Lo interesante del tema es que la mayor parte de los tribunales habían considerado que por sus características, el plasma era un producto inevitablemente peligroso ("unavoidable unsafe") en la medida que según los respectivos fallos, no se había todavía, descubierto un método para identificar la presencia de virus en la sangre ni tampoco para eliminarlo en caso de detectarlo. A la fecha, el avance de la ciencia entre otras consideraciones, modificó tal noción. Posteriormente, en 1970, un Tribunal de Illinois ordenó indemnizar al hospital que suministró una transfusión que obviamente ocasionó daños ⁽¹⁰⁴⁾. Se afirma que dicho resultado fue objeto de una modificación legal en Illinois y en otros Estados, determinándose la obligación de responder en caso de negligencia o de otro lado, se calificó la transfusión como un servicio excluyéndolo en ese país, de la responsabilidad de carácter estricto ⁽¹⁰⁵⁾. El *Restatement of Torts (Second)*, señaló que el fabricante, suministrador o vendedor, no está sometido a la responsabilidad estricta por los daños que causen los productos inevitablemente inseguros ⁽¹⁰⁶⁾. Sobre esta calificación, hacemos mayores comentarios al tratar cuestiones vinculadas a la calificación del defecto. Respecto de los tejidos, la sangre u órganos, es importante señalar que la regulación del Congreso de los Estados Unidos de América denominada *The Products Liability Fairness Act of 1995*, señaló que éstos, se hallaban excluidos de la calificación de productos aunque quedaban bajo la ley de cada Estado y sujetos, entonces, al estándar de responsabilidad de negligencia ⁽¹⁰⁷⁾.

La Corte de Casación en Francia, mediante sentencia de 17 de diciembre de 1954, resolvió contra un banco de sangre que proporcionó sangre contaminada recurriendo para tal efecto a un esquema similar a la responsabilidad estricta ⁽¹⁰⁸⁾. De hecho, los Mazeaud, se preguntaban si resultaba aplicable al caso, las reglas sobre garantía por vicios ocultos ⁽¹⁰⁹⁾. En España, se ha mantenido a través de la Ley de 27 de octubre de 1979 (B.O.E. de 6 de noviembre) y su reglamento dictado el 22 de enero de 1980, la regla que impone la cesión de parte del cuerpo, a título gratuito y conforme a prescripciones sanitarias particulares. María Ángeles Parra Lucán ⁽¹¹⁰⁾, en el ámbito del Derecho español comentaba que, desde el punto de vista legislativo, era posible estimar que para la importación, distribución y utilización de órganos y sustancias terapéuticas de origen humano (regulación citada por dicha autora, que ratifica la gratuidad de la cesión), nos hallamos ante productos debiéndose tomar en cuenta la posibilidad de que causen daños a quien o quienes lo reciben.

Las autoridades o las cortes, han optado por un factor de atribución de responsabilidad civil, de carácter objetivo al requerir un elevado estándar de control en el ámbito de los servicios que se presta en los hospitales, laboratorios, etc.

La calificación de productos para los tejidos, órganos y sustancias humanas podría ser posible en la medida que la ciencia y la tecnología, demuestren que no habrá manipulación ni experimentación ni atentado a la vida y al desarrollo de la persona humana ni a su dignidad. Por

102. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ibidem*, p. 495.

103. PAYET, José Antonio, *ob. cit.*, p.p. 682 y 683. Dicho autor cita diversos e interesantes casos como *Brody contra Overlook Hospital* se consideró en primera instancia que la sangre era un bien sujeto a las garantías y a la responsabilidad objetiva que rige para otros productos. En segunda, se eludió el tema y se calificó a la transacción como una de servicios. Similar calificación se produjo en el caso de *Perlmutter contra Beth David Hospital* en el que el dañado recibió una transfusión de sangre infectada con el virus de hepatitis considerándose en este caso que también había un contrato de servicios al que no se aplicaba la responsabilidad por productos.

104. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.* p. 494.

105. *Ibidem.* p. 494.

106. *Ibidem.*, p. 494

107. JASPER, Margaret, *Ob. Cit.*, Apéndice I, p. 61.

108. Caso citado por PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 682.

109. *Ibidem.*, p. 682.

110. *Ob. Cit.* p. 493.

ahora, no hay manera de clonar órganos ni tampoco hay confirmación de que se haya creado sangre artificial aunque hay referencias de tal tipo sobre el plasma (111). Pero cuando ello sea posible, habrá que evaluar la potencialidad dañosa. En el futuro, la clonación puede generar un mercado de productos (término que usamos en un sentido común y no técnico) que de manera abierta u oculta (lo que no resulta adecuado y lamentablemente, si existe en nuestro país sin que haya clonación) ponga a disposición de sujetos interesados, los referidos órganos. Los valores éticos deberán ser considerados buscando ponderación en la respuesta. Una razón económica aboga por la presencia de mercados regulados pero transparentes, vinculándose ello a la reducción de los costos de transacción que conducen a un abaratamiento de lo requerido siendo evidente que el objetivo de salvar vidas o mejorar la calidad de la misma, tiene un peso específico e inclusive, imponderable en el cálculo general de bienestar social.

Por otro lado, pese a que hay indudable riesgo en la recepción de órganos, sustancias y tejidos, es difícil fijar una responsabilidad objetiva o por riesgo cuando se trata de un donante. Ya de por sí, la sola donación de órganos por parte de personas vivas, exige análisis, días de internamiento en centros médicos y tratamientos con medicamentos para enfrentar una intervención. Cuando se dona los órganos de cadáveres, sus deudos no pueden vivir su duelo pues muchas veces, deben esperar a que terminen las pruebas de compatibilidad con el receptor. Pensar que hay costos (antibióticos, atención médica para la recuperación, días de trabajo perdidos, etc) que deben ser enfrentados por quien dona, es asumir que muy pocos querrán donar pues no hay incentivos para esto (salvo en familiares interesados en salvar la vida de sus seres queridos) más aún si tenemos la realidad de pobreza de nuestro país. En la transferencia a título gratuito, por lo general, quien la realiza carece, del conocimiento para evaluar si sus órganos, sustancias o tejidos son sanos salvo que se trate de personal con información especializada o con conocimiento claro de su mal. El factor de atribución en caso de donación debería ser de carácter subjetivo. Es correcto afirmar que dichos actos están premunidos de potencialidad perjudicial dada su finalidad. En defensa de las víctimas, habría una tendencia a sugerir un esquema de responsabilidad de carácter objetivo. Empero, la donación está dotada de características diferentes: el surgimiento de un sentimiento altruista o solidario es deseable pues coloca a los órganos y sustancias al alcance de aquellos que normalmente los requieren con desesperación y carecen de los recursos para pagar el precio por ellos. En ese ámbito, se justifica recurrir a un factor de atribución que represente una carga menor.

La Ley de Protección al Consumidor se asimila el tratamiento de la responsabilidad objetiva por productos a la prestación de servicios, lo que aparece especificado en el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor según modificación de la Ley N° 27311. Ello no involucra desconocer que, en principio, hay obvias diferencias entre la prestación de un servicio y la entrega o suministro de un producto a cambio de una retribución. Se puede hablar de servicio defectuoso tanto por las características de la prestación como cuando el daño es causado por un vicio en el servicio (112). Pese a las diferencias, son muchos los casos en los que, ante la posibilidad de confusión, no se justifica un tratamiento realmente diferenciado pues se trata de facilitar la protección de la víctima y ante tal supuesto, conviene tener un manejo más o menos unitario del tema dependiendo de las características del servicio. La regulación nacional es acertada al asimilar el tratamiento del servicio con el de producto pues una tajante separación, podría traer consigo el que se aplique responsabilidad objetiva para el producto pese a que en determinados casos, se da la misma racionalidad en el riesgo.

Ni la regulación ni las resoluciones administrativas dictadas en el ámbito nacional, realizan ningún distingo sobre si bajo la calificación de producto, se incluye o no al bien usado. No cabría pues, realizar distinciones en donde la normativa no ha practicado ninguna. Interpretamos, por tanto, que tanto el bien usado como el nuevo, están comprendidos en la regulación. La normativa comunitaria tampoco ha excluido a los bienes usados. No hemos observado exclusión alguna, en el ámbito del derecho vigente en los Estados Unidos de América (113). El tema radicaría en que

-
111. Conversamos del tema con la doctora María I. Quiroga de Michelena en la entrevista antes mencionada obteniendo esta respuesta.
 112. Coincidimos en tal sentido, con la explicación dada por José Antonio Payet, *Ob. Cit.*, p. 695. Dicho autor formula múltiples comentarios en torno a los servicios.
 113. Según menciona Margaret C. Jasper, *Ob. Cit.*, p. 5, un componente importante de la responsabilidad por productos es el que ocurre en la venta del producto defectuoso lo que involucra considerar el paso del producto del vendedor al comprador a cambio de un precio, en el contexto del curso regular del negocio de una persona. En este caso, menciona Jasper, se aplica la responsabilidad estricta mientras que en otros, la negligencia será el factor a aplicar.

tales objetos, sean utilizados en el mercado por el consumidor, como destinatario final del mismo (114).

Si bien el tema del destino de los productos, podría ingresar en el tratamiento de las características del consumidor, es evidente que también impacta en los requisitos que la Ley nacional impone al producto el que está orientado a la satisfacción de necesidades de uso y consumo personales, familiares o del entorno social inmediato del consumidor, en calidad del último eslabón de la cadena producción-consumo, sustrayéndolo de la actividad económica o industrial y no para reconducirlo al proceso productivo o de comercialización del proveedor (115).

Tal tema antes indicado, nos lleva a plantear el tratamiento de productos para los bienes destinados a ser utilizados en la producción, en la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país.

La inclusión de dicha categoría ha generado dudas. En el ámbito de la Directiva de la Comunidad Europea, N° 85/374/CEE, la primera impresión que generaba la lectura del artículo que se ocupa de la definición de producto, hacía que en un sentido literal, pudieran estar incluidos como tales, los bienes destinados a integrar la producción, por ser muebles sea que estén sometidos a un proceso de transformación o sin pasar por él (pero con la inclusión del Estado miembro sobre la base de la opción concedida por la Directiva). La doctrina se había orientado a considerar que los bienes a que se refiere la normativa comunitaria europea, eran solo los destinados a uso o consumo privado al encajar al perjudicado-dañado como destinatario final (lo que también ocurre con la normativa peruana de cuyo análisis nos ocupamos). Lois Caballé recoge una interesante discrepancia que Rodrigo Bercovitz, importante representante de la doctrina española, mostró en torno al tema (116).

La ausencia de exclusión expresa para los productos destinados a integrar la producción, no sería casual sino más bien, se trataría del resultado de un larguísimo período de negociaciones en el que no cabría suponer una omisión o un error de semejante importancia. Lo que se habría procurado establecer en tal línea de análisis, es un régimen de seguridad por los productos en general por lo que la referencia del artículo 2.1. De la Directiva en cuanto a que cualquier bien mueble, se hallaría comprendido en el ámbito de regulación, comprendiendo a los bienes de producción.

Sobre el particular, el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea (117), en su Dictamen sobre normas generales de seguridad de los productos, por *bienes de consumo*, debía entenderse a cualquier categoría de productos, duraderos o perecederos, adquiridos legalmente y utilizados normalmente por consumidores privados; el Comité reconoció que podían existir categorías intermedias, resultante de la escasa diferencia entre artículos que se emplean para uso doméstico y profesional. En todo caso, están incluidas también las materias primas cuando éstas están a la venta como productos acabados, las piezas, los repuestos y los accesorios. De manera expresa, el Comité no incluyó como productos a los bienes usados vendidos por particulares aunque si los vendidos en un comercio, excluyéndose también, los destinados a animales (118). Serían bienes de producción o empresariales, entonces, los que están dirigidos o destinados a una

Esta circunstancia puede darse, sin ningún problema, en la comercialización de bienes usados o nuevos.

114. La interpretación en cuestión, proviene del análisis sistemático de las características del producto, conforme al artículo 3°, inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor y el inciso a) que se ocupa de definir al consumidor, señalando lo siguiente:
" Artículo 3.- Para los efectos de esta ley. se entiende por:
a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales o jurídicas que adquieren. utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios."
115. Con tal fin, en el ámbito del Derecho nacional, se dictó el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 101-96-TDC, en los seguidos por *Cheenyi E.I.R.L. contra Kónica S.A.* publicada en primero de enero de 1997. Si bien, se refiere a la definición de Consumidor o usuario, incide en la calificación del producto.
116. *Ob. Cit.*, pp. 49 y 50.
117. Citado por Lois Caballé, *Ibidem*, p. 53. Concretamente, se hace referencia al *DOCE*, C-175, de 4 de julio de 1988, p. 13.
118. La exclusión plantearía el que solo lo destinado al consumo humano estaría protegido por la regulación especial. Sin entrar al análisis del conocimiento que se puede tener sobre la materia en función del adquirente, no vemos la razón por la que los productos destinados al consumo de animales domésticos por ejemplo, reste mérito a la propuesta de protección.

integración en el proceso de producción o distribución más no para ser consumidos o usados en el ámbito del destinatario final. Esta calificación es útil para todo efecto, sea para el Derecho europeo como para el nacional.

Las opiniones sobre el particular, son, en todo caso, diversas y contradictorias. Es importante considerar que para cierto sector de la doctrina en Europa, lo que se ha procurado establecer, es un régimen que somete a la misma regulación a *todos* los productos que circulan en el mercado común de la Comunidad Europea más aún si se considera que se trata de evitar un tratamiento que evite falsear la competencia y entorpecer la libre circulación de los productos impidiendo tratos diferenciados entre los consumidores, todo lo cual aparece en los Considerandos de la Directiva.

La normativa nacional incluye como productos, a un amplio rango de bienes aunque una revisión sistemática, ha orientado a la jurisprudencia administrativa a pronunciarse con cierta restricción. Aunque ella ha estado destinada a delinear la calificación de consumidor, ha incluido importantes apuntes sobre el contenido del término *producto*.

Como indicamos al inicio de esta parte de nuestra investigación, el producto tiene una calificación amplia si tomamos en cuenta el régimen general del Código civil, o simplemente, la de bienes susceptibles de causar un daño. Con el tiempo, el término ha adquirido una fisonomía particular como resultado del impacto de la ciencia y la tecnología como el papel que éste juega en el mercado de hoy. Sin embargo, precisamente en el contexto de una economía que, por excepción, establece mecanismos de protección para una de las partes en una relación comercial, al asumir la necesidad de mantener determinadas condiciones para que el mercado funcione adecuadamente y sin distorsiones, las reglas contenidas en el Derecho Nacional y el extranjero han optado por imponer distintos requisitos para la aplicación concreta de los beneficios de la regulación o no fijar ninguno y dejar, que sea la jurisprudencia o la casuística fije las pautas como ocurre en muchas cortes de los Estados Unidos de América. Para algunos, como vimos, también en ámbito de la Comunidad Europea se aplicaría una inclusión general de todos los bienes muebles que sufran una transformación inicial. Para otras regulaciones, los productos pueden seguir siendo tales en un contexto general aunque por directivas específicas se apliquen exclusiones. La Ley de Protección al Consumidor de nuestro país no ha sido ajena a este último proceso.

Sobre el particular, por muchos años, el precedente de observancia obligatoria que se vino aplicando y que tocó el tema de la relación de consumo, fue el contenido en la Resolución N° 101-96-TDC, en los seguidos por *Cheenyi E.I.R.L. contra Kónica S.A.* publicada en primero de enero de 1997. Si bien esta resolución, se centra en la calificación de consumidor final, también orientó la protección que se ha aplicado cuando los productos eran utilizados con ocasión del consumo o uso del destinatario final en el ámbito de la Ley de Protección al Consumidor.

Por Resolución N° 0422-AA/TDC-INDECOPI, de 3 de octubre de 2003, pronunciada en el expediente N° 535-2001-CPC, en los seguidos por Reynaldo Moquillaza S.R.L. contra Milne y Co. S.A. (119), el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi, ha introducido nuevos elementos al concepto de consumidor, superando la noción del destino de los productos (para fines personales, familiares o del entorno social inmediato de la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta el producto, no considerándose, por tanto, consumidores para los efectos de la Ley, a los proveedores, cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para los fines propios de su actividad según las definiciones contenidas en los Artículos 1° y 3° inciso b) de la referida Ley de Protección al Consumidor. Se ha incorporado un análisis hacia las características del consumidor empresario, sin dejar de incluir en la resolución, un detalle sobre los productos que podrían estar incluidos en el tratamiento que señala la Ley de Protección al Consumidor. La reseña de los principios que se aprobaron mediante la resolución, concluyen en que, las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios, son afectados por la desigualdad informativa y por tanto, serán considerados también consumidores cuando por razón de su actividad empresarial, adquieran o utilicen productos para cuya adquisición o uso, no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores. Si se concluye que es previsible que cuente con dichos conocimientos, la Ley y la protección específica referida a la intervención de Indecopi, no se aplicará.

La resolución en cuestión, contiene una amplia calificación respecto de los productos, reconociendo que, como regla, la diferencia entre un producto para el consumidor y el llamado

119. La resolución en cuestión, ha sido publicada en el número 62 del mes de noviembre del año 2003, de la Revista "Diálogo con la Jurisprudencia", *Gaceta Jurídica*, p.p. 17 a 34.

producto industrial, destinado al uso del proveedor (excluido del régimen de protección de la Ley) radica en el propósito para el cual éste se compra (120).

Para el Tribunal, generalmente, los productos industriales (que podríamos entender como de producción) pueden ser clasificados en tres categorías: i) materiales y partes; ii) aspectos de capital; y, iii) suministros y servicios. A su vez, los materiales y partes incluirían: i) la materia prima; ii) los materiales y partes *fabricados*. Cuando se alude a los insumos necesarios para producir, se estarían considerando a los bienes que requieren especialización y conocimientos para su adquisición por lo que, según el Tribunal, “la adquisición o uso de este tipo de productos industriales quedará excluida, en todos los casos, del ámbito de la protección de la Ley de Protección al Consumidor” (121).

Según cuadro que se ha incluido en la resolución indicada, para el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, taxativamente, la materia prima y los materiales y partes fabricados, se encuentran excluidos en todos los casos del régimen de la Ley de Protección al Consumidor. Los aspectos de capital incluyen: i) instalaciones; y ii) equipo accesorio considerándose que en el rubro de instalaciones, se incluye a los edificios (oficinas, talleres, plantas industriales) como el equipo fijo (que abarcaría según mención expresa de la resolución, a los generadores, prensas taladradoras, redes de computación, ascensores) mientras que el accesorio, comprende al equipo portátil (herramientas manuales y montacargas) y al de oficina (máquinas de fax, teléfonos, escritorios, computadoras personales, ventiladores o máquinas de aire acondicionado). A su vez, en el rubro de suministros y servicios comprenden los de operación (papeles y lápices), de reparación y mantenimiento (clavos, pinturas, escobas, etc.) y servicios de mantenimiento y reparación como el lavado de ventanas, reparación de computadoras y servicios de asesoría, por ejemplo. Este largo detalle referido a la calificación de los productos protegidos por la ley, que resulta extenuante y sumamente (o excesivamente) minucioso, distingue entre aquello que se puede prever como bajo conocimiento y control del pequeño empresario y otro que no tendría tal condición. El análisis no se muestra simple; por el contrario, con esta resolución, el panorama del Derecho nacional, se ha oscurecido un poco.

Respecto de la discusión planteada en cuanto a que los bienes de producción deben considerarse excluidos del régimen de protección vigente en nuestro país, se puede responder que habrá que tener en cuenta si se trata de insumos necesarios para producir, de instalaciones y también de las características del adquirente. El pequeño empresario (sobre el que nos extenderemos después), estará beneficiado cuando adquiera equipos accesorios de oficina u otros como, en el caso que generó el fallo, se trate de un vehículo que por el rubro de actividades de la denunciante Reynaldo Moquillaza S.R.L., no podía o no debía conocer o poseer conocimientos especializados. En general, los productos que adquiera la gran empresa, estarán casi todos, excluidos por considerar que ella cuenta o debiera contar con unidades especializadas de información (cuestión que es bastante discutible). Pero el tema no resulta del todo claro.

Resulta rescatable en todo caso, el que, la autoridad administrativa peruana, haya pretendido proteger a determinados sujetos al asumir que ellos, por su condición particular, sufren los problemas derivados de la asimetría informativa que sostiene al sistema. El problema es generar toda una confusión sobre productos incluidos y no incluidos que al parecer, ni fue pedida ni era necesario detallar.

Somos de la opinión, en todo caso, que ello no descarta que sea el uso o destino concreto del producto para el adquirente, lo que califique el mayor o menor conocimiento que éste tenga y, por esa vía, la posibilidad de ser incluido o no como producto para los efectos de la regulación de protección.

La regla de *The Product Liability Fairness Act*, aprobada en 1995, estableció en el numeral 13) del Título I, sobre definiciones, que el producto puede ser destinado al uso comercial o al personal. A su vez, el *Restatement (Third) of Torts*, alude a un producto tangible y personal (122). Hay conexión en el hecho de que la persona dañada no deba ser parte de la cadena de producción y comercialización del producto sino su consumidor o usuario o el afectado por el defecto del producto. Se incide más en la relación de las partes responsables del producto incluyendo al fabricante del producto terminado o de la parte defectuosa y al vendedor del producto (123), debiendo el demandante demostrar la conexión entre el producto y el fabricante

120. Recoge dicha resolución, los comentarios de Kotler Philip y Armstrong Gary, en *Fundamentos de Mercadotecnia*, Cuarta Edición, México, Prentice-Hall Hispanoamericana, 1988.

121. *Ob. Cit.*, p. 23.

122. HENDERSON y TWERSKI, *Ob. Cit.*, p. 46.

123. JASPER, Margaret C., *Ob. Cit.*, p. 11.

o las partes con él. Aunque bajo el régimen general para la responsabilidad civil por productos, en principio, no se plantean restricciones, respetándose la regulación de cada Estado, en la práctica, las resoluciones dictadas por las Cortes de los Estados Unidos de América, han apuntado a reconocer lo que se denominaría, legitimidad para accionar, al afectado que recibió el producto para su uso o consumo o fue dañado por el defecto del producto cuando éste había ingresado en la esfera de consumo y no se hallaba en la etapa de producción o comercialización. Los casos presentan siempre y en diversas formas, interesantes variaciones (124).

Henderson y Twerski se ocupan de examinar en una sección (125), la técnica a partir de la cual se produce asignación de la responsabilidad colectiva en la cadena de distribución (productor o fabricante de las partes y del producto terminado o *component part manufacturer* y *product manufacturer*, respectivamente) que pasa al vendedor mayorista (*wholesaler*) y al minorista (*retailer*), hasta llegar al consumidor (*purchaser*) como víctima y usuario o consumidor "directo" desde el cual se extiende una conexión con la víctima aún cuando no sea usuaria o consumidora del producto defectuoso (*bystander*). Los mayores problemas se revelan en el tema probatorio referido a que el defecto existía al tiempo en el que el producto fue finalmente, remitido al demandante o a su predecesor en la cadena horizontal de uso o consumo. Los distintos precedentes citados a través de esta investigación, revelan que las reclamaciones se producen mayormente por daños producidos en los consumidores o los afectados que están en contacto con el producto defectuoso cuando éste ha dejado el ámbito del comerciante o productor, aunque se pueden ubicar, por ejemplo, el fallo dictado en *Potter versus Chicago Pneumatic Tool Company* (694 A.2d 1319-Conn. 1997), citado por Henderson y Twerski (126), en el que el demandante reclama haber sido dañado en el curso de su labor como trabajador de un astillero en General Dynamics Corporation Electric Boat facility (Electric Boat), como resultado del uso de una herramienta producida por el demandante.

De manera específica, el demandante alegó que la herramienta era defectuosa en su diseño en la medida que exponía al afectado, a una vibración excesiva y por haber fallado, el demandado, en proporcionar adecuadas advertencias respecto del daño potencial que presentaba la excesiva vibración. El demandado apeló en la medida que el veredicto del jurado, en favor del demandante no se basó en suficiente evidencia de que la herramienta fuera defectuosa para el demandante no existiendo prueba de un diseño factible alternativo (127). La información generada por la disputa en el tribunal, reveló que el demandante había sido empleado en Electric Boat como un obrero moledor (*grinders*), posición que requiere el uso de la herramienta neumática de uso manual para soldar y suavizar las superficies metálicas. el curso de su trabajo o empleo, utilizó varias herramientas fabricadas y vendidas por el demandado, por aproximadamente, veinticinco años (desde mediados de los años 60 hasta 1987) sufriendo daños vasculares y neurológicos permanentes en sus manos, lo que le causó dolor y reducción de su fuerza muscular, intolerancia al frío y restricciones en la circulación de su sangre. Como resultado de ello, el demandante quedó inhabilitado para prestar servicios en su empleo habitual y su actuación en otras actividades fue también restringida. Testimonio de expertos confirmaron que la exposición a la vibración fue un factor contributivo en el desarrollo del síndrome vibratorio existiendo una clara relación entre el nivel de la exposición a la vibración y el riesgo de desarrollar el síndrome. Un elemento adicional, fue la declaración de un profesional especialista en higiene industrial, Ronald Guarneri, quien expresó que un alto número de herramientas de la demandante, excedía o más bien, violaba los límites de la exposición a la vibración establecida por la American National Standards Institute y los límites dispuestos en la American Conference of Governmental and Industrial Hygienist (conference). Otras declaraciones se produjeron. Lo importante es reconocer que si bien el uso y el daño hacia el demandado, se produce en el ámbito de la relación de trabajo, se actuó protegiendo al perjudicado sin requerirle haber adquirido el producto defectuoso de manera directa ni para su consumo personal. Bastó comprobar que el daño provenía del defecto de un producto colocado en el mercado para su uso, sin las debidas advertencias. No se han hallado en este caso, ni en otros, referencias destinadas a excluir al afectado por razones vinculadas a la forma en la que accede al uso o consumo del producto o simplemente, al daño como resultado del defecto, requiriéndose que el producto haya sido colocado en el mercado para su uso o consumo en el ámbito del destino final proyectado o previsto

124. HENDERSON y TWERSKI, *Ob. Cit.*, p. 46.

125. *Ibidem*, p. 80.

126. *Ibidem*, p. 248.

127. *Ibidem*, p. 249.

Con carácter de resumen, es importante recordar que aunque las reglas de la Directiva comunitaria, han sido incorporadas al ordenamiento de los Estados miembros de la Comunidad, este proceso, no ha sido igual en todos los casos. En Francia, la transposición de la regulación específica de la responsabilidad derivada de los productos defectuosos, fue incorporada al Código civil buscando cierta armonía no del todo pacífica sobre todo en el caso de los productos agrícolas, los que quedaron incorporados a la regulación general aplicándose las reglas estrictas de la garantía del vendedor profesional, en la medida que ya existía jurisprudencia de la *Cour de Cassation* por la que todos los productos debían estar comprendidos en ellas, sean naturales o manufacturados (128).

Italia incorporó la regulación mediante Decreto del Presidente de la República N° 224 de 24 de mayo de 1988, resaltándose que el sistema jurídico italiano y concretamente el Código civil de 1942, eran insuficientes para resolver los problemas que planteaba la sociedad industrial de hoy pues prescindía del fenómeno de la producción, publicidad y consumo en masa; las regulaciones de la Directiva fueron básicamente respetadas aunque en ciertos casos, como por ejemplo, se explicó en el artículo 2° del Decreto, que por transformación, se debía entender el sometimiento del producto, a un tratamiento que le modifique las características, o bien le añada sustancias, asimilándose a la transformación, cuando tengan carácter industrial, el embalaje y todo otro tratamiento, si hacen difícil el control del producto por parte del consumidor o crean confianza sobre su seguridad (129). Actualmente, estas reglas se encuentran en el Código de Consumo.

Alemania incorporó la citada Directiva, en una Ley conocida como *Produkthaftungsgesetz*, *Produkt Haftung* o simplemente *ProdHaftG*, que se puede traducir como la Ley alemana de responsabilidad por productos (o responsabilidad por productos) dictada el 15 de Diciembre de 1989; se observa que mediante ella, se ha procurado mantener la conexión de la responsabilidad civil por productos, con el Código civil pero también, con la definición que del producto realiza la Directiva comunitaria aunque la fórmula adoptada es más simple: para el artículo 2° de esta Ley, se entiende por producto, a cada objeto móvil, incluso si éste a forma parte de otro objeto mueble o de un bien inmueble, así como la electricidad.

Bélgica insertó esta responsabilidad en el Derecho de Consumo, aprobándose el 25 de febrero de 1991, la *Loi relative a la responsabilité du fait des produits défectueux* que adapta el ordenamiento interno a la Directiva comunitaria la que en su artículo 2°, incluye la misma fórmula de ésta última. Por producto, se entiende a todo bien corporal, incluso incorporado a otro bien mueble o inmueble, o devenido inmueble por destino, siendo la electricidad un producto para los efectos de dicha ley: los productos de la agricultura, de la ganadería, de la caza y de la pesca fueron excluidos a no ser que sufrieran una primera transformación. El tema de la exclusión motivó un gran debate por considerar que el defecto en estos casos no dependía de causas naturales sino de una serie de circunstancias imputables a la actividad humana que impactan en el consumidor (130). En el caso de España, se ha mantenido el tratamiento de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la que comprende los bienes o productos naturales como los industriales mientras que la Ley N° 22/1994 de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, incluye en su artículo 2°, a todo bien mueble excluyendo a las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de caza y de la pesca que no hayan sufrido transformación inicial; se entiende por producto el gas y la electricidad.

Las resoluciones de citada Comisión de Protección al Consumidor y del Tribunal de Defensa de

128. LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *Ob. Cit.*, p. 111.

129. Los problemas derivados de productos que llegan al consumidor en envases cerrados que no le permiten verificar el estado de los mismos, motivó hacia los años sesenta, la emisión de una sentencia que se constituyó en emblemática. El caso *Schettini-Saiwa*, dictado el 25 de mayo de 1964, está referido al consumo de galletas que, colocadas en una caja sellada, se encontraban en mal estado ocasionando males estomacales a los demandantes, uno de los cuales, las había adquirido en un local en Roma. Se aceptó la prevalencia de una “culpa presunta” para facilitar los requisitos probatorios pero también, la posibilidad de accionar de manera directa contra el fabricante. El detalle del fallo y su importancia para modificar la concepción de la responsabilidad del productor frente a terceros víctimas del producto, aparece en diversos trabajos como el de ALPA Guido, *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y Cuestiones*, *Ob. Cit.*, p. y Olenka Woolcott, *Ob. Cit.*, p. 268.

130. Consta la discusión en los documentos parlamentarios de la Cámara de Representantes en su sesión ordinaria 1990-1991. Véase mayores comentarios en LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *Ob. Cit.*, p.p. 115 a 120.

la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, al pronunciarse sobre la idoneidad del producto u otros temas como la obligación de informar, o la peligrosidad, se han ocupado de la calificación del producto. Se han pronunciado dichos órganos, de denuncias realizadas por vehículos (como en las Resolución N° 110-97-TRI-SDC recaída en el exp. 086-96-C.P.C. en los seguidos por César Alfredo Novoa O'Neill con Automotriz Sudamericana S.A. – AUTESA), en bebidas como el agua potable embotellada (en la Resolución N° 116-97-TDC recaída en el exp. 353-95-CPC en los seguidos de oficio contra Embotelladora San Bartolomé, entre muchos otros productos), medicamentos (como los analizados en el expediente 202-96-C.P.C. y por Resolución 095-96-TDC en el proceso impulsado contra Laboratorios Industriales Hersil S.A. y Smithkline Beecham I.A.C. Por su producto Dyazide) e inclusive en el caso de la confección de una puerta de madera que es calificada como producto bajo la implícita incorporación, del acto o compromiso de fabricación de la misma (situación que se observa, por ejemplo, en la Resolución N° 151-97-TDC en el expediente N° 080-95- CPC en los seguidos por don César Augusto Miranda Valencia contra Industrial Loli S.R.LTDA). Se ha asumido el análisis de denuncias vinculadas a la venta de inmuebles (como la Resolución N° 258-97-TDC en el expediente N° 816-94-C.P.C. referida a la denuncia presentada por don Miguel David Lobatón Palacios contra C.V.O. Inmobiliaria S.R.LTDA. por la venta de un predio que no contaba con instalaciones eléctricas no teniendo tampoco las características ofrecidas por el proveedor).

Por otro lado, nuestro Poder Judicial, sin aludir a los parámetros que plantea la Ley de Protección al Consumidor (como son la presencia del producto en el mercado que sea materia de una transacción comercial entre un proveedor y un consumidor) y asumiendo cierta libertad para aplicar la normativa que considera pertinente para el tema, ha analizado diversas situaciones en función de los daños causados por productos diversos como bebidas y otros. En este ámbito, los pocos fallos que hemos hallado sobre el tema, se suele utilizar el término genérico de bienes o cosas cuando analiza el objeto generador de la responsabilidad por productos lo que recoge una aproximación conceptual o de clasificación de los bienes contenida en el Código civil. Más adelante, nos ocupamos de los pronunciamientos de la autoridad judicial. No ha merecido atención o comentarios el término *producto*.

2.2.1.4. La presencia de la relación de consumo.

Lo indicado hasta hoy, confirma la importancia del contexto en el que han surgido, las reglas sobre la responsabilidad civil por productos en un contexto general y propio como es el de la relación entre proveedor y consumidor, tema que aparece en la jurisprudencia como en la regulación normativa del Derecho comparado y del nacional.

Un paso previo para que aparezca tal relación, es la colocación del producto en el mercado. Así aparece, de manera clara, en los considerandos de la originaria Directiva 85/374/CEE los que señalan que el ámbito de protección se realiza en un escenario de colocación del producto en el mercado, siendo el objetivo de la misma, el no falsear la competencia, ni permitir que se afecte la libre circulación de mercancías dentro del mercado común europeo ni se favorezca la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso. La colocación en el mercado, se liga al de *puesta en circulación*, el cual determina las causas de no-responsabilidad y de reducción o anulación de la responsabilidad del productor conforme aparece enunciado en el artículo 7° de la normativa comunitaria. Este concepto, no fue expresamente definido en la Directiva generando precisiones en la normativa de algunos de los Estados miembros aunque también una discusión sobre el sentido concreto de la regulación comunitaria. Lo interesante de la propuesta radica en centrar el análisis en el momento en el que aparece la hipótesis de la responsabilidad del productor y en el que la potencialidad dañosa de un producto se propaga, supuesto que no se orienta hacia una limitada concepción de transacción comercial como mero intercambio de prestaciones.

Para la Directiva comunitaria, la puesta del producto en el mercado tiene diversos objetivos, involucrando un criterio de designación o de apreciación de la responsabilidad del fabricante, de impugnación de la responsabilidad y de cálculo de los plazos de prescripción y caducidad. Esto no resta mérito a que puedan darse posteriores precisiones sobre el tema, no habiéndose cuestionado, hasta la fecha, las indicaciones contenida en la normativa de algunos de los Estados miembros.

La Ley belga en su artículo 6°, por ejemplo, entiende por “puesta en circulación”, el primer acto en el que se materialice la intención del productor de dar al producto la aplicación para la cual

está destinado por transferencia a un tercero o utilización en beneficio de éste. La ley italiana, muestra una definición descriptiva en su artículo 7°, al incidir en que el producto es puesto en circulación cuando se entrega al adquirente, al usuario o a un auxiliar de éstos, también en exhibición o en prueba; también cuando se entrega al transportista o a la agencia de transportes para el envío al adquirente o al usuario y no se excluye si depende de una expropiación, salvo que el deudor haya señalado específicamente el defecto en declaración rendida al ejecutor en el acto de embargo o en acto notificado al acreedor procedente y depositado en la oficina del juez de la ejecución dentro de los quince días del embargo mismo.

A su vez, el Derecho aplicado en los Estados Unidos de América, alude a la transacción comercial para incidir, sobre todo, en la salida del producto del ámbito del productor o comercializador y en el ingreso al mercado, a disposición del consumidor, con fines comerciales (131). *The Product Liability Fairness Act of 1995* (132), destacó en su Título I, sobre definiciones, y específicamente, en el numeral 13) sobre producto, el requisito de que éste sea producido para ser introducido en un negocio o comercio y tuviera un intrínseco valor económico.

Ya en el contexto nacional, la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, ha resaltado que la relación de consumo entre un consumidor y un proveedor, es elemento fundamental para la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor; así lo ha señalado en el documento varias veces mencionado, llamado "*Lineamientos sobre protección al Consumidor*", aprobado por Resolución N° 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, de 07 de junio de 2001. Dicha relación se determina por la concurrencia de tres componentes: el consumidor o usuario destinatario final, el proveedor y el producto o servicio, materia de una transacción comercial (133). Ello involucra que el producto haya sido puesto en el mercado.

La regulación peruana como los lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, aluden al concepto de transacción comercial. Como punto de partida, éste, en primer lugar, involucra una multiplicidad de operaciones que suponen una retribución económica u onerosidad en la contraprestación e incluyen la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el suministro, y todas las que supongan intercambio comercial ⁽¹³⁴⁾ o un negocio con fines lucrativos. Cabe preguntarse si tras dicho término, se encuentra una aproximación centrada en los sujetos que intervienen en la transacción y en el acuerdo referido al intercambio de prestaciones o es posible admitir una interpretación más amplia que involucre la colocación del producto en el mercado para los fines de la transacción comercial, sea ésta potencial o específica (acordada de manera concreta).

Resulta importante analizar diversos supuestos que pese a tener un notorio efecto mercantil, pueden quedar fuera de la regulación contenida en la Ley de Protección al Consumidor si se recurre a una interpretación literal y restrictiva. Por ejemplo, somos de la opinión que puede ser juzgada como transacción, la operación que incluye el "canje" (que es una permuta) de productos promocionales por la entrega de ciertos bienes (envases, tapas, etc.) u otros adjuntos a otros productos, dados de manera aparentemente gratuita (por ejemplo, la entrega de un chocolate por la compra de un paquete de galletas o de una bebida). En tales casos, hay una operación o una actividad con fines notoriamente comerciales sea porque hay onerosidad cuando, en el precio del producto que se paga, se incorpora el valor del otro (que podría ser defectuoso y en tal condición, causar daños).

Una aplicación que se limite al texto expreso del artículo 3°, inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor, podría considerar como excluida, la entrega de productos con carácter promocional para la venta, del ámbito de la ley indicada, no obstante que tal acto, lleva implícita, la

131. JASPER, Margaret, *Ob. Cit.*, p. 5. Aunque la venta es un importante componente de la responsabilidad por productos defectuosos, importa que la venta sea realizada en el contexto del curso regular del negocio del proveedor.

132. *Ob. Cit.*, Apéndice I de la obra antes indicada, p. 59.

133. *Ob. Cit.*, p. 4.

134. Además de lo indicado, hace muchos años, Julio Casares de la Real Academia Española, definió las palabras *transacción* y *comercio* en su interesante *Diccionario de la Lengua Española*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, S.A., 1959, p. 200 y 828, indicando que la palabra "transacción" involucra el trato, negocio o pacto mientras que "comercio" alude a la negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando unas cosas por otras, operaciones que implícitamente suponen un interés o actividad lucrativa. No hay particular diferencia con lo expuesto por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, *Ob. Cit.*, p.p. 598, 599 y 2210.

introducción del producto al mercado, para efectos notoriamente comerciales de promoción y por esa vía, de uso o consumo. Se pretende, con tal actividad u operación, fomentar la adquisición de productos con un interés de lucro subyacente a la transferencia que no es el ánimo de donar sino invitar a la adquisición onerosa del producto que éste sea probado o usado. Aunque la concepción de producto prevista en la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, incluye a estos productos, una visión o concepción estrecha del término *transacción comercial* podría dejar fuera del ámbito de protección al defectuoso que no fue pagado sino aparentemente obsequiado.

Al ser la colocación del producto en el mercado con la finalidad de que éste sea utilizado para su uso o consumo y la necesidad de conciliar este hecho económico con la protección a la población por los daños que el defecto de los productos genere, los rasgos que distinguen al sistema de responsabilidad civil por productos en el contexto de la Ley de Protección al Consumidor, en nuestra opinión, la concepción de transacción comercial debe suponer considerar que el producto se halle o sea colocado en el mercado con dicha finalidad y, desde el momento que se produce una transferencia que genera la salida del ámbito del proveedor para alcanzar la del consumidor, los daños que se generen y resulten imputables por la determinación del nexo causal, al citado proveedor, generarán el supuesto de responsabilidad y la reparación para los perjudicados, sean o no los adquirentes.

Al reconocer que la regulación contractual entre un proveedor y un consumidor, ha dejado de tener las características directas o personales y de negociación que tuvo antes de que se tornara masivo e impersonal la producción y comercialización de productos, cabe indagar sobre si es lo relevante en este contexto, una restringida noción de transacción comercial vinculada o centrada solo en el acuerdo entre las partes que realizan el intercambio de prestaciones, o es más bien, la puesta del producto en el mercado, para los concretos o potenciales efectos de su uso o consumo por los consumidores. Esta situación, además de abarcar la actividad promocional de todo tipo, que involucra la colocación entre los consumidores o su entrega *interesada* de un producto, para probarlo o como muestra “gratis” pero con la posibilidad de uso, para los efectos potenciales de la transacción comercial, involucra también, la protección a los mismos consumidores que puedan ser afectados y a otros sujetos que sin intervenir directamente como partes en la transacción comercial del producto, se ven afectados al “arrastrarlos” el hecho del daño. Tal es el caso del sujeto conocido en doctrina como *bystander* o el tercero ajeno al circuito de adquisición del producto, quien, por tener la pésima suerte de pasar o hallarse cerca de un auto defectuoso que explota y lo daña, para algunos, podría ser excluido de la Ley de Protección al Consumidor, discutiendo si se debe aplicar la responsabilidad objetiva o la subjetiva al fabricante. Los conflictos involucrarían también, discutir sobre el esquema de obligación solidaria de los proveedores para con la víctima, que aparece con tanta claridad en la parte final del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor más no así en el Código civil (135).

La Sala de Defensa de la Competencia de Indecopi en nuestro país, ha extendido el concepto de consumidor a otros sujetos como es al pequeño empresario. De hecho, en la Resolución N° 101-96-TDC/Indecopi, dictada en el caso *Cheenyi E.I.R.L. contra Kónica S.A.*, aludía a que el término de consumidor, debía incluir a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato

-
135. Por ejemplo, los hijos del comprador de un gran ventilador de techo defectuoso, hacen una fiesta para obtener fondos para su viaje de promoción en su casa y mientras ésta se lleva a cabo, el ventilador, al ser utilizado, se rompe por tener un defecto en su base, y sus hélices, matan a un grupo de asistentes. El defecto no era perceptible y la fiesta fue llevada a cabo por consumidores no siendo todos los afectados, parte del entorno familiar o social de los compradores del ventilador sino jóvenes clientes que compraron su entrada a la fiesta para colaborar con la obtención de fondos. Los datos indicados no permitirían incluir a las víctimas como consumidores finales bajo una noción estricta de transacción comercial. Las víctimas del daño, al observar el ventilador, pensaron, de la misma manera que los padres de los que organizaron la fiesta, que el ventilador era seguro no existiendo riesgos evidentes y habiéndose cumplido con las directivas de instalación. La colocación del producto o su puesta en circulación, tomando el término utilizado por la Directiva de la Comunidad Europea, ha hecho que éste, salga de la esfera del proveedor y alcance la del consumidor o usuario, sea éste el adquirente o no lo sea. El daño afecta igual a todos los asistentes o víctimas; bajo el principio por el cual donde impera la misma razón (la recepción del perjuicio) impera el mismo derecho, se debe buscar el camino jurídico que conceda a todos los afectados, el derecho a la reparación con las mismas ventajas y condiciones.

y no solo para consumirlo o usarlo de manera directa. Ello podría suponer una concepción destinada a considerar consumidor, no solo al adquirente o a quien interviene como parte de una transacción comercial sino que se mantiene tal condición, para los afectados que forman parte del entorno social o familiar del adquirente, disfrutando o utilizando el bien aunque otros lo hayan adquirido como otros sujetos dañados que son consumidores potenciales. Somos de la opinión que lo que pretende el régimen es considerar protegido a los sujetos respecto de un producto que llegó al mercado como resultado de una transacción comercial, entendiéndose por tal, al intercambio de prestaciones, lo que no debería impedir que, por ejemplo, que los amigos de los niños dañados por usar juguetes peligrosos que fueron adquiridos por los empleadores de un grupo de padres, sean reparados, debiéndose ampliar la hipótesis de protección a todos los que resulten envenenados por entrar en contacto con la pelota o el juguete.

No vemos la razón para recurrir a una interpretación restrictiva de la transacción comercial como elemento excluyente para cierto rango de víctimas (como los terceros afectados) tal y como ocurre en otros regímenes como el de los países de la Comunidad Europea, los mismos que apuntan a la protección respecto de los daños generados por los defectos de los productos que circulan en el mercado.

Un producto defectuoso donado íntegramente, es decir, distribuido sin aparentes fines comerciales pero por un proveedor que normalmente fabrica sus productos con ese fin, pero lo ha donado para fines que se muestran solidarios o altruistas (como puede ser el caso de una persona jurídica o empresa que entrega leche, la cual, por hallarse en mal estado, causa intoxicaciones masivas por ejemplo), podría ingresar al supuesto de colocación potencial o puesta en circulación y, por ende, se aplicaría la Ley de Protección al Consumidor. Una interpretación como la indicada, busca atender a la protección a las víctimas. Sin embargo, es notorio que el tema plantea conflictos. En primer lugar, en este último caso, puede considerarse que el producto no se coloca en un mercado entendiéndose por tal, un ámbito de confluencia de oferta y demanda (136) al que ingresa cuando está destinado a la venta. Es obvio, sin embargo, que la circulación gratuita de un producto que normalmente es vendido en el mercado, también constituye un acto de promoción que permite difundir las bondades del mismo lo que lleva inmerso el sentido de transacción comercial. Tras la donación, existe un intensivo proceso de publicidad que conlleva la promoción del producto donado, lo que genera dudas de que pueda ser suprimida una noción de transacción comercial que se torna implícita. Es evidente, en todo caso, que habrá mucha casuística que orientará a la autoridad a un análisis de las circunstancias concretas.

La Directiva comunitaria europea, ha incluido el tema de la puesta en circulación como una hipótesis de responsabilidad y, por esa vía, hace en el artículo 7° de la normativa, una amplia descripción de los casos que liberan al productor cuando no se produce dicha colocación. Consideramos que lo que está tras de la regulación, es un concepto que incluye una responsabilidad por el producto puesto en circulación en el mercado, por voluntad del proveedor.

La Ley de Protección al Consumidor y el criterio jurisprudencial administrativo, en nuestro país, ha resaltado la importancia de la relación de consumo y aunque no ha sido tocada aún, la problemática de una noción más amplia, menos centrada en una restringida concepción de transacción comercial como contraprestación concreta sino también potencial, creemos que ésta debe ser la corriente interpretativa a adoptar frente al contenido de la ley peruana.

No hay razón para negar protección y distinguir entre personas que utilizan o consumen el producto comprado por otros o que sin necesidad de intercambio comercial concreto pero si potencial, pues el producto ingresó al mercado para el fin del comercio, fueron dañados y en tal condición, se les causó daños a ellos o a sus bienes. Si asumimos que muchas veces, mediante el intercambio o la transacción comercial, solo se recibe un listado breve, impreciso y a veces complejo de contraindicaciones, es absurdo excluir *per se*, a toda una categoría de sujetos que ni son proveedores pero que tampoco serían consumidores si se adopta una noción limitada de éste último, centrada en la adquisición del producto por la vía de una concreta transacción comercial. El elemento que vincula y orienta o debe orientar la ponderación, es la reparación a las víctimas. Si el daño al tercero, radica en un inadecuado uso o consumo de otro consumidor, es obvio que opera una movilización de la causa del siniestro o del daño hacia éste y la exclusión del proveedor. Empero, la regla debe ser proteger a los afectados.

136. La noción de mercado es eminentemente económica. En el Diccionario de la Real Academia Española se le define como lugar público cubierto o al aire libre en donde se venden y compran mercancías o situación de la oferta y la demanda, *Ob. Cit.*, p.

2.2.2. Sobre el defecto.

2.2.2.1. Apuntes generales.

La palabra *defecto*, adquiere relevancia central en el trabajo que nos ocupa como eje del sistema de responsabilidad civil ⁽¹³⁷⁾. No se puede construir dicho régimen sin contar con este indispensable elemento que se asienta sobre el producto para permitir, ante el daño, el acceso al juicio de responsabilidad.

Según comentario de Ángel Rojo y Fernández RÍO ⁽¹³⁸⁾, todas las demandas en las que se pretende que el fabricante asuma la reparación del daño, “tienen como común denominador la defectuosidad del producto” que genera el daño. Advierte tal autor, que es importante resaltar como supuesto, la “puesta en comercio” del producto o, con mayor precisión, su colocación en el mercado lo que ya fue mencionado al tratar diversos aspectos del producto. Añade Rojo y Fernández, que determinar la noción de defectuosidad abarca una pluralidad de hipótesis de difícil sistematización sin que sea posible hallar un “criterio unívoco” al que podamos aferrarnos para determinarla ⁽¹³⁹⁾.

Si el producto adquiere múltiples “rostros” o facetas, en ocasiones, poco nítidas como resultado de la distinción con el servicio y de la opción que ejerce cada legislador sobre qué es un producto, como veremos, al defecto se aplicará también sus propios parámetros o rangos de controversia o discusión. Dicha complejidad proporciona particulares matices ⁽¹⁴⁰⁾.

Las constantes que hallamos en la definición de defecto, aunque particularmente, en el lenguaje común, se relacionan con la imperfección o a la ausencia de una o más cualidades peculiares de una cosa ⁽¹⁴¹⁾. Sin embargo, estas primeras ideas se convierten, metafóricamente hablando, en la punta, visible y pequeña, de un “iceberg” con una voluminosa masa sumergida en el mar de posibilidades que ofrece la ciencia y la tecnología; en este ámbito profundo, se hallan las preocupaciones actuales que genera la responsabilidad civil por productos. Y es que por encima de la mera afectación de la utilidad, importa la creación de un daño o de riesgos provenientes de un defecto en el producto. Hay coincidencia en cuanto a que la responsabilidad en el ámbito que especialmente nos preocupa, se relaciona con la ausencia de seguridad más que con el de utilidad ⁽¹⁴²⁾, generando en el ser humano, una percepción distinta o fracaso de una expectativa distinta que al Derecho corresponde regular.

La amplia explicación formulada en la primera parte de este trabajo, confirma el tránsito que ha sufrido la noción jurídica de defecto en los términos impuestos por la ciencia, la tecnología en lo que corresponde a la producción y los actuales fenómenos de consumo y distribución de productos, respecto de la propuesta de los Códigos civiles de nuestra tradición con relación, por ejemplo, a la figura del saneamiento e inclusive, en diversos aspectos, a la misma configuración y aplicación de la institución de la responsabilidad civil.

Sobre el saneamiento por vicios ocultos, Max Arias Schreiber Pezet ⁽¹⁴³⁾, destacó que se pretende que el enajenante responda por el desmedro que sufra el adquirente en el disfrute del bien y que le impida satisfacer en forma total o parcial, la finalidad a la cual se ha destinado. Tal concepción, vincula a la figura civil con la idoneidad del bien más no con la seguridad que respecto del uso y consumo, reclaman las personas. Para el citado Arias Schreiber, el cambio fundamental en el Código civil de 1984, se produce por un nuevo concepto de saneamiento que pretende “dejar indemne al adquirente cuando éste no se encuentra en aptitud de utilizar el bien dentro de la finalidad para lo cual lo adquirió en propiedad, posesión o uso” por lo que el saneamiento constituiría una indemnización ⁽¹⁴⁴⁾.

137. PARRA LUCAN, María Ángeles, *Ob. Cit.*, p.496.

138. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, 1974, p.p. 187, 188 y 190.

139. *Ibidem*, p. 188.

140. PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.* p. 27. También en la misma línea está CALAIS-AULOY, *Droit de la Consommation*, Paris, 1986, 2. A edic., p. 241, citado por esta misma autora.

141. Real Academia Española, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 736.

142. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 72.

143. REVOREDO Delia, *Ob. Cit.*, p.p. 163 y 164.

144. *Ibidem*, p. 164.

Se relaciona el concepto de vicios ocultos, con la existencia de “deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización”. Esto último, determina la obligación de *saneamiento* cuyos efectos son fijados en los artículos 1503° y siguientes del Código Civil (145). El carácter defectuoso se mide en los términos antes planteados, por lo que se ofreció y no se proporcionó como por lo que se ocultó respecto del bien. Se trata, sin embargo, de la carencia de las cualidades prometidas por el transferente, que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición o falta de aptitud del producto para su uso idóneo genera el saneamiento conforme al artículo 1505° del Código civil. A su vez, los artículos 1509° y 1510° del referido Código, se ocupan del saneamiento por la presencia de cargas, limitaciones o gravámenes ocultos de los que no se dio noticia al celebrarse el contrato pese a ser de tanta importancia, que disminuyen el valor del bien, hacen al bien, inútil para la finalidad de su adquisición o reducen sus cualidades para tal efecto o cuando no existen las servidumbres activas declaradas por el transferente al celebrarse el contrato, que harían apto al bien para la finalidad de su adquisición. Es importante preguntarse, en tal supuesto, si la indemnización a que se refieren los artículos 1512° y 1513° del Código civil peruano, ha sido proyectada por el legislador para cubrir cualquier daño causado por el vicio oculto incluyendo aquellos causados, por ejemplo, a la integridad física de las personas. Una primera característica o nota distintiva, estaría referida a que solo procedería dicha indemnización cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios. Ratificó Max Arias Schreiber Pezet, en torno a dicha indemnización (también incluida para el saneamiento por evicción de acuerdo al artículo 1495°), que ella opera como sanción; dado el texto normativo, a *contrario sensu*, se debe entender que no surge sin la presencia acreditada, del dolo o la culpa (146).

Un segundo elemento, el categórico en nuestra opinión, cuando se alude al saneamiento, se relaciona con la presencia misma del vicio centrado en la noción de utilidad o aptitud lo que se vincula, también, a la posibilidad de optar por la resolución o acción redhibitoria o, en su caso, por la acción estimatoria o *quantum minoris* a que se refieren respectivamente, los artículos 1512° y 1513° del código. El contexto conceptual es diferente al que plantea la discusión sobre el ofrecimiento de seguridad que corresponde ofrecer al proveedor del producto.

La estrecha relación entre el bien y su uso para los efectos de estimar lo que el primero vale de menos o proceder a la resolución del contrato (según los artículos 1511°, 1512° y 1513° del Código), conduce a que se solicite el saneamiento en plazos reducidos siendo de tres meses cuando se trata de muebles y seis de inmuebles, contados desde la recepción del respectivo bien según el artículo 1514° del Código civil, caducando el derecho de quien recibió el bien, vencidos tales períodos.

Como pudimos apreciar al analizar en la primera parte de esta investigación, la responsabilidad civil por productos recurrió a la figura del saneamiento por vicio oculto, cuando aún no había una concepción definida sobre el tratamiento de los productos defectuosos y con la finalidad de que ésta figura fuera un instrumento que permitiera avanzar hacia la protección a las víctimas de los daños. Pero la opción resultó limitada. Dado el origen contractual del saneamiento, las consecuencias jurídicas se aplicaron en el ámbito del fabricante-transferente y adquirente, situación que no cubría ni cubre la extensión de la transferencia comercial que hoy en día, alcanza un producto y la generación del riesgo o el peligro al que nos enfrentamos por el defecto del mismo.

La discusión, en el tema que nos ocupa, se sitúa pues, en un ámbito distinto y particular siendo el signo de la responsabilidad por productos, o su circunstancia característica, la presencia del defecto el que a su vez, se produce por no ofrecer, éste, el producto, la seguridad a que las personas tienen derecho. No se discute el derecho del consumidor, a recibir del proveedor, bienes idóneos para el uso pactado o previsible o de la calidad ofrecida o previsible, sino uno referido al ofrecimiento de seguridad en cuanto a que el producto que se coloca a disposición de los consumidores, no causará de daños a su integridad o a sus bienes según se ha establecido, a grandes rasgos, en el Derecho comparado y en el nacional. En el último caso, los lineamientos de la defectuosidad aparecen en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, aprobada por Decreto Legislativo N° 716 (147), el cual subraya que un producto es defectuoso *cuando no*

145. *Ibidem*, p. 181.

146. *Ibidem*, p. 175.

147. Para facilitar la revisión del tema, destacamos que el texto del artículo 32° del Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor, aparece en los primeros comentarios referidos a la relación entre producto y defecto.

ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho (la cursiva nos pertenece), tomando en consideración todas las circunstancias tales como las que figuran en el mismo artículo 32°.

La protección a la seguridad e integridad de los consumidores tiene una conexión de protección constitucional según aparece en los artículos 2°, numeral 1) y 65° de la Constitución Política del Perú concordante con el contenido de la Ley General de Salud lo que no significa que el concepto de la seguridad a que las personas tienen derecho, tenga una clara definición. Años antes, la Constitución Política de 1979, planteó en su artículo 110°, de manera meramente declarativa, que el Estado asumía la defensa de los consumidores.

Fue y es una realidad que la complejidad de la producción y el consumo actual con los riesgos y peligros derivados del avance de la ciencia y la técnica, impacta en las personas y en sus bienes, advirtiéndose los efectos de un producto defectuoso, muchos años después que el mismo fuera adquirido o consumido y no necesariamente en los consumidores o usuarios que analizan y deciden respecto del acto de consumir, sino en los consumidores indirectos como ocurrió, por ejemplo, con la *thalidomida*, producto que causó terribles deformaciones en los hijos de las madres gestantes que recurrieron a este medicamento y, en el caso del *D.E.S.*, en las hijas de las consumidoras, las cuales adquirieron una rara forma de cáncer por lo menos diez años después de que sus madres consumieran el indicado medicamento. Es notorio, en todo caso, que nos hallamos ante supuestos diferentes al de la figura de los vicios ocultos que se centra en la falta de utilidad o aptitud para la finalidad de la transferencia de los atributos de la posesión o la propiedad, planteándose la necesidad de un análisis que proyecte una defensa única e integral para las víctimas a través de la solidaridad para el pago de la reparación entre los sujetos inmersos en la cadena de producción y comercialización, entre otras opciones reconocidas por el Derecho comparado y el nacional.

Si bien, ante el vicio oculto, procede reclamar una indemnización por el daño causado, cabe preguntarse si no constituye una extensión excesiva y forzada de la figura para cubrir los daños generados por la ausencia de seguridad (más no de utilidad) en el producto cuando la misma, se relaciona como eje principal, en la carencia de las cualidades prometidas que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición según reza el artículo 1505° de nuestro Código civil. Podría decirse que un producto es valioso por ser seguro y, de carecer de tal atributo, se debe generar el saneamiento con la correlativa obligación de indemnizar todos los daños generados. Sin embargo, en este caso, cabe suponer que la indemnización está proyectada con relación a la transferencia de propiedad, la posesión o el uso de un bien pero sobretodo, a reparar los daños provenientes de la falta de aptitud o utilidad del bien lo cual marca los parámetros del derecho y tal supuesto, no involucraría la reparación de todos los perjuicios causados por el vicio oculto. Por otro lado, al ser una regla que establece restricciones a los derechos del transferente para imponerle la obligación de responder frente al adquirente en determinados supuestos expuestos en la normativa, podría hasta considerarse de aplicación el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil si se pretende en la actualidad, recurrir a la figura de los vicios ocultos en caso de daños causados por la ausencia de seguridad en el producto o en un bien.

La respuesta jurídica para el dañado por el defecto de un producto, de no hallarse en la Ley de Protección al Consumidor, a consecuencia de los requisitos que ella impone, se produciría a través de la opción directa de la responsabilidad civil según las reglas del Código Civil, considerando las facetas actuales que reviste el daño en cuanto a su extensión y a los plazos sin ser ya, necesario recurrir a figuras que tienen otro origen y finalidad como es el saneamiento por vicios ocultos. En la responsabilidad civil, sea que se la denomine contractual o extracontractual, obligacional o extraobligacional, la hipótesis del daño y su reparación se constituye en el objetivo principal y no en un accesorio u opción del supuesto de la acción redhibitoria o resolutoria del contrato o la estimatoria sobre lo que vale el bien como ocurre en el saneamiento por vicios ocultos. De este tema, nos ocuparemos más adelante.

Un producto defectuoso es siempre aquel que muestra anormalidad respecto del referente de producto que brinda seguridad normal o un *estándar* de seguridad; para nuestro análisis, reviste particular atención el que esa anormalidad sea susceptible de dañar o conllevar una potencialidad dañosa (148).

Un producto defectuoso en el supuesto de responsabilidad civil que nos ocupa, deviene, siempre, en peligroso. Empero, hay productos que son, por su solo diseño o naturaleza, intrínsecamente peligrosos y deben ser utilizados con especial cuidado pues pueden causar daños por su simple manipulación o cercanía. Aunque estos bienes causan riesgos, también generan beneficios. La

posibilidad de instruir o advertir adecuadamente al consumidor o usuario de la peligrosidad o la evidencia claramente identificable del riesgo o el peligro, permite eliminar, suprimir o diluir la pesada carga de la peligrosidad intrínseca. La certeza de que es peligroso utilizar material radiactivo o explosivo y también es peligroso realizar las actividades de fabricación o manipulación de tales productos, trajo consigo la aparición de reglas de mayor rigurosidad para quien coloca tales bienes o productos o realiza esta actividad. Es así como se construyeron las bases de la responsabilidad de carácter objetivo y para algunos, hasta absoluto. Hay implícita, una noción que involucra reconocer que sea por las características de los bienes o de la actividad, hay una *fente de peligros* que ha conducido a prescindir de ciertos elementos de discusión y de prueba como la culpa del responsable de la producción y comercialización del producto.

Lo concreto es que en nuestra opinión, el régimen actualmente establecido como de responsabilidad civil derivada de los daños causados por los defectos de los productos, guarda íntima, esencial relación con la teoría jurídica de la responsabilidad sin culpa ligada a la creación de riesgos o peligros que, sobretodo, aparece en la responsabilidad extracontractual. Aludir al ofrecimiento de seguridad que corresponde al proveedor otorgar en la producción y colocación de productos, supone reconocer los riesgos de daño que los defectos en la producción o comercialización de los productos, pueden causar en las personas. La imagen del boticario que hace apenas algunos años (y en ciertos lugares de nuestro país, pueden mantenerse como una opción para la atención de la salud), vendía un preparado susceptible de causar daños a los que lo consumían, no se compara, de manera alguna, a los daños que una moderna transnacional puede causar (y de hecho, ha causado) en millones de personas por el consumo, por el mundo entero, de un medicamento. Basta recordar el perjuicio causado con la *Thalidomida* y con los implantes de silicona o con los productos de asbestos. Hay una notoria diferencia entre la población que se afectaba en el primer caso y en el último lo que ha generado una construcción jurídica diferente para comprender los supuestos del daño por los defectos que hoy involucran a la industria.

Creemos que el tratamiento al bien y la actividad riesgosa por sí misma, se ha trasladado a una propuesta normativa que los distintos ordenamientos han acogido, referida a los daños causados a la población por los defectos de los productos colocados en el mercado.

Por esta vía, llegamos a un concepto fundador de un principio general de responsabilidad derivado de la *creación o puesta en peligro* que ha sido desarrollado por el Derecho civil (149), la misma que tiene clara utilidad para tratar el fenómeno de la producción y comercialización masiva de productos la misma que por su magnitud e importancia, puede generar en la población y bienes, graves riesgos de introducirse un defecto.

La ausencia de utilidad y de la calidad ofrecida por el proveedor, son hipótesis que el derecho civil ha reclamado y reclama para la figura de los vicios ocultos. El supuesto de los daños por productos defectuosos reclama la seguridad de las personas y de sus bienes.

Las decisiones jurisprudenciales dictadas en los Estados Unidos de América no han sido uniformes cuando se ha tratado de definir la hipótesis de defectuosidad (150); para algunos, se ha producido en ocasiones, una extensión de la misma, sin atender, en muchos casos, a la prueba de la defectuosidad del bien fabricado sino a la simple ocurrencia del evento dañoso (151). El objetivo ha sido proteger a las víctimas aún a costa de afectar la seriedad y justicia del sistema. Pero ello no ha impedido, en nuestra opinión, que se determinen lineamientos útiles sobre la problemática de la responsabilidad civil por productos que más adelante detallamos desarrollados de manera especial, con el apoyo del Análisis Económico del Derecho. En Europa, el tratamiento jurídico ha procurado mantener conexión con el Derecho civil y la formulación teórica, con las diferencias propias de la tradición de cada uno de los países que integra la Comunidad Europea y los acuerdos a los que parecen haber llegado los involucrados en el comercio y la producción.

Tomando como base lo expuesto por el Derecho peruano y el Comparado, pasamos a analizar diversos temas que rodean la calificación de defecto. El primero, está referido al incumplimiento del ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho, según texto del artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor pero también, a los términos que hallamos en el Derecho comparado. Un segundo tema, involucra analizar las circunstancias que califican al

149. Sobre el tema, hay un excelente trabajo de SCHAMPS, Genevieve, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruselas, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, 1998.

150. Conviene revisar lo indicado en la primera parte de este trabajo.

151. ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 190.

defecto y que, en algunos casos, han sido detallados en el Derecho nacional y extranjero. El tercero, está referido a la clasificación del defecto.

2.2.2.2. Aproximación al ofrecimiento de seguridad como elemento para la calificación del defecto.

2.2.2.2.1. Las bases del derecho a la seguridad. La percepción humana de la seguridad y el desarrollo de la respuesta jurídica (152).

La noción de seguridad está ligada a su concepto opuesto; es decir, a la idea de riesgo o peligrosidad, centrándose en el anhelo de protección, en un nivel de aspiración destinado a que logremos o nos acerquemos al ideal de hallarnos libres de riesgo. Tal percepción es, sin embargo, ilusoria al partir de la posibilidad de creer que podemos hallar un absoluto estado de seguridad, estar libres de todo riesgo. Por otro lado, frente a tal anhelo, una teoría de la motivación, plantea que en la jerarquía de necesidades humanas, luego de la satisfacción de las fisiológicas de hambre y sed, se halla la búsqueda de seguridad, entendida como *sentirse a salvo o fuera de peligro* ante los riesgos que la vida plantea (153). Según dicha teoría, las personas que carecen de recursos para sobrevivir, harán los esfuerzos que sean necesarios y enfrentarán diversos riesgos para conseguir alimento. Superada tal necesidad, la persona se preocupará de la seguridad personal tomando en cuenta la satisfacción de las necesidades esenciales para abordar, luego, las que ocupan los siguientes niveles de la escala (154).

La búsqueda de la seguridad es un anhelo básico en la persona humana lo que puede hacer que confundamos el ámbito ideal con el real. Para contar con un impulso inicial, la naturaleza nos ayuda (quizás, con esos soplos de perfección que nos revela la conexión constante con el creador) pues nacemos preparados para desarrollar una lucha constante por la sobre vivencia (155); los seres humanos contamos, con una especie de programación que va más allá de nuestra

-
152. Para preparar esta parte de la presente investigación, agradecemos el gran apoyo de Mary Louise Claux Alfaro, PhD y Profesora Principal del Departamento de Psicología de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, dictando cátedra en los cursos de “Desarrollo Humano I y II” así como “Motivación y Emoción”.
153. MASLOW, Abraham, estudioso de la conducta, nació en 1908 y falleció en el año 1970, preparó su teoría en función de una pirámide sobre las necesidades humanas y sus prioridades, hallándose en primer lugar, las de sobre vivencia o fisiológicas; en segundo lugar, las de seguridad; en tercero, las de pertenencia y amor; en cuarto lugar, la de autoestima y al final, las de autorrealización permitiendo éstas, encontrar la autosatisfacción y apreciar el potencial propio. A medida que se obtiene una, en un rango tolerable, es posible pasar al siguiente escalón. Pocos llegan a alcanzar “el pico” de esta pirámide. La cita proviene de PAPALIA, Diane, Sally WENDKOS, Ruth DUSKIN FELDMAN, *Desarrollo Humano*, Santafé de Bogotá, MacGraw-Hill, 1989, p. 25.
154. *Ibidem*, p. 25.
155. La sola experiencia de nacer es penosa tanto para el bebé como para la madre no solo por pasar éste último, de un medio “tibio, oscuro y abrigado” a una habitación de hospital o clínica, fría e iluminada en donde hasta terminan dándole nalgadas, según destaca PAPALIA, Diane, WENDKOS, Sally, DUSKIN FELDMAN, Ruth, *Ob. Cit.*, p. 75, citando a Lagerscrantz y Slotkin. En función de estudios de ratas, ovejas y humanos, se está encontrando que con el trabajo de parto, sobreviene la producción de gigantescas cantidades de adrenalina y noradrenalina, hormonas que preparan a un animal o a un ser humano para la lucha o la huida en caso de peligro. Esto puede equipar al feto para sobrevivir ante la primera gran jornada de su vida, siendo incluso útil que así sea. Las glándulas fetales producen estas hormonas llamadas catecolaminas, a través de la mayor parte de la gestación pero durante el parto, su concentración se incrementa a niveles mayores que los de un adulto cuando está dando a luz o cuando tiene un ataque al corazón inclusive. Tan súbita alza de catecolaminas, automática en el ser humano, parece preparar al recién nacido para la vida fuera del vientre pues despeja los pulmones para la respiración, moviliza los nutrientes para el alimento de las células y envía sangre al corazón y al cerebro. PALMERO, Francesc, Enrique G. FERNÁNDEZ-ABASCAL, Francisco MARTÍNEZ,

cognición (156) y con aquello que la inteligencia nos proporciona como recurso frente a los riesgos que supone vivir; tal programación nos orienta a protegernos de los peligros del medio, preparándonos para buscar la seguridad sea por la huida o la parálisis para evitar el peligro o la preparación para la lucha (157). El llamado instinto de conservación nace y se desarrolla con el ser humano pero, obviamente, existe en otras criaturas vivientes. Ancestralmente, la especie humana ha debido protegerse de la naturaleza, de los depredadores, de las enfermedades. La huida y la preparación para el ataque se asocian a una emoción básica, *el miedo* (158), que probablemente, sea la más primitiva y, en ocasiones, la más útil de cuantas emociones tenemos codificadas (159). Los mecanismos actúan de manera automática, pero, en la medida que se produzca un adecuado desarrollo del razonamiento humano, se recurre a medios más complejos, que generan la búsqueda de seguridad de forma sofisticada y efectiva (con instrumentos jurídicos adecuados, por ejemplo), colaborando en ello, la educación o instrucción, la cultura y los ajustes sociales además de lo que cada persona aporta por su propia constitución.

Con el desarrollo de la persona humana, aparece una proyección o representación mental de lo que puede ocurrir y no ha pasado aún aunque también, está presente la experiencia de lo vivido sea por el mismo sujeto o de manera vicaria. Pero, aunque las carencias crean estímulos para la superación de los obstáculos, también pueden interferir con un saludable desarrollo humano que incide en la forma de enfrentar los riesgos y procurar seguridad.

La especie humana ha progresado en la formalización jurídica de los mecanismos para obtener protección ante los riesgos; en muchos casos, ha procurado efectividad más allá de la dogmática que puede brindar un bello (pero a veces, inútil) discurso cuando no se tienen en cuenta los que ocurre en la realidad. Un valioso instrumento en ese recorrido, ha sido el estructurado por los que cultivan el Análisis Económico del Derecho. Surgen problemas cuando se considera que ésta es la única herramienta o la mejor para acercarnos a un mundo de recursos escasos y de conductas maximizadoras. No compartimos esta última idea, pues creemos que el centro de análisis y protección tiene que ser, siempre, la persona humana aunque su papel económico, tenga un espacio importante en las propuestas que el Derecho debe realizar e imponer.

Ha variado también, el escenario y las características de la producción y comercialización como del consumo y el peligro. Los tiempos modernos, nos generan el fascinante espectáculo de la obra humana capaz de crear las condiciones para una vida mejor, contando con bienes complejos que facilitan la existencia, salvan vidas y generan comodidad, placer, pero también, daños de múltiples maneras como en períodos cada vez más difíciles de calcular o prever. La realidad ofrece bienes cada vez más ambivalentes, al proveer de confort, salud, vida y de también de sufrimiento y muerte. El Derecho no permanece ni debe permanecer ajeno a la necesidad de garantías ante dicha realidad.

Aproximarnos a la percepción de seguridad considerando la conducta humana que guía la respuesta o formulación jurídica utilizada por la normativa sobre el tema de la responsabilidad civil en general y la de productos en particular, constituye una propuesta esencial en esta investigación permitiendo ella, en nuestra opinión, abordar la vigencia y la real aplicación de las

Mariano CHÓLIZ, *Psicología de la Motivación y la Emoción*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, p.p. 3 a 11. Estos autores destacan que la motivación como la emoción, son procesos básicos imprescindibles para comprender la relación de un individuo con su medio ambiente para entender la máxima premisa de cualquier organismo vivo: la supervivencia. Hay una conexión fundamental entre la emoción como aquello que constituye la “chispa” sobre lo que se construye un proceso más duradero, que nos lleva a conductas motivadas para el logro de una meta.

156. CRAIG, Grace J., *Desarrollo Psicológico*, *Desarrollo Psicológico*, México, Prentice Hall Latinoamericana S.A., Cuarta Edición, p. 188. Aludimos a la cognición, como proceso en virtud del cual percibimos, conocemos o comprendemos algo; el desarrollo cognoscitivo denota el crecimiento y perfeccionismo de la capacidad intelectual y vincula a las capacidades o del potencial del conocimiento, del pensamiento, del procesamiento de la información.
157. PALMERO, Francisc, FERNÁNDEZ-ABASCAL, Enrique G., MARTÍNEZ, Francisco, CHÓLIZ, Mariano, *Ob. Cit.*, p.p. 8 y 9.
158. No es fácil hallar una definición de la *emoción*. En el campo de la psicología, se discute por un único concepto, existiendo múltiples formas de entenderla. Reconocen, la mayor parte de los que la investigan, que la misma configura un proceso psicológico básico que describe la relación concreta del sujeto con su medio revelando esto, su principal característica, la de su instrumentación adaptativa que nos prepara para una respuesta a los estímulos proyectándose en una activación fisiológica, conducta expresiva y sentimientos subjetivos. *Ibidem*, p. 18.
159. *Ibidem*, p. 9.

instituciones jurídicas. Significa visualizar lo que finalmente, guía a un individuo hacia la seguridad que mentalmente, ha representado y por ello, espero obtener.

Con estos elementos, se configura, en el área de la psicología que se ocupa de la motivación humana, la *expectativa*, calificada como una representación mental que incide o impacta o afecta la probabilidad subjetiva de éxito, midiéndose por la *distancia psicológica* que fijan los sujetos entre la aspiración y el medio concreto para alcanzar un objetivo que, en este caso, es la protección. Ella tiene connotaciones básicas relacionadas con la supervivencia (160) y con la meta de alcanzar la seguridad como un derecho del consumidor y obligación del proveedor. Tal aproximación, en nuestra opinión, encaja con lo que en términos jurídicos, calificamos como expectativa incorporando el ofrecimiento de la seguridad a que las personas tienen derecho como precisa el artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor hallándose presente esta búsqueda, en el Derecho comparado.

La conformación de la expectativa es resultado de un proceso en donde ingresan nuestro razonamiento, la interacción entre la estimación de los riesgos, de la dificultad de la tarea concreta a realizar y la estimación de las habilidades y recursos existentes para llegar a un resultado. El individuo concluye en cuan probable o factible resulta la consecución de un objetivo como alcanzar la seguridad, formando parte de ese análisis, la representación que realiza de los riesgos con ayuda de toda la información de la que cuenta para representar sobre lo cual, no tiene experiencia, sobre aquello en donde ya ha tenido alguna o sobre la cual, existe una experiencia vicaria. Se debe distinguir entre lo que un individuo *desea* conseguir o *nivel de aspiración* y el *nivel de expectativa*, que incluye lo que *estima* que puede conseguir tras un proceso mental que evalúa los medios reales para alcanzar la meta (161). No deja de formar parte de ese proceso, la información recibida a través de la publicidad, sea a través de la repetición de mensajes que genera cierta automatización o condicionamiento y mensajes subliminales en la respuesta, entre otros mecanismos de recepción de la información. Aunque la publicidad es tomada por el consumidor, con cierta reserva, ello no impide que influya también en la toma de decisiones.

Como ya se dijo, hay en esto último, un cálculo o estimación de los obstáculos, de las habilidades y recursos de los que se dispone para lograr una tarea. El deseo referido al nivel de aspiración, puede poseer un importante peso o una mayor valencia, pero una menor probabilidad de logro que el referido al nivel de expectativa que reconoce la realidad. Los dos niveles, reflejan la dimensión cognitiva (162) de las conductas motivadas, entendiéndose por ella, también a un proceso básico que orienta a la persona, a la consecución de objetivos-meta, con fases de aproximación y de ejecución en donde hay una verificación de la congruencia, la atribución de causas y la generalización (163). Los niveles de aspiración y el de expectativa propiamente dicho, se incrementan cuando la actuación y el rendimiento de un individuo o, en este contexto, son buenos y pueden disminuir pero también incrementarse, cuando dichos parámetros de actuación son deficientes (por ejemplo, un padre que brinda un medicamento a su hijo para bajarle la fiebre observando que no le hace ningún efecto, verá incrementada su aspiración y expectativa respecto de otro producto, si éste, fácilmente, le brinda el resultado deseado al bajar la fiebre de su hijo, debiéndose considerar en este contexto, las circunstancias que rodean al producto y moldean lo que el sujeto espera de él; cabe señalar, en este ejemplo, que también podría ocurrir que, con el mismo producto, el padre piense que requiere de una dosis más alta del mismo para bajarle la fiebre a su hijo incrementando su expectativa sobre este producto, razón por la que, ante tales reacciones, es indispensable informar de los efectos de superar la dosis recomendada o lo que se debe hacer si los malestares persisten). Tales respuestas sobre la seguridad, requieren ser incorporadas al análisis del proveedor de la misma manera que éste realiza profundos estudios destinados a persuadir o inducir a los consumidores y a sus vendedores, a través de la publicidad, sobre las ventajas o bondades del producto.

Las consecuencias de la actuación de la persona son valiosas para que éste estime si el resultado se aproxima o no, a la expectativa que tenía. En estos casos, será importante analizar las discrepancias entre la expectativa y el rendimiento. Si se produjo lo que la persona esperaba o se logró satisfacer la expectativa, en una próxima ocasión, la probabilidad de que se incremente, es elevada. Si el resultado esperado no se produce, la expectativa, en el futuro, puede disminuir o

160. PALMERO, Francesc, Enrique G. FERNÁNDEZ-ABASCAL, Francisco MARTÍNEZ, Mariano CHÓLIZ, Mariano, *Ob. Cit.*, p. 9.

161. *Ibidem*, p. 14.

162. CRAIG, Grace J., *Desarrollo Psicológico*, *Ob. Cit.*, p. 188.

163. *Ibidem*, p. 12.

según el caso, generar la repetición de la actuación o la introducción de cambios para lograr el objetivo por una vía distinta. La respuesta o los ajustes del consumidor y los del proveedor como los que propicie la autoridad, en este contexto, serán fundamentales para alcanzar reales beneficios en los criterios de protección. Solo que también en este aspecto, es el proveedor el que está en capacidad de contar con mayor información sobre la conducta del consumidor para vender considerando que, en el mundo actual, es indudable el peso de la mercadotecnia o marketing (164), siendo indispensable también, mantener un adecuado balance con la perspectiva de seguridad del consumidor conociendo su conducta en el mercado. Queda bajo responsabilidad del proveedor, analizar como parte de este proceso, el incidir en el desarrollo del conocimiento de la expectativa de seguridad del consumidor trabajando con tal conocimiento para evitar que el producto sea defectuoso.

La presencia de un daño como resultado del defecto de un producto, nos lleva a analizar, en los términos planteados por nuestra Ley de Protección al Consumidor, el ofrecimiento de seguridad y, concretamente, la expectativa general y la específica que se forman los consumidores introduciéndonos a la motivación como proceso adaptativo, resultado de un estado interno de un organismo, que lo impulsa y dirige hacia una acción en un sentido determinado (165).

Conforme al artículo 32º de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, la expectativa se configura tomando en cuenta de manera objetiva, las actividades del proveedor en cuanto al diseño y colocación del producto, y, con ello, la manera como éste es puesto en el mercado, incluyendo el impacto de la publicidad, la apariencia del producto, el uso de marcas, o el empleo de instrucciones o advertencias, los materiales, el contenido y la condición del producto, comprendiendo el uso previsible del producto. También se integran los procesos del consumidor con la evaluación de riesgos, costos generales y beneficio del uso o consumo del producto, lo que toma en cuenta sus propios mecanismos de atribución causal (166) pero también, las

-
164. Con relación al término mercadotecnia, es importante señalar la vinculación que establece el *Diccionario de la Lengua Española*, editado por la Real Academia Española, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 1490, con el de *marketing*, a su vez, reseñado en la página 1456 de dicho diccionario; se entiende por mercadotecnia, al conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda. Se alude también, con dicho término, al estudio de los procedimientos y recursos tendientes a este fin.
165. PALMERO, Francisc, y otros, *Ob. Cit.* p. 12.
166. Como veremos más adelante, hay teorías sobre la causalidad jurídica las que no necesariamente coinciden con la forma en la que las personas realizan la atribución causal, entendida como un mecanismo imprescindible para establecer asociaciones entre conductas y resultados. De esto se ocupa la Psicología de la Motivación siendo éste, uno de sus temas fundamentales. PALMERO, Francisc, FERNÁNDEZ-ABASCAL y otros, *Ibidem* p. 14. Como mencionan Palmero, Fernández Abascal y los demás autores citados, estas causas pueden vincularse a factores de personalidad, o disposiciones y factores ambientales o situacionales, combinando, las teorías basadas en la atribución, características personales y ambientales para explicar la conducta de un sujeto. Para los profesionales antes indicados, si en función de la atribución causal que el sujeto realiza para aproximarse a un resultado, el individuo nota que la distancia respecto de su objetivo es mayor o similar a cuando inició la conducta, parece necesario que introduzca algún tipo de cambio. Factores culturales y los conocimientos adquiridos a través de toda una vida intervienen en este proceso constituyéndose en objetivo, la necesidad de un sujeto de controlar el ambiente. Precisamente, sobre el tema de la atribución causal, hay un valioso comentario que Mary Claux, quien ha colaborado en la estructuración de este apartado, nos hizo en reunión realizada el 25 de enero y 02 de mayo de 2006, para conversar sobre la motivación en seguridad y el uso en el Perú, de las sales rehidratantes para combatir la diarrea. En la zona rural de sierra, hay la percepción de que las enfermedades se clasifican en “secas” y “mojadas” de acuerdo a lo que predomina en cada una de ellas. La diarrea es una enfermedad “mojada” y puede ser “seca” una infección a la piel, por ejemplo. Para un sector de la población, entonces, no se combate la diarrea, como enfermedad “mojada”, con agua (sino con elementos “secos” como alimentos sólidos que hacen que la enfermedad “se seque” y cure). Si se proporciona agua, bajo esta creencia, se contribuiría a la pérdida de líquidos por ser ellos eliminados, dando una cura equivocada a una enfermedad “mojada”. Es una preconcepción arraigada que pone trabas para combatir la enfermedad con las sales. Ante tal caso, Mary Claux nos comentó que se trabajó como idea, no solo una campaña para modificar esa preconcepción sino también, la posibilidad de variar el producto hacia galletas con componentes rehidratantes que permitiera combatir con productos “secos” una enfermedad “mojada”, empleando la atribución causal (la particular

capacidades cognitivas para representar y proyectar la expectativa de seguridad. Creemos que un análisis como el indicado, es una herramienta importante para captar la esencia de la preocupación humana que sostiene y configura el ordenamiento jurídico. En todo caso, lo que se rescata como propuesta, es el análisis del ser humano en todas sus facetas, sin restarle mérito a su condición de agente económico pero tampoco concediéndole solo ese papel.

Ante ello, el Derecho, en todo caso, ha seleccionado las situaciones que merecen tutela por involucrar un riesgo como probabilidad o proximidad de un daño. Las expectativas de seguridad son más bien, construcciones que realizan las personas y asumen las autoridades para determinar que hay un defecto, teniendo en cuenta los elementos que brinda el Derecho. Ellas, creemos, recogen lo que orienta la conducta del ser humano.

No ofrece duda que en el ámbito jurídico formal, hay un claro desarrollo hacia fijar garantías para la seguridad de las personas. De hecho, los mecanismos que planteamos forman parte de las garantías del proveedor. Es un principio fundamental que los productos que se coloquen en el mercado sean seguros y esa percepción de seguridad general está presente en el ser humano moderno. Esa formalización es coherente con la configuración del derecho a la vida, a la integridad y a la seguridad personal como fin consagrado como supremo para la Sociedad y el Estado, según el artículo 1° de la Constitución Política peruana y en el ordenamiento de otros países.

Con la protección de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad, se ha forjado, de manera independiente y como resultado de un proceso paulatino en el que la humanidad ha asistido y asiste aún, a los más terribles atentados a la supervivencia de la persona humana, el derecho a la seguridad personal. Éste aparece reconocido, aunque en términos generales, en un instrumento de Derecho Internacional como es el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos suscrita en París el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea de las Naciones Unidas, mediante su Resolución N° 217-A (167), como en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá, el 02 de mayo de 1948 la que expresa que todo ser humano, tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (168). El derecho a la vida, a la libertad y, nuevamente, a la seguridad personal (aunque esta vez, proyectado en el sentido civil y político), figura en los artículos 6° y 9° del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2200A (XXI) de 16 de Diciembre de 1966. En líneas generales, la búsqueda de seguridad abarca los atentados contra la persona humana en diversas situaciones alejadas de los supuestos en los que se sitúa esta investigación. De ello, rescatamos el objetivo universal y humano de alcanzar la seguridad, lo que es formalizado en distintos instrumentos jurídicos.

Lo concreto es que el derecho a estar seguros, protegidos del peligro, es reconocido por la Constitución y por los Tratados internacionales, los mismos que forman parte del derecho nacional conforme al artículo 55° de la Constitución Política de nuestro país. Como ya indicamos, en el terreno que nos ocupa, referido a la protección al consumidor, de forma explícita, este derecho es recogido en el artículo 65° de nuestra Constitución política actual, al requerirse que el Estado vele por su salud y su seguridad, en el marco de la protección del interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, agrega la Constitución peruana en este artículo, que el Estado garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, a disposición de los referidos consumidores y usuarios. En el ámbito de la producción y el consumo, el grado de efectiva seguridad que reconoce el ordenamiento jurídico, evidencia fortalezas pero también, debilidades.

Como derecho de los consumidores, el de seguridad, reposa en el deber y obligación correlativa

concepción sobre causa y efecto) que proviene de la cultura para construir una propuesta efectiva de protección. Aunque la idea puede ser trabajada para medir la defectuosidad, lo que se pretende es resaltar la importancia de conocer la forma de atribución causal que realizan ciertos sectores de nuestra propia población y como éstos pueden ser utilizados para lograr seguridad.

167. Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobado en Perú, por Resolución Legislativa N° 13282 de 24.12.59, la misma que expresa:

“Artículo 3°.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

168. Señalando textualmente lo siguiente:

“Artículo 1°.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

del proveedor del producto colocado en el mercado, de conceder una protección eficaz contra los productos que representen riesgo o peligro para la salud o seguridad, garantizando dichos proveedores que los productos que produce o comercializa, no causarán daños a la vida y a la integridad de las personas ni la de sus bienes. Hay consenso sobre la importancia que reviste el compromiso de seguridad que se aplica al proveedor. Los artículos 5°, incisos a) y b) así como 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, no ofrecen duda en cuanto al deber del proveedor, de no causar daños por los defectos de sus productos.

No hay consenso aún, sobre el significado específico o su determinación y la extensión del ofrecimiento de seguridad que plantea la indicada Ley considerando los diferentes aspectos involucrados como son la necesidad de hallar, a través de la regla jurídica, la adecuada distancia entre el deseo o el nivel de aspiración y el nivel de expectativa que incluya la estimación de la seguridad que puede conseguir. En ello, está un modelo de equilibrio que no resulta fácil de fijar. Además de conformar un complejo proceso motivacional, que puede permitir la protección de la vida, integridad y bienes de las personas, se requiere estimular la autoprotección, los controles del proveedor y la intervención del Estado, es una realidad que el incremento o disminución de lo que esperan o deben esperar las personas, repercute en los costos del producto, pudiendo afectarse el acceso a productos baratos e indispensables para salvar vidas, afectando el consumo entre otros fines relacionados, sobre todo, con la población que se pretende defender.

Hay aspectos que determinan la necesidad de que el Derecho tenga presente diversos aspectos del desarrollo y la conducta de la persona humana. En este sentido, no obstante la influencia que tiene el elevar las expectativas en materia de precio, la frustración de la necesidad de seguridad, también puede afectar de forma crítica, el desarrollo humano global.

Según la llamada *Pirámide de Maslow* antes citada, las personas buscan en un primer nivel, la satisfacción de necesidades de alimentos y, en un segundo nivel, la seguridad, siguiendo otras necesidades de carácter físico y afectivo (como la de pertenencia, amor y autoestima, entre otras). En todo caso, la extrema pobreza que existe en nuestro país, nos regresa a una realidad dura pero que necesariamente debe ser tomada en cuenta para construir un concepto de la seguridad que las personas esperan y aquella a la que tienen derecho, debiendo ser éste, un factor que el proveedor debe considerar.

La extrema pobreza compromete, según cifras al año 2002 (169), al 23.9% de peruanos en el área urbana y 9.7% en el área rural, considerando una población total de 26'749,000 peruanos. Resulta grave y doloroso, pero ello supone maximizar los esfuerzos por agua y alimento. Cubrir las necesidades fisiológicas, conducirían a la natural postergación de otros requerimientos como la búsqueda de la seguridad al ponderarse las necesidades básicas, si seguimos la perspectiva de la *Pirámide de Maslow* sobre la motivación de la conducta. La primera interrogante está referida a las opciones que tiene el legislador y las personas para alcanzar la seguridad. Frente a la realidad de nuestro país, la que impone posibilidades limitadas para satisfacer necesidades biológicas fundamentales como el hambre, la sed u otras, no debe suponer ignorar que las personas afectan su seguridad con tal de tener alimento, pues representa asumir que tampoco se puede requerir al proveedor, tomar en cuenta este elemento y proteger el derecho a la vida de tales personas. Creemos que se debe aceptar que el problema existe y trabajar para unir la necesidad de alimento con la de seguridad respecto de los productos. Proyectar los derechos de las personas cuando las necesidades básicas abrumen, es tarea difícil; pero rehuir o ignorar el derecho a la seguridad, involucra colocar el derecho a la vida y a la integridad en un punto muy bajo.

Constituye una realidad, sin embargo, que ante un medicamento que se muestra riesgoso pero de muy bajo costo, la reflexión de los individuos por satisfacer necesidades básicas de hambre y sed a través del ahorro que significa obtener un producto a menor precio, puede generar un aprendizaje particular para la toma de decisiones. Ese déficit importante en sus vidas, en forma constante, involucra un razonamiento distinto al que se produce en sujetos que han satisfecho dichas necesidades. El sufrir hambre y sed, pueden interferir con la saludable búsqueda de seguridad. Se hace necesaria, entonces, una propuesta que busque un equilibrio entre los intereses del consumidor y del proveedor, debiendo éste último, asumir con mayor responsabilidad, los procesos de producción y colocación del producto.

169. Fuente INEI.- Encuesta Nacional de Hogares. IV Trimestre de 2001-2001. Se puede ubicar esta información en la página web del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) www.inei.gob.pe. Los datos estadísticos señalados en esta investigación, constituyen una referencia de los índices de extrema pobreza.

Por añadidura, la pobreza extrema y de manera concreta, los estados deficitarios como la desnutrición y la falta de determinados estímulos e inclusive el estrés emocional e intenso durante el embarazo o de forma crónica a través de buena parte de la vida, entre otros factores, puede ocasionar severos daños en el ser humano, afectando su capacidad cognitiva (170). Las consecuencias de una inadecuada alimentación, pueden prolongarse durante toda la vida lo que, unido a otros factores, puede afectar también la inteligencia. Se trata en todo caso, de un factor de riesgo.

Menciona Craig (171), que un feto desnutrido en el seno materno, quizá nunca logre compensar las células y estructuras cerebrales que no se conformaron debidamente condenando al ser, por una desnutrición antes y después del parto, a un desarrollo insuficiente del cerebro y por ende, a la disminución de la capacidad mental para el resto de su vida. La cognición, como proceso por el que percibimos, conocemos o comprendemos algo, cuyo desarrollo denota el crecimiento y perfeccionamiento de esta capacidad intelectual, se relaciona también con los estímulos de aprendizaje que se ofrecen, los que golpean con más fuerza, a los sectores más pobres por las deficiencias de una deficiente política educativa que, con los pocos recursos con los que cuentan las personas, ellas no pueden revertir. No es de extrañar que se produzcan problemas de comprensión de lectura pero que, además, puedan darse conductas riesgosas que se muestran como si las personas tuvieran limitada y a veces, hasta nula, percepción de su seguridad o ninguna aversión al riesgo. Es indispensable, empero, tener a la realidad como una necesaria herramienta de trabajo para preparar formas apropiadas de transmisión de información o advertencias, de presentación del producto y otras, considerando estas limitaciones. También debe construirse un concepto de consumidor razonable considerando lo que ofrece el proveedor y representa mentalmente el consumidor atendiendo a su potencial cognitivo o de razonamiento y sus formas de aprendizaje.

Hay estudios realizados sobre la situación de la niñez peruana que confirman la hipótesis de la relación entre la pobreza, la desnutrición y la inteligencia. En el año 1974, el psicólogo Ernesto Pollitt preparó un excelente trabajo titulado “Desnutrición, pobreza e inteligencia” (172), en donde se presentaron y discutieron datos de investigación sobre la desnutrición calórico-proteínica preescolar, el contexto socio-económico en que ésta se presenta y el desarrollo intelectual del niño. Este estudio, muestra la correlación positiva entre deficiencia nutricional e intelectual infiriendo una relación causal de la primera a la segunda variable (173). En la discusión de los resultados, Ernesto Pollitt, consideró la posibilidad de que el retardo intelectual se derivara de la acción y la correlación socio-ambientales de la deficiencia-nutricional; apoyándose en la literatura científica sobre la naturaleza y dinámica de los factores ambientales en poblaciones en donde la desnutrición es endémica, consideró que el contexto socio-económico de la desnutrición, está constituido por variables múltiples que pueden afectar de manera negativa la estructura cerebral y el funcionamiento intelectual. La desnutrición debe analizarse y enfrentarse, considerando que interactúan entre sí y forman un sistema ecológico. Pollitt estudió, además, en el año 2000, el impacto de la deficiencia endémica de yodo en los Andes y sus consecuencias psicobiológicas, advirtiendo la carencia de dicho elemento, el yodo, en el suelo, las plantas y los productos agrícolas de las zonas afectadas (como resultado del proceso telúrico que supone la acción de la lluvia, la nieve derretida, las inundaciones y el

-
170. CRAIG, Grace J., *Ob. Cit.*, p.p. 78 a 80. Durante el crecimiento prenatal, los efectos de muchas condiciones ambientales dependen de la etapa relativa del desarrollo o del punto en la secuencia evolutiva en la que ocurre el cambio. Ello supone que existen período críticos que son los momentos en que un órgano, estructura o sistema son más sensibles a determinada influencia. Uno de los elementos centrales del ambiente prenatal que incide en el desarrollo futuro de los seres humanos, es la alimentación. Son muchos los textos que en el ámbito de la psicología y de la salud en general, dan cuenta de la grave afectación de competencias del ser humano por una deficiente alimentación o la desnutrición crónica.
171. *Ibidem*, p. 81.
172. POLLITT, Ernesto, *Desnutrición, Pobreza e Inteligencia*, Lima, Retablo de Papel, 1974. Las investigaciones de dicho profesional aparecen también en POLLITT, Ernesto, *Deficiencia Endémica de Yodo en los Andes y sus consecuencias psicobiológicas*, Cusco, Allpanchis, Nº 56, 2000 y en POLLITT, Ernesto, SACO-POLLITT, Carmen, “On the Role of the Physical Environment in the development of intelligence”, en *Current Topics in Human Intelligence. The Environment*, New Jersey, Case Western Reserve University, Douglas K. Detterman Editor, Ablex Publishing Corporation, 1996.
173. POLLITT, Ernesto, *Desnutrición, Pobreza e Inteligencia, Ibidem*, p. 10 y p. p. 125 a 165.

viento, fueron lavándolo de la superficie y llevándolo hacia el mar), dificultaba la satisfacción de necesidades fisiológicas de las regiones en donde hay carencia del recurso, lo que crea un ambiente extraño para la adaptación humana, por generar dificultades para la satisfacción de las necesidades fisiológicas con el consecuente impacto adverso el desarrollo cognitivo si no se adoptan las medidas correctivas correspondientes como son el brindar la alimentación y los cuidados asociados también en términos de estimulación (174). El yodo es un componente esencial de la tiroxina (T4) y de la triyodotironina (T3), hormonas producidas por la glándula tiroides; ciertos alimentos como la carne y el agua son las fuentes principales del yodo para el consumo humano. Las hormonas que produce la tiroides, estimulan el consumo del oxígeno invocándose en el metabolismo normal, crecimiento y desarrollo, particularmente, en el desarrollo del sistema nervioso central de los infantes (175). El estudio de Pollitt reveló el papel crítico e indiscutible que juega el yodo en el crecimiento y desarrollo cerebral, impactando en el desarrollo cognitivo de los pobladores que habitan sobre los tres mil metros por encima del nivel del mar, en nuestros Andes, como en Bolivia, China, India y Nepal (176); todo lo cual, afecta el aprendizaje y progreso desde la escuela, siendo un factor de riesgo que hace necesaria una política coherente en todos los ámbitos.

Un proveedor no puede adoptar el mismo nivel de instrucción o advertencia respecto de un producto (un potente insecticida o un tóxico fertilizante) que se destina predominantemente, a ciertos sectores (no necesariamente minoritarios) que han sido limitados en su acceso a nutrientes, estímulos (considerando en ello, la educación) y servicios fundamentales que los que han contado y cuentan con ellos. Se mantendrá el esquema de consumidor razonable dentro de la respectiva categoría a la que, previsiblemente, se destina el producto para los efectos de proyectar el ofrecimiento de seguridad y completar el concepto de seguridad a que las personas tienen derecho, procurando un manejo equilibrado del estándar. La respuesta es dar información o instrucción de la manera que resulte necesaria considerando el uso previsible.

Lo indicado ha tenido y tiene clara proyección en el terreno jurídico. Puede plantearse ante el tema, la presencia de características propias de la idiosincrasia o de los particulares rasgos de conducta de un sector de la población. Sole y Feliu (177) planteaba que un nuevo problema podía aparecer en el caso de existir una reconocida categoría de consumidores con distintos códigos de comunicación como el lenguaje e inclusive, con un nivel de percepción inferior al consumidor medio; para ello, recogió un ejemplo citado por el Derecho alemán, considerado por él, como ilustrativo pero de difícil solución. En Alemania, como en otros países de mayor desarrollo económico, es elevado el número de trabajadores extranjeros (turcos, griegos, italianos, españoles, latinoamericanos, etc.) cuya capacidad de comprensión de las informaciones que acompañan muchos productos, redactadas en alemán, está por debajo de las que corresponden ya no a un consumidor razonable alemán sino al medio (pudiendo aludirse, inclusive, a un consumidor de pocos recursos para la captación de la información). Pero cita el autor indicado, que, en su opinión, por más humanamente conveniente que parezca, redactar esas informaciones en varios idiomas y comprender todas las posibilidades, ello resulta imposible. Según este autor, no solo hay elevado costo en ello sino también, la posibilidad de desmotivar a los consumidores hacia la lectura cuando se introducen textos extensos y densos. De hecho, se reconoce en psicología la economía cognitiva que lleva a muchos sujetos a leer lo indispensable salvo que tenga una motivación especial (178). Para algunos, ello justifica defender la no-

-
174. POLLITT, Ernesto, *Deficiencia Endémica de Yodo en los Andes y sus consecuencias psicobiológicas*, Ob. Cit., p. 8.
175. Información sobre el producto farmacéutico “Eutirox”, que es manufacturado por Merck KGaA, Darmstadt, Alemania, en comprimidos, es proporcionado importado en el Perú por Merck Peruana S.A., proporcionando éste, Levotiroxina Sódica-Hormona Tiroidea, con efectos anabólicos y catabólicos (calorigénico) que, como ya se indicó, están involucrados en el metabolismo normal, crecimiento y desarrollo, especialmente, el desarrollo del sistema nervioso central (CNS) de los infantes.
176. POLLITT, Ernesto, *Deficiencia Endémica de Yodo en los Andes y sus consecuencias psicobiológicas*, Ob. Cit., p. 165. POLLITT, Ernesto, Carmen SACO-POLLITT, “On the Role of the Physical Environment in the development of intelligence”, en *Current Topics in Human Intelligence. The Environment*, Ob. Cit., p. 165.
177. Ob. Cit., p. 110.
178. Obtuvimos este comentario en la entrevista con la Doctora Mary Louise Claux Alfaro, psicóloga y profesora principal del departamento de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

consideración de las expectativas de seguridad de grupos atípicos de consumidores sea que se trate de inexpertos o de los altamente calificados. Coincidimos con este autor en cuanto a que reconoce que, en determinados riesgos, es fundamental recurrir a la materialización de las advertencias por medio de signos gráficos o íconos que adviertan del peligro, siendo importante considerar la transmisión de información oral en el proceso de venta. Pero discrepamos en cuanto a que el proveedor no deba ocuparse de prever el uso del producto por categorías de sujetos que conformen los grupos a los que mayoritariamente se dirige el producto adoptando las medidas que el caso justifique para evitar la defectuosidad.

Cabe señalar que en torno al tema, el mismo Sole y Feliu, citó el caso norteamericano *Hubbard Hall Chemical versus Silverman* ocurrido en el año 1965 (179) en el que dos trabajadores puertorriqueños murieron después de estar en contacto con productos químicos utilizados para ser colocados o espolvoreados en los cultivos. La etiqueta colocada por el fabricante, advertía la necesidad de vestir ropas y máscaras protectoras no siendo posible que ellos comprendieran las instrucciones pues no podían leerlas. El Tribunal impuso la responsabilidad sobre el fabricante alegando que la advertencia era inadecuada dada la *previsibilidad* de que el producto pudiera ser utilizado por personas cuya capacidad para leer la advertencia era limitada. Debía asumir el proveedor demandado, que el producto sería utilizado por las referidas personas.

Aún cuando la expectativa incluye una percepción subjetiva, no es posible considerar todos y cada uno de los elementos que tiene en consideración cada persona al momento de adoptar una conducta hacia la seguridad. Es indispensable alcanzar una perspectiva objetiva que no considere lo subjetivo de cada consumidor, del perjudicado concreto y del específico fabricante de un producto que ha causado daños. Es indispensable llegar al concepto de seguridad como una generalidad o como una consideración de sentido común aceptada socialmente, abordando la autoridad judicial, la percepción de la colectividad bajo estándares de razonabilidad que reconozcan los aspectos que reviste la capacidad cognitiva de los consumidores. La respuesta sería, en estos casos, analizar las características del grupo al que mayoritariamente se dirige el producto al planificar las medidas de seguridad.

Pero, ello supone ausencia de uniformidad en el estándar de todos los productos como reconoce Sole y Feliu, subrayando que el grado de seguridad puede variar en función del grado de desarrollo tecnológico, y, más en general, del momento en que se lleva a cabo la valoración, razón por la que la definición de defecto debe contener elementos objetivos como para no perder su razón de ser de manera rápida, con el paso del tiempo (180). Este autor señala que ello supone juicios objetivos que tengan en cuenta todas las circunstancias mencionando la necesidad de que sean éstas verificables y abstractas, tales como la presentación y diseño del producto, el uso razonablemente previsible del mismo, la manera y el momento de la puesta en circulación. Aunque las cifras que arrojan los datos estadísticos, pueden ser una referencia, no brindan una total respuesta a la construcción pues dependen de una adecuada estructuración de la encuesta pudiendo sufrir cierta manipulación. Pueden ser, sin duda, una herramienta referencial.

2.2.2.2.2. Apuntes sobre el desarrollo jurídico del derecho a la seguridad.

Aunque se ha tratado de manera extensa, los antecedentes históricos del tema y, de esta manera, el desarrollo jurídico del derecho a la seguridad, no está de más recordar que la revolución industrial trajo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, un aumento de las circunstancias representativas de la *puesta en peligro* o situaciones novedosas por su impacto científico y tecnológico que condujeron a considerar un distinto contexto de peligrosidad o riesgo motivando, esta percepción, en el ámbito del Derecho, un desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo del tema. Aunque el legislador ha creado reglas particulares de carácter objetivo para tratar el tema de la responsabilidad del productor o proveedor en el ámbito del Derecho del Consumo, es interesante el desarrollo conceptual de la creación de una fuente de riesgo. A través del tiempo, es notorio que el Derecho y sus constructores, no se contentaron con una respuesta casuística al problema de la reparación o indemnización de las víctimas, incluyendo criterios sobre la peligrosidad hasta abordar una connotación general en dicho ámbito (181).

179. *Ibidem*, p. 110.

180. *Ibidem*, p. 117.

181. SCHAMPS, Genevieve, *Ob. Cit.*, p 17.

Como ya vimos, las primeras discusiones, quebraron el principio general de responsabilidad civil inmerso en los códigos civiles y las disposiciones específicas, cuestionando el principio por el que *no hay responsabilidad sin culpa*. Esta primera regla, que reinó por un buen tiempo, se mantuvo, por ejemplo, en el artículo 2043° del Código civil italiano de 1942 pero ya el artículo 2050° de este Código, ligó la reparación del daño, a las fuentes de creación del peligro (concretamente, por el desarrollo de una actividad peligrosa por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados) con una connotación general y de manera paralela a la subjetiva, en concordancia con las nuevas situaciones que la vida social y el avance de la ciencia y la tecnología, habían traído para el ser humano. Como ya indicamos, la distinta lectura de los artículos del Código civil, motivaron una respuesta diferente en el ámbito del Derecho francés, lo que se irradió hacia numerosos ordenamientos. Se pretendió facilitar los requisitos probatorios de la responsabilidad basada solo en la culpa.

La teoría del riesgo de la empresa desarrollado por Trimarchi en los sesenta, apuntó a que ésta asumiera, sin la posibilidad de analizar la intencionalidad del daño, los costos del mismo en la medida que percibe los beneficios de su actividad. Como se ha indicado, en virtud del artículo 2050° del Código civil italiano (182), la generación del peligro, corresponde al ejercicio de una actividad peligrosa sea en razón de su propia naturaleza o de los medios empleados. La actividad es autorizada pues la misma tiene una clara utilidad social pero su ejercicio, involucra que la empresa asuma los costos. Actualmente, el Análisis Económico del Derecho, ha agregado que los conocimientos derivados de la naturaleza de la actividad o de sus características, ha generado una nueva categoría de sujetos que forman partes en la relación de consumo, teniendo un, una posición inferior a la otra. La complejidad de la producción actual, conduce a una asimetría informativa que exige nuevas reglas de análisis de la responsabilidad tomando en cuenta, quien se encuentra en mejor posición de controlar los mecanismos de generación del daño y de diluir los costos en la sociedad por el mecanismo de los precios fundamentalmente, recurriendo también al seguro (cuyo costo también se refleja en el precio). Además de la asimetría informativa, debe reconocerse la responsabilidad del proveedor por los procesos inductivos de la publicidad.

Nuestro Código civil, en su artículo 1970°, incluyó, como menciona Fernando de Trazegnies (183), en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, un segundo gran principio de responsabilidad por riesgo que fue colocado de manera paralela al primero, fundado en el dolo y la culpa, señalando que la indemnización por los daños producidos mediante actividades o bienes riesgosos o peligrosos (como señala de manera prácticamente reiterativa), se indemnizan sobre la base del principio de la responsabilidad objetiva. Las palabras *riesgo y peligro* aparecen en dicho artículo y muestran, desde el punto de vista lingüístico, una reiteración de la proximidad del daño por lo que todo lo que genere tal proximidad, estaría sujeto a la responsabilidad objetiva (184). Éste, es el factor de atribución que genera consecuencias jurídicas para el sujeto que causa el daño. Como menciona Fernando de Trazegnies, transitar por la calle, crea un riesgo. Pero no es éste, el riesgo entendido en forma extensiva, aquel a que se refieren los diferentes ordenamientos pues de ser ese el caso, no se habría ocupado el legislador, en hacer un distingo entre la responsabilidad civil indicada en el artículo 1969° del Código civil, reconocido como de responsabilidad subjetiva, y el 1970°, de responsabilidad objetiva con prescindencia del análisis de la culpa. Una interpretación de tal magnitud, llevaría a considerar que todas las actividades de la vida diaria, desde levantarnos de la cama por las mañanas para salir a trabajar (que genera la posibilidad de tantos accidentes domésticos), caminar por la calle o el simple cruce con las personas, generaría la aplicación del artículo 1970° pues en toda acción, hay el riesgo de sufrir un daño. Ees obvio que el legislador ha considerado lo que es un riesgo evidente para la persona humana siguiendo un criterio de razonabilidad más o menos común y de carácter objetivo, existiendo situaciones particulares que nos colocan ante el incremento de la natural peligrosidad

182. “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, é tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte la misura idonee a evitare il danno”. A su vez, en MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 345, hallamos el siguiente texto del artículo 2050°: “De la responsabilidad por el ejercicio de las actividades peligrosas.- Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.”

183. *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 169.

184. *Ibidem*, p. 172.

que supone vivir. Ante dichas situaciones, el anhelo de alcanzar un razonable derecho a la seguridad, por la categoría del riesgo o peligro, motiva una tutela jurídica especial. Ese es el caso de la producción y comercialización de productos los mismos que, de producirse un defecto, pueden causar perjuicios al consumidor dado el carácter masivo de la producción y comercialización, por lo alejado que se encuentra el producto de su creador como conocedor de su naturaleza o lo cada vez más complejo del proceso de producción, descubriéndose nuevas alternativas que el proveedor debe prever y examinar antes de colocar el producto en el mercado. Introducido éste en el mercado, se mantiene la obligación de controlar el cumplimiento del deber de seguridad.

Para Franzoni (185), el supuesto del artículo 2050° del Código civil italiano, que trata sobre la responsabilidad por el ejercicio de la actividad peligrosa, tenía una *ratio* diferente a la de la reglamentación de la responsabilidad por productos defectuosos contenida en la Directiva del Consejo 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 pues la primera buscaba equilibrar los costos sociales ligados al desarrollo de una actividad objetivamente peligrosa pero autorizada en razón de su utilidad social; en el segundo caso, sin embargo, se permite la indemnización de los consumidores, víctimas de la realización de un peligro ligado a la inseguridad de un producto defectuoso colocado en circulación para su consumo en masa.

Genevieve Schamps destacó que la diferencia radicó en las exoneraciones a la responsabilidad del productor, incluidas en la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad por productos defectuosos, lo que ha hecho que la responsabilidad del artículo 2050° del Código civil italiano, en su opinión, se muestre más rigurosa que la contenida en la Directiva; ello no involucra, según dicha autora, que la peligrosidad de un producto defectuoso colocado en el mercado, resulte inferior a la resultante de una actividad peligrosa.

La gran cuestión es si la puesta en circulación de un producto, debe ser comprendida en una cláusula o principio general de creación o generación del peligro. Para nosotros, la respuesta es afirmativa aunque haya que reconocer diferencias entre el planteamiento del Código civil (propuesto solo para la responsabilidad extracontractual o extraobligacional). En todo caso, la propuesta de la Ley peruana de Protección al Consumidor que no realiza el indicado distingo referido al carácter riesgoso o peligroso de la actividad de producción o a la responsabilidad contractual o extracontractual, establece una responsabilidad objetiva para la responsabilidad del proveedor.

La ausencia del ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho, supone que, en razón del defecto del producto, éste merece la calificación de riesgoso. La peligrosidad que atenta contra la seguridad, adquiere dimensión en la defectuosidad del producto, generado como resultado de una actividad profesional o especializada y no de un hecho o situación aislada. Ese es el contexto de la Ley de Protección al Consumidor, la que se ocupa en el artículo 3°, de definir a las personas que integran el circuito de aplicación de derechos y obligaciones y es así como se ha planteado una responsabilidad que no exige la culpa.

Como ya se indicó, la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, aparece en los Códigos civiles en el artículo 2050° del Código civil italiano, el artículo 6:175 del Código de los Países Bajos o *Burgerlijk Wetboek* en la utilización de sustancias peligrosas (también referido a la creación de un daño particular de naturaleza grave para las personas o las cosas) y la incorporación de las regulaciones sobre productos defectuosos en el Código civil francés (aunque en el contexto de la aplicación de la Directiva comunitaria), en regulaciones especiales del Derecho alemán y en la Ley belga de 25 de febrero de 1991, entre otras tratadas en la primera parte de este trabajo (186).

Ya que se trata de un supuesto específico, la peligrosidad se mide, por su relación directa con el defecto del producto y a partir de la marcada potencialidad para generar daños la cual resulta superior a la normal analizándose la actividad objetiva del proveedor en torno a las respectivas circunstancias. Ella debe poder ser prevista de manera antelada a la realización del daño (es decir, *ex ante*), de manera tal que permita al agente la adopción de medidas de prevención adecuadas para impedir que se produzca el daño.

Hay un punto de cruce en donde la noción de defecto del producto acogida por el Derecho nacional y el extranjero, muestra coincidencias y es en el hecho que el defecto, se muestra una anomalía sobre el parámetro de seguridad tornándose dañoso para las personas y sus bienes. Tal premisa se mantiene cuando se menciona que un producto es defectuoso por ser

-
185. FRANZONI, M., *Dei fatti illiciti art. 2043.2054-CC*, citado por SCHAMPS, Genevieve, *Ob. Cit.*, p. 114.
186. SCHAMPS, Genevieve, *Ibidem*, p. 880.

irrazonablemente peligroso o con un alto grado de peligrosidad según ha señalado el derecho de los Estados Unidos de América, a la falta de seguridad a que las personas tienen legítimamente derecho según la Directiva Comunitaria o a la falta de seguridad a que las personas tienen derecho en la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país. Creemos que ese punto está dado por la razonabilidad para cuantificar la peligrosidad, el riesgo del producto y, con ello, el ofrecimiento de seguridad.

Resulta claro que la calificación de la anormalidad, como lo que no corresponde al curso regular de las cosas o la conducta de las personas, además de referirse a un estándar en torno al producto no defectuoso y por ende, normal (tema que tratamos más adelante), requiere de criterios que modelen tal anormalidad en el terreno del riesgo al que nos somete un producto.

Schamps menciona que existen métodos de estudio para el cálculo de los riesgos que ingresan al campo de la producción industrial, matemática, física, química, de la ingeniería, entre otras ciencias contando ellos, con programas informáticos que aclaran la morfología del daño, la estructura de los diferentes elementos del sistema capaces de engendrar el daño (187). El sistema HAZOP o HOS (Hazard and Operability Study) se ubicó en el dominio de la industria de transformación existiendo organizaciones como la ANPAT o Asociación Nacional de Prevención de Accidentes de Trabajo de Bélgica, la que procuró obtener información sobre las principales técnicas de identificación de los riesgos indicando los instrumentos disponibles en los diversos dominios. Pero la exposición y manejo de estos sistemas, requiere de conocimientos profundos y especializados que pocas veces, pueden ser costeados o pagados por los ciudadanos comunes en el mundo y, con mayor razón, por el peruano promedio afectado por la escasez o la limitación de recursos.

La potencialidad dañosa que sostiene al derecho a la seguridad, también plantea ideas importantes como son, la evidencia de la probabilidad de que el daño se produzca y la intensidad o magnitud del mismo en función del defecto como criterios para evaluar el riesgo o la peligrosidad y con ello, la seguridad a que las personas tienen derecho (188). La información con la que cuente el proveedor y la que transmita al consumidor, es fundamental.

La probabilidad corresponde a las posibilidades que presenta la creación del riesgo o el peligro, de causar daños y la intensidad, equivale al costo del perjuicio. Indudablemente, corresponde al Juez, la delimitación o graduación de los criterios tomando en cuenta que se trata de una potencialidad que escapa de lo normal sea en función de la frecuencia con la que se producen los defectos o la intensidad del daño a la población o a sus bienes (189).

La evaluación de la frecuencia con la que se presenta el defecto, puede conformar un criterio para el análisis del supuesto de peligrosidad, siendo un elemento objetivo para juzgarla y por esa vía, configurar el derecho a la seguridad. Pero la previsibilidad de la magnitud y la probabilidad del daño, cuando por primera vez se produce o aparece un defecto, no puede impedir un análisis objetivo de la defectuosidad. De hecho, el análisis de la previsibilidad puede involucrar regresar a la visión subjetiva del proveedor al permitir que se evalúe su intencionalidad en la toma de precauciones.

Para estos casos, la información técnica objetiva permite una proyección de la magnitud y la intensidad debiéndose requerir al proveedor, toda la información posible al dominar o conocer éste, mejor que los consumidores o la población en general, el proceso de producción y comercialización del producto. Si bien las referencias normativas o los requisitos o las autorizaciones que otorguen los organismos del Estado a los proveedores, pueden facilitar la revisión sobre el cumplimiento de la obligación de brindar seguridad, ello no resta efectos a la responsabilidad que asiste a éstos, de adoptar los controles para prevenir la aparición del defecto. De hecho, las autorizaciones por parte de los organismos del Estado, para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio en los casos que ello fuere necesario, no eximen de la responsabilidad del proveedor frente al consumidor, de acuerdo a lo previsto en el artículo 37° de la Ley peruana de Protección al Consumidor, la que en su artículo 41°, expresa claramente, que los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en dicha Ley.

Un caso ocurrido a mediados de los años sesenta en los Estados Unidos de América ilustra la percepción de peligrosidad del producto a partir del desarrollo de las pruebas, lo que sustentó el acceso a información relevante para calificar dicha peligrosidad, permitiendo medir la

187. *Ibidem*, p. 880.

188. SCHAMPS, Genevieve, *Ibidem* p. 114.

189. *Ibidem* p. 864.

probabilidad y la magnitud del daño (190). El MER-29, fue un medicamento anti-colesterol creado por Richardson-Merrel para reducir el riesgo de ataques al corazón. Desde el año 1957, las pruebas realizadas en ratas revelaban cambios anormales en la condición de la sangre por el consumo del medicamento. En 1959, el fabricante dispuso la extensión de los análisis en monos observando que el medicamento les causaba ceguera. Pese a ello, el equipo científico, ordenó que se alteraran los resultados para brindar información falsa a la comunidad médica y a la autoridad que entregaba las autorizaciones (la FDA). Es probable que el engaño, se relacionara con la excesiva confianza en cuanto a que no produciría el daño en humanos o simplemente, que ello no sería detectado. Como el peso de los monos también se modificaba tras consumir el medicamento, se ordenó al laboratorio la alteración de las cifras silenciando las protestas de los responsables de dicha área. La FDA señaló que la información enviada no era suficiente y ordenó dos años más de estudios en ratas y tres meses en perros. Nueve de las diez ratas sometidas a la prueba, demostró problemas en la vista tras el consumo. Tras todos los análisis, veinticinco de un total de treinta y cinco, reveló problemas. En los perros, los resultados se mostraban mejores. Hacia los años 60, el fabricante mostró sus mejores resultados a la FDA y ésta autorizó el producto que fue lanzado con publicidad sin precedentes. Fue una nota no solicitada de la científica, doctora Loretta Young, que trabajó en la misma empresa productora, la que advirtió a la FDA del problema. La nota indicaba que ella había observado de manera directa y en sus experimentos con ratas, cuya córnea se tornaba opaca tras el consumo del producto. La FDA solicitó los comentarios de Richardson-Merrell, la que ratificó que no tenía evidencia en ese sentido. Pero en enero de 1961, comenzarían a llegar los reportes de los daños en humanos y en marzo de ese mismo año, ya había como cincuenta reclamos por diversos cambios en el cuerpo. Cuando se dispuso el retiro del producto hacia noviembre de 1961, éste había sido proporcionado a 400,000 consumidores calculándose que el daño se había producido en 50,000 pacientes por un consumo de solo tres meses. La Corte de Nueva York fijó una indemnización que incluyó \$ 100,000 por daños punitivos siendo la primera sentencia referida a la fijación de tales daños por un producto defectuoso de notoria peligrosidad, además de generar acciones concretas contra el responsable de la empresa, de nombre Richard Merrel y otros funcionarios (191).

Por otro lado, las pruebas ofrecidas en diversos casos, revela la percepción de la seguridad a partir del cálculo de los beneficios de los proveedores por el “ahorro en seguridad”, lo que, al ser descubierto, ha generado la aplicación de una indemnización punitiva por millones de dólares dada la magnitud de la conducta maliciosa. En *Durrill contra Ford Motor Company* se hizo relevante lo indicado. Hacia los 80, Devary Durrill conducía su auto, un *Ford Mustang II*, por la autopista cuando ella tuvo un choque y el auto, se incendió. Ella no falleció pero sufrió terribles quemaduras que no permitieron a la policía, inicialmente, detectar su sexo. Desde inicios de 1968, la Ford sabía que 600 de 2,200 personas sufrían incendios fatales tras una colisión debido a una falla en el tanque (192). La evidencia demostró que no implementar el cambio en el sistema de gasolina, de manera oportuna, generó un ahorro de \$ 200 millones en un período de tres años lo que puso en claro un desprecio por las reglas de seguridad. La Ford sabía de los problemas pues este sistema defectuoso era similar en el *Mustang II* y el *For Pinto* pero ni por ello, se aplicaron los controles proyectados basados en un cálculo de los beneficios que, como indicamos, fueron calculados y considerados para la toma de decisiones en torno a la inclusión de las medidas de protección a las víctimas. De este caso, nos ocupamos nuevamente más adelante.

La magnitud del daño y la probabilidad del daño, son temas difíciles de determinar sobre todo para el juez nacional, agobiado por una permanente carga procesal y por operadores pocos preparados en la materia. En todo caso, este es un reto por enfrentar. Sin embargo, en el caso *Dyazide*, tratado en el ámbito del análisis de la responsabilidad administrativa por la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi, respecto de proveedores del medicamento indicado, veremos la información que se recabó y los requisitos que orientaron la fijación de sanciones, considerando en esta línea de análisis, la previsión de la magnitud y la probabilidad del daño.

Los diversos regímenes sobre responsabilidad por productos, canalizan ésta, del lado de la persona que ha ejercido la actividad de producción surgiendo la responsabilidad civil, por la

190. KOENING, Thomas y RUSTAD, Michael, *Ob. Cit.*, p. 178. Las indemnizaciones en materia de medicamentos, parecen haber sido superadas cuando se ha resuelto por el daño causado por *Viox*. Con el nombre del producto, es posible hallar diversa información del caso en Internet.

191. *Ibidem*, p. 180.

192. *Ibidem*, p. 193.

presencia de un producto defectuoso que ha causado un daño y ha sido puesto en circulación. La causalidad está vinculada a la configuración del defecto que conlleva la anormalidad capaz de afectar el derecho a la seguridad de las personas y sus bienes.

2.2.2.2.3. Las posibilidades de delinear el derecho a la seguridad para calificar la defectuosidad considerando las propuestas del Derecho Comparado y la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país.

No obstante la complejidad de los temas descritos, es importante el análisis profundo y creativo del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, que se ocupa de reconocer el derecho de las personas a acceder a los productos bajo condiciones de seguridad. Pretendemos explicitar el contenido concreto del ofrecimiento de *seguridad a que las personas tienen derecho*.

Una primera aproximación gramatical brinda luces sobre el tema. El Diccionario de la Real Academia Española, vincula a la seguridad como parte de *la cualidad de lo seguro*; aparece también, la palabra, en relación con la certeza, la confianza o el conocimiento claro de algo; la *fianza u obligación de indemnidad a favor de alguien*, regularmente en materia de interés. También como la *certidumbre* en la realización de algo y la confianza entendida como una situación de lo que está cubierto de un riesgo o de la generación de accidentes, siendo también seguro, *lo libre y exento de todo daño o peligro y riesgo* (193). Añade este Diccionario, que la seguridad apunta sobretodo, a lo que está libre de riesgos o de generación de peligros. Las palabras *confianza o certidumbre de que se está libre de riesgos, indemnidad*, definitivamente se asocian a la representación mental de seguridad que compartimos los seres humanos siendo obvio que hay una confrontación con lo que identifica al peligro o a la proximidad del mismo.

La simple lectura del artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor revela similitud con el texto del artículo 6° de la Directiva Comunitaria europea del año 1985 y los artículos de las disposiciones de los Estados que han transpuesto la Directiva a su ordenamiento interno. En este sentido, el citado artículo 6° de la Directiva, menciona que “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias (...)”. El mismo artículo, plantea las circunstancias que determinan la calificación del ofrecimiento de legítima seguridad. En este contexto, es importante explicitar el término *legitimidad*, que aflora como elemento particular en el artículo indicado si no lo comparamos con la ley peruana.

Por otro lado, desde un ángulo diferente como es el del análisis del riesgo, la puerta de acceso a los reclamos o demandas por productos en el Derecho de los Estados Unidos de América, descansa en la condición de razonabilidad del riesgo del producto. Ese umbral que nos dice que es seguro y que no lo es, se construye con criterios de razón o juzgamiento llegando a un resultado, como parte del procesamiento racional que concentra la representación de seguridad o la ausencia de ésta, determinándose también, lo riesgoso o peligroso y con ello, la hipótesis de defectuosidad.

La condición de defectuosidad, en el contexto del Derecho indicado, se ha compuesto con elementos relacionados entre sí. Creemos que la primera, es la ausencia de razonabilidad o de una percepción de lo que es razonable considerar como peligro imputable al producto y la otra, las *expectativas* del consumidor (194). La evaluación de la defectuosidad de un producto, en términos generales, se conecta con la presencia de un riesgo que no es razonable según la evaluación de un ideal de persona (un *consumidor razonable*).

Conforme a los comentarios del American Law Institute (ALI) respecto de la Sección 402A del *Restatement (Second) of Torts*, un producto debía calificarse como inseguro si ofrece un *irrazonable riesgo* para el último usuario o consumidor final.

La revisión de *The Product Liability Fairness Act of 1995*, como respuesta del Congreso de los Estados Unidos de América sobre el tema, tocó diferentes aspectos de la responsabilidad por

193. Diccionario de la Real Academia Española, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 2040. Las notas en cursiva son nuestras.

194. SOLÉ Y FELIU, Josep, *Ob. Cit.*, p. 123. ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Angel, *Ibidem*, p. 190. WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, *Ob. Cit.*, p. 60 a 78.

productos, incluyéndose definiciones sobre *actual malice o malicia actual*, reclamante, producto, fabricante, vendedor, pérdidas, grado de pruebas y otros que aparecen en el Título I de dicha normativa. Este instrumento, sin embargo, no se ocupó de la definición de defecto.

A su vez, el *Restatement (Third) of Tort*, según texto aprobado en el año 1998, relaciona la categoría del producto defectuoso cuando, al tiempo de la venta o distribución, éste contenga un defecto en su fabricación, en su diseño o sea defectuoso por las inadecuadas instrucciones o advertencias (195). Anotan Henderson y Twerski (196), las referencias a las categorías expresadas respectivamente, en la Subsección a), b) y c) artículo 2, por las que, un producto contiene un defecto en su manufactura o de fabricación, cuando éste se aparta del diseño propuesto aunque se haya ejercido todo el cuidado posible en la preparación y comercialización del producto. Será defectuoso en su diseño, cuando el riesgo previsible de daño que afecta al producto, haya podido ser reducido o evitado por la adopción de un razonable diseño alternativo por el vendedor o por su predecesor en la cadena comercial de distribución, y la omisión de la alternativa del diseño, haga que el producto no sea razonablemente seguro. Será defectuoso por inadecuadas instrucciones o advertencias, cuando el riesgo previsible de daño, que afecte el producto, haya podido ser reducido o evitado con el suministro o provisión de razonables instrucciones o advertencias por el vendedor u otro distribuidor, o su predecesor en la cadena comercial de distribución, y la omisión de las instrucciones o advertencias haga que el producto no sea razonablemente seguro (197). Se ha criticado el hecho de que en el caso del defecto de fabricación, no hay referencia a que el producto, a consecuencia del defecto, no sea razonablemente seguro, aspecto que no queda claro. Sin embargo, considerando que es la ausencia de seguridad, el eje de este tipo de responsabilidad, tal análisis está presente.

Precisan Henderson y Twerski (198), que la decepción de la expectativa del consumidor es más distintiva en el caso del defecto de manufactura o de fábrica que en los demás defectos.

Se incide en el *Restatement (Third) of Tort*, en que un producto es defectuoso cuando al tiempo de la venta o la distribución, contiene los elementos indicados permitiendo aplicarle las categorías descritas. Se muestra en él, un desarrollo hacia la determinación del defecto de diseño y de avisaje, introduciendo para algunos, una noción de culpa en la evaluación o análisis de la responsabilidad civil al apuntar a condiciones particulares o propias del proveedor sin aventurar un criterio general para todos los defectos. Las múltiples facetas del defecto revelan obvias dificultades para contar con un criterio similar para todos los defectos aunque si hay pautas básicas.

Por otro lado, destaca Olenka Woolcott (199), que en el comentario *b*, a la segunda sección, los redactores del *Restatement*, dejaron en claro que la clasificación de la sub sección 2(b), contempló el estándar general pero no exclusivo para los defectos de diseño.

Se habría buscado no introducir modificaciones sustanciales a lo resuelto por la jurisprudencia norteamericana en los últimos años (200). La prueba sobre la presencia de un diseño razonable alternativo no sería necesaria en todos los casos en los que se discute un defecto de diseño (201). Ello es razonable pues de ser indispensable tal comprobación, el tema colocaría al productor en una posición de ventaja al tener éste, mayor conocimiento sobre las condiciones de fabricación y con ello, de las alternativas que existen en el mercado. Aunque, como indicamos, uno de los signos del régimen vigente en los Estados Unidos de América, es el de contar con un contingente importante y muy especializado de abogados y peritos que analizan estos temas, ante casos muy sofisticados, puede darse un mejor manejo del proveedor sobre el consumidor.

Como bien precisan Henderson y Twerski y resalta Olenka Woolcott (202), la sección 3 del *Restatement* ya mencionado, consideró lo relativo a “la evidencia circunstancial que sostiene la inferencia del producto defectuoso” tal y como ya se venía sosteniendo en las cortes recurriendo a lo que el mismo producto revela o “habla” (en referencia al principio *res ipsa loquitur*). Se genera tal inferencia incluso sin probar el defecto concreto, cuando las circunstancias vinculadas

195. HENDERSON, JAMES A, TWERSKI, Aaron D. *Ob. Cit.*, p. 37.

196. *Ibidem*, p. 37.

197. Cabe señalar que se trata de una traducción libre de la cita que del texto del *Restatement*, realizan Henderson y Twerski en la p. 37 de la obra ya citada.

198. *Ibidem*, p. 37.

199. *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, *Ob. Cit.*, p. 205.

200. *Ibidem*, p. 205.

201. *Ibidem*, p. 205.

202. HENDERSON Y TWERSKI, *Ob. Cit.*, p. 168. WOLLCOTT, Olenka, *Ibidem*, p. 206.

al daño, son del tipo que ordinariamente ocurre como resultado del producto defectuoso (203). La sección 4, alude a que un producto puede ser considerado defectuoso cuando no cumpla el estatuto o reglamento de seguridad correspondiente lo que no limita el derecho a determinar el producto defectuoso.

Un diseño manifiestamente irrazonable cuando presentan un alto grado de riesgo y un bajo nivel de utilidad social, situaciones que deben generar una respuesta en materia de responsabilidad civil aún en ausencia de un diseño alternativo razonable. La capacidad de dañar del producto bajo el diseño colocado en el mercado, puede conducir a que no se requiera más elementos probatorios (204). De la misma manera, no siempre optan las cortes por aceptar la referencia al diseño alternativo razonable para determinar el defecto del diseño que es una expresión del análisis de riesgo-beneficio reconociendo Henderson y Twerski, que debe ser presentada suficiente información para determinar que una persona razonable podría concluir en que la razonable alternativa pudo ser adoptada (205). Es interesante la conexión que esta categoría de defectos de diseño, ofrece por su conexión con el *estado del arte*, como indicativo del uso de un diseño conforme a la industria, el cual refleja la seguridad y la más avanzada tecnología y el conocimiento científico desarrollado en clara referencia a los riesgos de desarrollo (206). Allí hay una utilidad indudable de esta formalización. Resaltan los comentaristas del *Restatement* que las expectativas del consumidor, son también un escudo para imponer responsabilidad, citando los comentarios del profesor Douglas A. Kysar en un artículo titulado las “Expectativas de los Consumidores” del año 2003 (207), el mismo que se refiere al juicio humano y que las indagaciones para la toma de decisiones, las que se focalizan en la manera como los individuos perciben y procesan la información sobre los riesgos, involucrando probabilidades estimadas de que se produzca un daño. Estos factores pueden balancear el análisis de riesgo-beneficio. Los autores del *Restatement*, respondieron que las expectativas podían afectar el análisis de las respuestas que en un sentido técnico, debe brindar el proveedor sobre la seguridad lo que debe ser objeto de permanente análisis atendiendo por ejemplo, las diferencias que en razón, de género, pueden surgir en las percepciones (208). De hecho, la posición del proveedor en el mercado, conduce a la referencia de que colocó la mejor alternativa de producto en términos de fabricación, diseño e información. El tema más difícil, se vincula, sin duda, a la ponderación de los elementos.

Se trata, sin embargo, de que las circunstancias por incidir más en un criterio, determinen la ampliación de la brecha probatoria en perjuicio de los consumidores; se busca privilegiar un equilibrio entre la auto protección y las seguridades que corresponde adoptar al proveedor.

Se distingue en el apartado 520, comentario 1, at. 43 del *Restatement (Second) of torts*, a las actividades anormalmente peligrosas (209), analizando las cortes, si es posible aplicar responsabilidad absoluta como si el producto se hallara libre de defectos, la imposición, en determinados casos, del deber de informar del proveedor para transmitir el peligro concreto o potencial y la necesidad de considerar los costos que suponen colocar el producto que se muestra anormalmente peligroso por su propia naturaleza, frente a los beneficios para los efectos de imponer responsabilidad siendo importante considerar, también, la situación de obvia peligrosidad que éste posee para calificar el deber de advertencia lo que es bastante claro para el consumidor en algunos casos (como cuando por ejemplo, analizamos la situación de los cuchillos y los peligrosos que son en manos de un adulto pero obviamente, en las de un niño). Henderson y Twerski (210) citan el caso de un juguete, un arma para niños que emite una bolla gruesa de goma y que, involucra una situación de notorio u obvio del anormal peligro; la corte

203. HENDERSON Y TWERSKI, *Ibidem*, p. 168.

204. Se cita un supuesto respecto del diseño manifiestamente irrazonable y que consideramos un buen ejemplo; este es el de las pistolas que son tan reales que inclusive, arrojan perdigones duros a gran velocidad, siendo vendidos a los niños como juguetes. Los daños que cause revelan lo irrazonable del diseño y la defectuosidad por las características mismas del producto, aunque es posible hacer la comparación del mismo con las pistolas de juguete que disparan agua o sustancias gelatinosas involucrando que ninguna persona racional o razonable, decida que los niños usen tal producto. *Ibidem*, p. 207.

205. HENDERSON Y TWERSKI, *Ob. Cit.*, p. 172.

206. *Ibidem*, p. 194.

207. *Ibidem*, p. 247. Los comentarios del profesor Kysar son retomados más adelante.

208. *Ibidem*, p. 247.

209. *Ibidem*, p. 223.

210. *Ibidem*, p. 223.

podría concluir, no obstante lo obvio de la situación, que el riesgo, a pesar de las advertencias, escapa al valor recreacional del juguete por lo que el fabricante debería soportar el costo del daño y ser responsabilizado del mismo si un niño se daña con el juguete. Se consideran para recurrir a tal calificación, factores como la existencia de un alto grado de riesgo de sufrir algún daño a la persona y a los bienes, la probabilidad que el daño que resulte del producto sea grande; la amplitud del cual, la actividad no es una materia de uso común; lo inapropiado que es la actividad en el lugar en donde se lleva a cabo; y, la situación en la que el valor para la comunidad vale más que los atributos peligrosos (211). La obvia condición peligrosa no requiere de información o instrucción específica al consumidor. Empero, será menester considerar si las consecuencias dañosas son igualmente obvias para el consumidor. Resulta importante considerar las características del caso como los incentivos que las respuestas de la autoridad, genera entre los involucrados para calificar el deber del proveedor de informar y, según el caso, de asumir la responsabilidad. Henderson y Twerski destacan que hay una diferencia entre la responsabilidad estricta y la absoluta pues en el primer caso, hay una clara referencia a la condición de defectuosidad que genera una tacha en el producto mientras que en la responsabilidad absoluta, hay una imposición de responsabilidad vinculada a las consideraciones de política pública para la difusión del riesgo determinando que el productor deba responder por los costos de los daños que se causen a los previsible usuarios, sin tener en cuenta la presencia o la ausencia de algún defecto (212). La segunda es mucho más estricta que la primera, si cabe el término, representando una responsabilidad ultraobjetiva al no admitir la prueba de la inexistencia de un defecto.

Constituye una constante, en todo caso, la comparación con un estándar que revela el uso de la razón o racionalidad (que en su faceta concreta puede generar discrepancias) pero que pretende condensar lo que las personas perciben de un producto que se presenta como generador de un daño y con ello, la capacidad racional o cognitiva para procesar y mostrar una respuesta que demuestre el cumplimiento del ofrecimiento de seguridad que ha realizado el proveedor cuando colocó el producto en el mercado. Creemos que ese es un elemento importante al que llegan todos los esquemas jurídicos pues representan la interacción de las personas con el producto.

Para la normativa comunitaria europea, destaca, en el artículo 6° de la Directiva, la referencia a lo legítimo cuando dice que “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias (...)”. Resulta *legítimo*, según precisa el Diccionario de la Real Academia Española, lo conforme a las leyes, lo lícito o justo, cierto, genuino y verdadero en cualquier línea (213). El concepto de *legitimidad*, de un lado, se funde con lo conforme a las leyes, o más bien, al derecho según calificación del mismo Diccionario, el que también le atribuye como significado, lo recto, seguro, justo, legítimo, cierto y razonable, a la facultad del ser humano para hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad fija en su favor o que el dueño de una cosa permite en ella, o a la acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa; o la facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que nos conduce a los fines de su vida (214). La referencia a lo razonable también aparece en este contexto.

Lo que la Directiva Comunitaria pudo haber pretendido es resaltar que la seguridad que se puede *legítimamente* esperar, es la reconocida por la regulación o por las autoridades jurisdiccionales, o por el Derecho en general, considerando la necesidad de resaltar un reconocimiento del mismo. Ello, en un medio que pretende armonizar la regulación de un conglomerado de países, es un anhelo y representa una opción necesaria de tal manera que se ratifique que la actuación según de la Directiva se produce ante un derecho fijado por un texto que es obligatorio para todos. Tras la opción, hay un Derecho comunitario que apoya la respuesta jurídica y orienta la aplicación de los principios en caso de vacío normativo expreso bajo técnicas de interpretación e integración.

Si el sentido gramatical de la palabra *seguridad*, sugiere el anhelo de tener certeza o confianza de que se está exento de peligro o riesgos; en el ámbito jurídico y el que de manera concreta nos ocupa, involucra el derecho a hallar un nivel de seguridad en el consumo o uso de un producto. La posibilidad de estar absolutamente libres de riesgos, como ya vimos, de acuerdo al contexto, puede no resultar real lo que lleva a considerar los elementos que la afectan. Argumentar que un vehículo de transporte construido como un tanque, es seguro en cualquier circunstancia, representa considerar solo el ámbito de la aspiración y no el de la *expectativa* que supone

211. *Ibidem*, p. 223.

212. *Ibidem*, p. 225.

213. *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 1360.

214. *Ibidem*, p. 751.

acercarnos a la representación mental que incide en la probabilidad subjetiva de éxito de lograr obtener la seguridad, saltando la distancia psicológica entre deseo y las reales posibilidades de obtener un resultado. El uso de un tanque puede revestir un alto grado de peligrosidad para el usuario y para las personas que tienen contacto con él, en determinados ambientes (un terreno escarpado, por ejemplo). Miles de casos pueden revelar que un producto seguro en una faceta de uso, puede no serlo en otra. Es obvio que se requiere de un procesamiento racional de lo que éste ofrece respecto del uso y abuso.

Aunque la Constitución Política de nuestro país, las leyes y los tratados recogen y formalizan la necesidad de seguridad, y al Estado, en el Estado descansa la defensa del interés de los consumidores y usuarios como el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se hallan a su disposición en el mercado, según aparece detallado en los artículos 2° y 65° de la Constitución. Los contenidos concretos de este derecho no están delineados objetivamente, cuando se trata de analizar la responsabilidad civil por productos defectuosos en particular. Éstos se completan frente al caso concreto. Al proveedor, corresponde garantizar conforme al artículos 5° y particularmente, al 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, la colocación de productos seguros respondiendo por los daños causados a la integridad (no solo física en la medida que el mismo artículo, alude a otros como es el moral y el daño a la persona) de los consumidores o a sus bienes.

La Ley General de Salud presenta también aportes en la defensa del derecho a la vida y a la integridad de las personas. Pero, es conveniente hallar pistas específicas en torno a la seguridad a la que las personas tienen derecho frente a los daños que un defecto en el producto, puede generar.

La gran variedad de productos existentes en el mercado, sean éstos farmacéuticos, artesanales, industriales, alimenticios, dirigidos a niños o ancianos, etc. nos coloca ante la realidad de múltiples facetas de uso y consumo y también de ámbitos y grados de seguridad ante el peligro. Tal panorama variado se plantea también, cuando tenemos en cuenta la población a la que se dirige la seguridad y la necesidad de una política que determine o proyecte un estándar capaz de crear los incentivos para una acción concurrente de control por parte del proveedor y del consumidor o la internalización de un esquema de seguridad adecuado a las circunstancias. Ello revela limitaciones para fijar un estándar de seguridad, único y general, para todos los productos (215).

Un productor o comercializador otorga la garantía de seguridad, considerando los medios que se hallan a su alcance de acuerdo a la ciencia y la técnica vigente a la fecha de producción y también, a la del consumo o uso proyectado del producto. La minuciosidad y la radicalización en los cuidados y la información a transmitir, es recomendable debiéndose asumir, también, que ella no es siempre suficiente ni posible. Retornamos a la distancia entre la seguridad que se aspira o desea conseguir como nivel de aspiración y el nivel de expectativa que es lo que un individuo considera o estima que podrá conseguir.

Los regímenes jurídicos asumen la necesidad de atribuir cargas de responsabilidad a las partes involucradas en la relación de consumo o de contacto del individuo con el producto siendo más rigurosas las exigencias hacia quien conoce y controla los procesos de producción y colocación de los productos, estando a su cargo, practicar la supervisión a un menor valor sin afectar la calidad, difundiendo, en la sociedad, los costos de los controles. Ello, sin embargo, no puede dejar de lado, el proceso que supone, en las personas, la estimación de los riesgos para hallar el umbral de la seguridad posible tomando en cuenta las condiciones, guareciéndose en ella, para lograr y obtener protección.

Podemos señalar, entonces, que el ofrecimiento de seguridad a la que las personas tienen derecho según la regulación nacional o, en el caso de la Directiva Comunitaria Europea, la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, conforma una cláusula o principio general de responsabilidad civil de donde el Derecho extrae material para construir una respuesta que resuelva el conflicto concreto.

Para el supuesto que nos ocupa, es menester advertir que en ello, hay la estimación de un conjunto de elementos que se construyen tomando en cuenta la versatilidad del producto y del defecto, lo que configura el conjunto de circunstancias que rodean la expectativa y son los que, en forma enunciativa, plantea el mismo artículo 32° en el caso de la Ley peruana, como por el artículo 6° de la Directiva Comunitaria, reproducido, en líneas generales, por las regulaciones adoptadas por los Estados miembros (216).

215. SOLÉ Y FELIU, Josep, *Ob. Cit.*, p. 99.

216. *Ibidem*, p. 100. El artículo indicado, señala lo siguiente:

Sea que se recurra a la seguridad a que las personas tienen derecho o la que cabe legítimamente esperar o requerir (que supone contar con un derecho reconocido por el ordenamiento) o a la evaluación de la seguridad que es razonable esperar del producto, resulta notorio que el concepto de seguridad, deberá ser concretado ante el supuesto del riesgo y el daño tanto en el Derecho comparado como en nacional. No hay, pues consenso en cuanto al grado o nivel de estimación razonable del riesgo que se debe asignar a cada sujeto de la relación de consumo o en el uso de los bienes o productos. En nuestra opinión, nuestros conocimientos nos llevan a considerar que no es posible comparar el uso de un horno microondas con el convencional y esperar secar un gato mojado en el primero de los artefactos nombrados pese a que hacerlo ya en el segundo, aunque a baja temperatura ya sería riesgoso si valoramos la vida del gato. Si la carne y los vegetales que introducimos en el horno, se cocinan de manera integral, asumimos que lo mismo ocurre con los seres vivos pues este tipo de hornos, no funcionan como una secadora. Éste fue un caso real que se presentó en los Estados Unidos de América, generando una sentencia a favor de la parte demandante que fue la que introdujo al gato al horno para después, demandar al fabricante por no advertir que no debía introducirse seres vivos a una máquina que, como imaginamos la mayor parte de personas, provoca efectos diferentes a los de un horno tradicional o común. El caso ha sido mencionado en la primera parte de esta investigación. Para la persona demandante, no resultaba inseguro el uso del producto, del horno a microondas, colocando un ser vivo de la forma descrita pues, de ser así, siguiendo su argumentación, el productor tendría que haber realizado una indicación particular. Para el fabricante, era posible considerar que las personas asumían los riesgos de colocar en el horno, seres vivos para calentarlos de la misma manera que lo hacen con sus alimentos.

Tanto desde el Análisis Económico del Derecho como desde una óptica tendiente a reforzar la auto eficiencia en el accionar de los involucrados en la relación de consumo (que procuraría la construcción de significados de protección más que una imposición condicionante y pasiva de mensajes destinada a que el sujeto obedezca sin pensar) y desincentivar las conductas negligentes, no se generaría ningún tipo de estímulo de cuidado hacia el consumidor o usuario si se admitiera el resarcimiento para cualquier daño sin tener en cuenta lo que el consumidor puede hacer frente a un producto. El régimen ideal, apunta a crear los incentivos para que las partes involucradas asuman el nivel de control o cuidado que les corresponde.

A ello, debemos añadir el dominio de información que se reconoce en la actualidad, a una de las partes, en las relaciones de consumo, siendo el proveedor quien posee la mayor información sea por su especialización en la producción y comercialización o colocación del producto en el mercado, descansando en él, la prueba de que el defecto no le es imputable.

La hipótesis de defectuosidad que ataca la seguridad a que las personas tienen derecho, toma en cuenta diferentes elementos. Es de resaltar que frente a un producto defectuoso se produce una ausencia o fallas en la seguridad, pese a que respecto de ella, había una expectativa del consumidor o de la población.

Para instrumentalizar lo seguro, se recurre a *estándares* o referentes de análisis que nos permiten construir un cuadro más o menos objetivo de la *expectativa* considerando, por oposición, lo que se comprende por inseguro teniendo en cuenta todas las circunstancias (de las que nos ocupamos más adelante). De la ausencia o deficiencia del ofrecimiento de seguridad, se desprende la capacidad de dañar.

Guido Alpa citando la propuesta del sistema francés (antes de la emisión de la normativa francesa que traspone de Directiva comunitaria), mencionaba que la noción de defecto se centraba en la deformidad en la que se encuentra el producto respecto de la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar (217); agregó Alpa, que tal deformidad, sin embargo, puede ser controlada sobre la base del criterio o referente determinado por el que las partes habrían convenido (lo que presupone que el producto sea usado directamente por el adquirente) o

“Art.6º

Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre las cuales:

- a) La presentación del producto;
- b) El uso que razonablemente pudiera esperarse del producto;
- c) El momento en que el producto se puso en circulación;

Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado.”

la publicidad efectuada o bien que el defecto de seguridad se produce en contraste con el producto o con su idoneidad al uso al cual viene destinado.

Precisó Alpa, sobre la normativa italiana de productos defectuosos, que ésta no trata las cualidades contractuales de la figura, en cuanto a lo esperado o a la expectativa del usuario sino que importa el criterio de razonabilidad referido en un caso, al *destino* del producto y del otro, al *comportamiento predecible* siempre en conexión con el uso (la cursiva es nuestra). Para tal autor, es importante considerar la *reconocibilidad* de los riesgos derivados del uso del producto el que tiene un rol importante no solo en la evaluación del eventual concurso de la responsabilidad del dañado sino también en la determinación del grado de riesgo que puede ser considerado socialmente aceptable y no defectuoso. Hay en la aproximación de dicho jurista, una referencia a la *tolerabilidad social* en la creación de riesgos derivados de la producción en masa. La búsqueda de la objetividad sobre lo que se tolera como inseguro, estaría presente en esta referencia, para construir un estándar de seguridad.

Tanto el destino del producto y el comportamiento predecible en conexión con el uso, como la reconocibilidad de los riesgos derivados de derivados del producto o la tolerabilidad social en la creación de riesgos, nos conduce a un indudable proceso mental para la construcción de la expectativa de seguridad que espera el consumidor cuando usa o consume un producto o cuando, de alguna manera, se produce contacto con éste.

Con la finalidad de conocer e identificar los criterios de análisis de la responsabilidad por productos delineados y usados por la jurisprudencia en el marco del Derecho comparado, pasamos a exponer lo relevante del test de las expectativas del consumidor (*consumer expectation test*) y el análisis de riesgo-utilidad o costo-beneficio (*risk-utility test*), concluyendo con lo que sería nuestra propuesta sobre el tema.

2.2.2.2.3.1. Análisis del estándar o test de riesgo-utilidad o costo-beneficio.

Los antecedentes del test del riesgo-utilidad, que algunos llaman de costo-beneficio, riesgo-beneficio o cálculo del riesgo, ha tenido como base, el desarrollo realizado por el Juez Learned Hand en *United States versus Carroll Towing Co.*, en un fallo pronunciado en 1947 (218). La llamada *regla de Hand* permite, para algunos, identificar el nivel eficiente de la precaución al fijar la norma legal (219). Ha sido útil especialmente, para los casos de defecto de diseño (pues en el caso de los defectos de fábrica, se asume que se presenta una circunstancia defectuosa distinta que aleja a un grupo de productos, de la línea o diseño general). Sin embargo, no habría impedimento concreto para considerar, en líneas generales, el valor de las precauciones para impedir que se produzca un defecto de fabricación o de advertencias. En todo caso, la discusión sobre el uso del test, se ha situado en las cortes de los Estados Unidos de América, en los defectos de diseño, de acuerdo a lo que pasaremos a exponer.

Como se recordará, el caso estaba referido a la pérdida de un lanchón y su carga en la bahía de Nueva York en donde se hallaban varios lanchones atados por una sola línea de amarre a varios pilares. El remolcador del demandado había sido contratado para sacar de la bahía uno de los lanchones. Al momento de desamarrar el lanchón, la tripulación del remolcador, que no halló a ningún trabajador de la empresa demandante, reajustó las líneas de amarre y, al no hacerse correctamente tal ajuste, uno de los lanchones, se soltó, chocó con otra embarcación y se hundió con su carga. El dueño del lanchón, demandó al dueño del remolcador alegando que sus trabajadores habían sido negligentes al reajustar las líneas de amarre ante lo cual, el demandado respondió que el dueño del lanchón también fue negligente pues su agente, el lanchonero, no se hallaba en el lanchón cuando se acercó la tripulación del demandado. El lanchonero podría haber asegurado que la labor se realizara correctamente lo que resultaba más barato considerando la probabilidad de que el barco se suelte y la magnitud del daño, mientras que, el costo de adoptar las precauciones era más alto para el demandado. Este caso, citado al referirnos al desarrollo de la responsabilidad por productos en el marco del Derecho comparado, es citado para considerar cuando un producto se encuentra razonablemente diseñado con cargo a seguras características tomando en cuenta el costo de las precauciones contra la probabilidad y magnitud de los daños resultantes. Según señaló Hand en su célebre fallo, la determinación de la negligencia (pues

218. Se puede revisar, en torno al tema, lo indicado en la primera parte de esta investigación.

219. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Ob. Cit.*, p. 400.

dicho fallo está referido a la negligencia de la parte demandada por los daños causados) está basada en una función de tres variables como son la probabilidad de que ocurra un evento, la gravedad del daño resultante del caso, la carga de las precauciones adoptadas. Resumiendo, la responsabilidad será imputada o deberá recaer en quien tenga una carga de precauciones que al ser expresada en B , resulte menor que el daño designado como L multiplicado por la probabilidad que se designaría como P . Expresado en términos algebraicos, se calificará de victimario negligente cuando, realizado el cálculo de las precauciones que éste pueda adoptar, se aprecie que este sea menor que la probabilidad multiplicado por la magnitud del daño o $B < PL$ y, no obstante ello, no tome las respectivas precauciones produciéndose el daño.

Para Cooter y Ulen, la precaución del victimario será eficiente cuando el costo marginal social, sea igual al beneficio marginal social, razón por la que, en tal punto, no se justificaría por su costo, adoptar una precaución adicional, siendo ésta, una regla adoptada en disputas por negligencia, lo que también, permite que los jueces descubran el nivel eficiente de cuidado. En tales casos, los jueces se preguntan si una precaución se justifica por su costo enfrentando dichos costos, a los beneficios que brinda el producto. Si la respuesta es afirmativa, tal victimario no habrá satisfecho la norma legal y será responsable por no tomar las precauciones que podían adoptarse a bajo costo considerando la magnitud y la probabilidad del daño. Ante tal regla, los productores tendrían que responder elevando el nivel de precaución (220). Reconocen Cooter y Ulen, que el análisis de costo-beneficio, exige mucha información de quien lo utilice por lo que el derecho de la responsabilidad debería tomar en cuenta quien se encuentra en mejor posición para obtener información acerca de los accidentes.

Las críticas y dificultades al test de las expectativas del consumidor, como el interés por hallar mecanismos para atender, sobretodo, los defectos de diseño, ha conducido a recurrir a múltiples versiones del análisis *risk-utility* o *cost-benefit*, el mismo que, como lo demuestra el curso de los procedimientos judiciales en los Estados Unidos de América en donde tiene un espacio particular, requiere de información científica y tecnológica. Ella debe revelar, en términos generales (pues el test está conformado por diversos factores y facetas), la defectuosidad del producto en función de un análisis que considere el costo de las precauciones y del daño frente al beneficio social o económico que brinda el producto de manera tal que éste será defectuoso si el peligro derivado del uso o consumo, es mayor que la utilidad en los términos descritos. También, debe considerarse si el peligro podía haberse evitado por incorporar una mejora a un costo razonable o, si existían productos alternativos disponibles capaces de satisfacer idénticas necesidades con un riesgo menor.

Resalta Solé y Feliu, con carácter de resumen, ante los diferentes elementos evaluables en el análisis del riesgo-beneficio o costo-utilidad, que un producto será defectuoso si una persona razonable, concluye que el peligro derivado del uso o consumo del producto, es mayor que su utilidad (221). Como se ha adelantado, muchas son las expresiones que se utilizan e incluyen las ya citadas calificaciones atribuidas al test como la de riesgo-beneficio y cálculo de riesgo (222). Precisa el autor indicado, recogiendo la recopilación de John Wade (223), que el análisis de riesgo-utilidad, se centra en la ponderación de diversos elementos o datos cuantificables y no cuantificables tales como la disponibilidad de productos sustitutos o la capacidad del consumidor de evitar el daño, todo lo cual deberá ser considerado en la investigación destinada a probar si el peligro creado por el producto, es mayor que la utilidad. La revisión del costo-beneficio, apuntaría, en todo caso, a establecer un valor cuantificable sobre el costo marginal derivado de la fabricación de un producto más seguro frente al beneficio económico que dicha mejora origina en la seguridad. Otros autores, como son Montgomery y Owen, Shapo y Fischer (224), han incorporado factores nuevos a los propuestos por Wade, construyendo una lista para valorar la existencia del defecto en función del análisis riesgo-beneficio.

John W.Wade incluye siete elementos evaluables entre los que incluye, la utilidad y el grado de lo que Solé y Feliu (225) califica como "apetecibilidad" del producto o su utilidad para el consumidor y para el público en general; los aspectos de seguridad del producto, la probabilidad de que cause daño así como la gravedad probable; la disponibilidad de un producto sustitutivo que satisfaga las mismas necesidades de forma más segura; las posibilidades de que el fabricante

220. *Ibidem*, p. 402.

221. *Ob. Cit.*, p.p. 132 y 133.

222. *Ibidem*, p. 133.

223. *Ibidem*, p. 134.

224. *Ibidem*, p.p. 133 a 153.

225. *Ibidem* p.134.

elimine la cualidad o característica insegura sin perjudicar su utilidad o encarecerlo excesivamente para mantener su utilidad; la posibilidad de que el consumidor elimine el peligro a través del uso diligente del producto; la previa conciencia del consumidor, de los peligros inherentes al producto y su evitabilidad, como consecuencia del conocimiento público general de la condición obvia o evidente del producto o de la existencia de advertencias o instrucciones adecuadas; la viabilidad para el fabricante de distribuir la pérdida en el precio del producto o de obtener los seguros apropiados. La fórmula costo beneficio, se centraría en el establecimiento de un valor cuantificable sobre el costo marginal derivado de la fabricación de un producto más seguro, frente al beneficio económico que dicha mejora genera en la seguridad.

Para Solé y Feliu, los pilares sobre los que descansa este análisis de costo-beneficio, se sitúan, según explica Wade, en dos grupos que incluirían en primer lugar, los aspectos de seguridad del producto, la probabilidad de que cause daño así como su probable gravedad y, en segundo lugar, las posibilidades de que el productor, elimine la falta de seguridad del producto sin perjudicar su utilidad ni encarecerlo en exceso. El test de costo beneficio no sería sinónimo sino que englobaría, tan solo una parte o un aspecto del análisis global del riesgo-utilidad (226). La determinación del riesgo, como objetivo central de control del producto, el cual debe ser evitado o al menos, minimizado, requiere del cálculo de costos. Con ello, se calcula la diferencia hacia la defectuosidad. La utilidad, sería en todo caso, un elemento más del beneficio que podría impregnarse de factores más complejos como la satisfacción que genera hacia la sociedad, asumir el cumplimiento de determinados valores como el respeto a la vida, a la integridad y al derecho de propiedad inclusive lo que permite minimizar el conflicto social general.

Las nociones, en todo caso, se hallan íntimamente ligadas a la cuantificación de riesgos o costos así como utilidad o beneficio para el consumidor y la colectividad en general. Si se pretende hallar una denominación adecuada, nos inclinamos a denominar a este test como *riesgo-beneficio*.

Fischer (227), por ejemplo, incluye en su lista de factores, un primer grupo dedicado a la distribución del riesgo, colocando en este ámbito, dos perspectivas: el punto de vista del consumidor y del fabricante. En el primer sub-grupo, incluye la perspectiva del consumidor, considerando la capacidad del mismo de soportar los daños, la posibilidad y efectividad de aplicar medidas de auto-protección con el conocimiento del riesgo, la capacidad de controlar el peligro y la capacidad del citado consumidor, de decidir el no usar el producto. Del lado del fabricante, Fischer alude al conocimiento del riesgo, a la precisión sobre la previsión de los daños, la extensión de los mismos, la disponibilidad de los seguros, la capacidad del fabricante de auto-asegurarse, la repercusión que el aumento del precio tiene en la empresa, la necesidad del producto para la colectividad (lo que implicará presentar "sus cifras" de la necesidad), el efecto disuasorio para el desarrollo de nuevos productos. Un segundo grupo, está conformado por los incentivos de seguridad, los que abarcan la probabilidad de una mejora de productos en el futuro, la existencia de precauciones que pueden ser adoptadas en la actualidad y la disponibilidad de productos sustitutivos más seguros. No deja de ser compleja una propuesta que plantea tantos factores no obstante la utilidad de considerarlos como una proyección integral del riesgo y la utilidad en función de las características del producto.

Montgomery y Owen, en cambio, resaltan el costo de los daños atribuibles a la deficiencia o defecto del producto a partir de la cual, la víctima reclama los costos del accidente; el costo de la comercialización del producto sin la condición peligrosa como costo de seguridad del fabricante; la pérdida de utilidad funcional y psicológica provocada por la eliminación de la condición peligrosa, entendida como costo de seguridad del público; y, la respectiva capacidad del fabricante y del consumidor para reconocer los riesgos creados por la condición defectuosa, reducir estos riesgos, absorber o asegurarse contra tales riesgos lo que para los citados autores, involucra la distribución de la conciencia de los riesgos y de su control entre el fabricante y el consumidor (228).

Consideramos importante destacar, entre las condiciones que los citados autores han incorporado a la discusión, la relación de factores a considerar para medir la defectuosidad según Marshall S. Shapo (229). Hallamos que ella considera elementos de la percepción humana del

226. *Ibidem* p.135.

227. Citado también por Solé y Feliu, *Ibidem* p.137.

228. *Ibidem* p.135.

229. SHAPO, Marshall S., *A Representational Theory of Consumer Protection: Doctrine, Function and Legal Liability for Product Disappointment*, 60 Va. L. Rev. 1109 (1974) p.p. 1370-1371. También aparece la cita en SOLÉ Y FELIU, *Ob. Cit.*, p. 136.

consumidor como son, la naturaleza del producto como vehículo para la creación de imágenes publicitarias persuasivas, y la relación de este factor, con la capacidad del vendedor para generar representaciones de los productos en los medios de comunicación de masas; propone también, considerar la especificidad de las representaciones y otras comunicaciones con relación con el producto; la inteligencia y conocimiento de los consumidores en general y del consumidor defraudado en general; el uso de estímulos de venta basados en las cualidades del consumidor específico; las acciones del consumidor en su encuentro con el producto, evaluadas en el contexto de su conocimiento e inteligencia general y de su conocimiento real en relación con el producto o con el conocimiento que podía ser legítimamente esperado por él; las implicancias de la decisión sobre la salud y la colectividad, y especialmente, sobre programas sociales que proporcionan cobertura para los daños producidos por accidentes e incapacidad personal; los incentivos que la decisión propuesta crearía para fabricar el producto en forma más segura; el costo para el productor y para el vendedor respecto a la obtención de la información relevante en torno a la característica decisiva del producto y el costo de suministrarlo a las personas afectadas; la disponibilidad de la información relevante relativa a la característica decisiva del producto para las personas afectadas y los costos relativos a su adquisición; los efectos de la decisión propuesta sobre la disponibilidad de datos que influyen en la elección del consumidor para determinados bienes y servicios; los probables efectos sobre el precio y cantidades de bienes vendidos; los costos y beneficios derivados de la cuestión jurídica; los efectos de la decisión propuesta sobre la distribución de riqueza, tanto entre vendedores y consumidores como entre vendedores. Lo interesante del tema, es que, sin perder la conexión con el objetivo de la cuantificación, hallamos cierta conexión o acercamiento de esta propuesta, a la noción de expectativas del consumidor al aludir a las representaciones del producto que impactan en el consumidor y público en general, aspecto que resalta el procesamiento de la información por el ser humano. Toda esta mención a las representaciones mentales, aunque han sido colocadas como parte del análisis de riesgo-utilidad, está bastante más cerca, en nuestra opinión, del concepto de expectativas del consumidor. Creemos que es de particular interés, el advertir un juego de complementariedad de criterios.

Como ya se indicó, se ha seguido elaborando listas con factores en la doctrina de diversos juristas planteándose una gran diversidad de propuestas que, sin embargo, no han contribuido a un manejo uniforme de la jurisprudencia dictada por las Cortes de los Estados Unidos de América que han adoptado estas reglas. No hay consenso en si los tribunales debían realizar una valoración particular de todos y cada uno de los factores (lo que puede resultar complicado) u realizar una ponderación global y en abstracto entre el riesgo y la utilidad, o, en nuestra opinión, en los beneficios; si se debería identificar los factores a considerar. Otro tema es la instrucción al jurado sobre la aplicación de las circunstancias, lo que también ha generado dado que los jurados están integrados por personas o ciudadanos comunes, ajenos al proceso técnico y legal que supone el uso de los factores.

La ponderación de todos estos factores, debería permitir la obtención de alguna de las siguientes conclusiones, según resalta Solé y Feliu (230), en primer lugar, que los daños derivados del uso del producto conforme al normal destino o del uso previsible del producto, valorados al tiempo en el que se causaron los daños, son más elevados que los beneficios en el sentido de necesidades humanas, voluntades y deseos satisfechos por el producto; en segundo lugar, que a pesar de que los daños sean inferiores a los beneficios, existan productos alternativos que permiten cubrir idénticos deseos y necesidades a cambio de un riesgo inferior; en tercer lugar, que, no obstante ser los daños inferiores a los beneficios, sea posible diseñar el producto en forma más segura. Contar con una respuesta afirmativa ante las opciones planteadas, permitiría confirmar el carácter defectuoso del producto de acuerdo al análisis del riesgo-utilidad.

Henderson y Twerski resaltan que con los defectos de diseño, se presentan varias facetas lo que hace que los litigios de este tipo sean policéntricos (231). Los profesionales a cargo del tema, deben considerar valores entre una multitud y la decisión debe ser realizada observando todos los factores. La respuesta debe ser inteligente para responder cuanta seguridad es suficiente para un producto debiendo considerar factores como el precio de mercado, la utilidad funcional, en algunos casos, la estética frente a la seguridad y los logros con un balance apropiado. Pero el tema es complicado. Analizando los varios tests propuestos por las cortes en torno a los defectos, es importante tener en mente la dificultad de reforzar el juicio ante un sistema que se observa

230. SOLÉ Y FELIU, *Ibidem* p.137.

231. *Ob. Cit.*, p. 162.

complejo y abarca reglas de diseño igualmente complicado, pretendiendo sugerir un test para determinar la defectuosidad.

Sobre el uso del estándar de riesgo-utilidad para determinar el defecto de diseño, Henderson y Twerski (232), citan el caso *Thibault versus Sears, Roebuck and Co.*, (395 A2d 843- N.H. 1978) por el que la Corte indicó que, cuando una advertencia no puede eliminar el riesgo de daño, se debería juzgar la adecuación del diseño utilizando el estándar riesgo-utilidad. En este caso, el pie del demandante quedó atrapado en el espacio de almacenaje de la cortadora de césped mientras realizaba la siega, hacia arriba y abajo en una abrupta ladera. A pesar de las instrucciones y advertencias del folleto, que explicaban que no se debía cortar hacia arriba y abajo, el demandante pensó que podría hacer esa acción, prolongando la siega hacia el declive. Mientras cortaba el césped, perdió el equilibrio y cayó. De manera instintiva, se agarró del asa de la cortadora y mientras quedaba sobre el césped, al final de la cuesta, su pie quedó atrapado en la caja o espacio de almacenamiento de la máquina, mientras la máquina seguía en funcionamiento, siendo herido de manera grave, por el rodillo de la cortadora. El demandante sostuvo que el daño podría haber sido evitado si la cortadora hubiera sido equipada con un accesorio que cubriera y asegurara la parte posterior. La Corte indicó, resumiendo los elementos planteado por el demandante, que en el caso de responsabilidad estricta en el que se alega un defecto de diseño, el demandante debe probar, primero, la existencia de una condición defectuosa irrazonablemente peligrosa (233). Para determinar el irrazonable peligro, las cortes deberían considerar como factores tanto la utilidad social como la deseabilidad del producto. La utilidad del producto debe ser evaluada desde el punto de vista del público como una totalidad, pues hallar la responsabilidad por un diseño defectuoso podría resultar en la remoción total del mercado, de la línea del producto. Algunos productos son tan importantes que el productor o fabricante podría eludir la responsabilidad en materia de la ley, brindando las adecuadas advertencias. Sopesando la utilidad y la deseabilidad contra el peligro, se aludió en este caso, a que las cortes deberían considerar que el riesgo del producto podría haber sido reducido sin un significativo impacto en la efectividad del producto y en los costos de su fabricación. Por ejemplo, la responsabilidad puede ser aplicada si el fabricante no tomó los pasos válidos y razonables para reducir o eliminar el peligro de un significativamente útil y deseable producto (234). En el fallo analizado, se alude a que cuando no hay un mal funcionamiento, la disponibilidad del razonable diseño alternativo no debe ser el único elemento a considerar al momento de determinar el defecto. Si bien es un requisito para la imposición de la responsabilidad, debe atenderse, primero, a la presencia de adecuadas advertencias correspondiendo, luego, el análisis de la disponibilidad y razonabilidad del diseño alternativo para determinar la responsabilidad por diseño defectuoso.

Para los efectos de la aplicación del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, los citados Henderson y Twerski, recapitulando la tesis del Juez Hand (aunque ampliándola), resaltan que un extenso rango de factores debe ser considerados, incluyendo la magnitud y la probabilidad de que el riesgo previsible de daño se produzca, las instrucciones y advertencias que acompañan al producto y la naturaleza y fuerza de las expectativas del consumidor referidas al producto, incluyendo las expectativas que se alcanzan con relación a su apariencia y publicidad. Las ventajas y desventajas del producto como fue designado y el diseño alternativo, deben ser también consideradas, incluyendo los costos de producción del respectivo diseño alternativo, los efectos temporales o en la longevidad del producto, su mantenimiento, apariencia y estética y el rango de consumidores que escogerán el producto son algunos, entre muchos otros factores que deben ser considerados. El tema en todo caso, no se muestra tan simple, exigiendo profesionales expertos que sostengan la propuesta del demandante (lo que está bastante alejado de nuestra realidad pero, aparentemente, alejado también de realidades como las que existen en los países de la Unión Europea que tampoco han adoptado esta tesis de defectuosidad). En todo caso, para atenuar el gran peso que tiene esta fórmula, los citados Henderson y Twerski (235), aluden a que no sería necesario que un demandante pruebe todos estos factores; la relevancia de los mismos, puede variar de un caso a otro. Hay factores que interactúan unos con otros. Por ejemplo, la evidencia de la magnitud y la probabilidad de un daño previsible pueden quedar fuera cuando aparece la evidencia por la que el diseño del producto alternativo, reduce la eficiencia y la utilidad del producto cuya defectuosidad se analiza. De otro lado, la evidencia de que la propuesta alternativa puede incrementar sustancialmente los costos de producción puede

232. *Ibidem.*, p. 169.

233. *Ibidem* p. 170.

234. *Ibidem* p. 170.

235. *Ibidem* p. 171.

dejar fuera o generar el rechazo de aquella evidencia en torno a la creación de expectativas de seguridad por la apariencia y publicidad del producto incrementando las posibilidades del riesgo previsible. La mezcla de tales factores, puede modificar el número de opciones que serían incluidas en la regulación descrita. No se considera que la imposición de la responsabilidad pueda involucrar un efecto negativo en las ganancias corporativas o reduzca el empleo o la industria. La seguridad general supone la razonabilidad de la alternativa debiendo tomarse en cuenta que con el diseño alternativo propuesto, podría estarse introduciendo otros peligros de igual o mayor magnitud que los que se imputan al producto presuntamente defectuoso.

Por otro lado, hay casos en los que puede resultar tan obvia la aptitud y razonabilidad de la alternativa de diseño propuesta, que no se requiere de un testimonio experto (236). Por ejemplo, cuando se fabrican juguetes para niños menores de tres años, con botones que pueden ser fácilmente removidos y tragados por los pequeños, es obvio que un diseño alternativo factible y razonable, además de ser de bajo costo, es aquel que no recurre a tales piezas y opta por pintar los adornos o colocar accesorios en telas diversas en el juguete. Pero hay otros en los que, sostener la presencia de una alternativa de diseño hace indispensable tal testimonio. Son muchos los casos en los que se requiere confiar en un testimonio experto debiendo concederse un soporte razonable a modo de conclusión, respecto de la razonable alternativa de diseño que debió ser adoptada al tiempo de la venta, al costo adecuado.

Con relación a la definición del estándar para determinar el riesgo-utilidad en torno al diseño defectuoso, se puede citar el precedente dictado en el año 2001 en *Smith versus Louisville Ladder Co* (237 F.3d 515-5th Cir. 2001), dictado por el Juez del Circuito, Eugene Davis en el proceso seguido por Roger Nelson Smith que llamaremos solo el señor Smith en una acción de productos defectuosos contra la fabricante antes indicada. Se concluyó finalmente, en la apelación, que la evidencia no sostenía la teoría del demandante, aunque el jurado falló a favor de éste una primera etapa. El señor Smith trabajaba como técnico para Longview Cable Company la cual proporcionaba el servicio de cable en el área de Longview, Texas. En la época en la que se produjo el accidente, hacia abril de 1995, el señor Smith había sido empleado de esta empresa por aproximadamente un año. Su empleadora compró la escalera y el gancho ensamblados o unidos para ser utilizadas en la época en la que se produjo el accidente. Ese día, el demandante había sido asignado para una rutina de reparación siendo necesario que éste permaneciera un tiempo en la escalera contra el cable localizado a veinte pies del piso. Smith permaneció sobre la línea del cable dentro de la unidad que mantenía instalado al gancho, llegando hasta lo más alto de la escalera. La base de la escalera estaba sobre el piso a una distancia aproximada de cinco pies cerca a un poste del cual pendía el cable aéreo que presumimos, era requerido para prestar el servicio. Ante tal peso, el cable se inclinó hacia abajo de manera ligera moviendo el poste. Smith trepó la escalera sin asegurarla al poste o a cualquier objeto fijo. Su plan de seguridad buscaba asegurar el cinturón de seguridad de la escalera cuando alcanzara la parte más alta de la misma y entonces, utilizaría de manera manual, el cable al poste. Cuando Smith trepaba hasta la parte más alta, alcanzó el cinturón de seguridad pero su peso generó un movimiento adicional que deslizó la escalera perdiendo el equilibrio y quedando colgado de la escalera. Ésta llegó a un punto de equilibrio pero tuvo una abrupta parada. Al no poder mantenerse agarrado de la escalera, el señor Smith cayó al pavimento quedando fuertemente herido. La parte lateral de las escaleras que permitía que ellas corrieran a través de los cables, era conocida como riesgosa en la industria de las telecomunicaciones y Smith por si mismo, tenía bastante experiencia en esos accesorios dado su trabajo. Pero Smith habría realizado una acción inadecuada con los deslizadores y con su cinturón de seguridad. En primera instancia el fallo favoreció a Smith reconociendo un porcentaje del 15% de negligencia contributiva pero al producirse la apelación, los resultados fueron distintos. Smith focalizó la atención, la mayor parte del tiempo, en el hecho de que el producto consistente en la escalera de la demandante con el gancho fue defectuoso por la posibilidad de que éste, el gancho, pudiera caerse durante el movimiento o deslizamiento de la escalera. El demandante recurrió al testimonio de un experto, el Dr. Packman quien objetó el pestillo que aseguraba el garfio. Packman introdujo el concepto por el que el accesorio que cerraba el gancho, tenía defectos por lo que podía desengancharse fácilmente e inclusive, quedarse atado en circunstancias en las que se requiriera que sea seguro. El demandado argumentó que Smith no estableció que el pestillo sugerido por el Dr. Packman fuera una "segura alternativa de diseño" de acuerdo a lo que especifica el estatuto de Texas, el que en su sección 82.005 of the *Texas Civil Practice and Remedial Code* requiere del demandante, la prueba sobre la preponderancia de la evidencia a)

que había una alternativa de diseño segura; b) que el defecto fue la causa del daño a la persona o el daño a la propiedad o la muerte de quien pretende la indemnización. El demandante inclusive, realizó y mostró al tribunal los experimentos realizados. La filmación demostraba que el tirón o la sacudida era menos violenta cuando se consideraban las propuestas del experto. Pero no fue capaz el demandante de probar que su diseño generaba una alternativa realmente segura. En conjunto, no probó las teorías que sostenía referidas a la utilidad ni a la disminución del riesgo. Si bien en Texas se discutía por la prueba necesaria para establecer la segura alternativa de diseño bajo su estatuto, los requisitos no siempre son tan rigurosos. En *General Motors Corp versus Sanchez* (997 SW 2d 584. Tex. 1999, el demandante argumentó que el selector de cambios confundía fácilmente la reversa o retroceso con el avance o posición de parqueo generando daños. El testimonio experto señaló un diseño alternativo que podía eliminar el movimiento espontáneo en el 99% del tiempo. Ese solo testimonio fue suficiente para concluir que se había establecido un diseño alternativo seguro (237).

Otro problema a considerar es si el cálculo de riesgo beneficio debe darse al momento de la colocación del producto en el mercado, al momento del accidente o al momento del análisis por la Corte respectiva. Definitivamente, el cambio tecnológico y científico puede determinar variaciones sustanciales. No se trata de un tema en el que la doctrina sea uniforme. La posibilidad de imputar el conocimiento del defecto al demandante es un punto importante y bajo el concepto de "estado del arte", muchas cortes no se muestran favorables a imputar el conocimiento posterior a la colocación del producto en el mercado. Pero el caso es complicado. Creemos que si el demandado conoce de los riesgos del producto de manera posterior a la colocación en el mercado, debe poner su empeño en advertir a los consumidores de los riesgos. En todo caso, bajo este esquema, habrá que considerar la lista complicada de factores planteados en este trabajo.

Solé y Feliu destaca en torno a este test, recogiendo la opinión de Marshall S. Shapo (238), que más que la idea de recurrir a un diseño alternativo, los Tribunales estarían recurriendo a un criterio básico destinado a contraponer los riesgos que el producto que se analiza, genera en el tráfico, frente a los beneficios que éste tiene para la sociedad. Shapo criticaba el texto provisional del *Restatement (Third) of Torts* por considerar que tomaba como punto de referencia, la exclusiva valoración de la viabilidad de un diseño alternativo. Como quiera que por definición, el fabricante es experto en el proceso de producción (incluido el diseño) que rodea al producto y el consumidor no cuenta con esa misma información, sería perverso argumentar que deberá descansar en éste último, la prueba de la existencia de un diseño alternativo como la prueba de su razonabilidad.

Un claro ejemplo de la formulación de *riesgo-utilidad*, que, sin embargo, plantea observaciones de carácter ético que ponen en tela de juicio todo el régimen, puede ser ubicado a partir del caso *Grimshaw versus Ford Motor Company (Ford Pinto Case)*, 119 Cal. App 3d 757, 174 Cal. Rptr 348 (1981). Aunque las referencias a los problemas generados por este vehículo, aparecen en la primera parte de esta investigación, consideramos importante esta reseña. En 1971, Ford Motor Company lanzó el Ford Pinto como un auto compacto y de bajo costo que permitiría a esta empresa, no perder la cuota del mercado ante los coches importados pequeños. Esta empresa, había ganado cierto prestigio en materia de seguridad al ser la primera que implementó los cinturones de seguridad en sus vehículos. Este caso, cambiaría la visión del público consumidor. Hacia mayo de 1972, Lily Gray estaba viajando con un joven de trece años llamado Richard Grimshaw en un Pinto del año cuando un auto que iba a cerca de treinta millas por hora, los impactó en la parte posterior. El impacto generó una explosión del tanque de gasolina colocado en la parte posterior del vehículo, matando a Lily Gray y dejando gravemente dañado al demandante. El demandante, argumentó haber sufrido graves daños como resultado de la inadecuada colocación del depósito de gasolina y con ello, por la presencia de un defecto de diseño que hacia del auto indicado, el Ford Pinto, fabricado por la demandada, un producto defectuoso. Durante el proceso, la víctima aportó un informe elaborado por el servicio de Ingeniería de la Ford (Grush-Saunby Report), en el cual la empresa automovilística había comparado los costos y los beneficios de la reducción de las posibilidades de que se produzca un incendio en el depósito de la gasolina. El documento planteó que la incorporación de la medida de seguridad tendría un costo aproximado de 11 dólares por cada vehículo. Esta suma, multiplicada por 12.5 millones de vehículos ya fabricados, les generaría un costo total de 137

237. *Ibidem*, p.p. 172 a 177.

238. *Ob. Cit.*, p.p 132 y 133. La opinión de Shapo consta en *In Search of the Law of Products Liability: The Ali Restatement Project*, 48 Vand. L. Rev. 631 (1995) 631- 697, p.p. 662-664.

millones de dólares. La empresa calculó que de incorporar la medida de seguridad, evitaría 180 muertes y 180 daños graves. Como quiera que el valor de cada vida fue fijado por la empresa en 200,000 dólares y en 67,000 dólares, el de la evitación de los daños, el informe valoró el beneficio de seguridad total en 49.5 millones de dólares siendo más barato enfrentar estos costos, es decir, el de las demandas por la muerte y los daños graves de las personas y, en general, la sentencia condenatorias derivadas de los daños producidos que incorporar las necesarias modificaciones sobre seguridad. Lo interesante del caso es que, si se siguen las pautas planteadas por la *regla Hand*, la probabilidad del daño situado en las 180 muertes y 180 daños graves y se multiplica por la magnitud del daño que fue determinado en las cifras indicadas en líneas anteriores alcanzando los 49.5 millones, sopesando el resultado con el costo de las precauciones (determinado en 137 millones de dólares), no habría sido calificada como negligente la demandada. Obviamente, hay diferencias entre calificar la pérdida de carga en un lanchón y la pérdida de vidas humanas. Aunque se puede argumentar que el cálculo fue mal hecho pues no se midió el desagradable impacto que tendría en los jurados y en los magistrados en general (que son consumidores al fin y al cabo), asignando un valor equivocado a la sentencia condenatoria, no se puede negar que hay temas éticos que aparecen cuando se valora la vida humana y el bienestar de las personas respecto de un producto que fue colocado en el mercado, sin advertencias y a sabiendas de su carácter defectuoso. Lo concreto es que el fallo estableció la responsabilidad de la empresa demandada fijando una indemnización para la familia Gray de \$ 560,000 y para Grimshaw \$ 2.5 millones por daños compensatorios. La sorpresa vino a través de los daños punitivos, destinados a sancionar una conducta reprochable, los que fueron fijados en 125 millones de dólares aunque por la vía de la apelación se redujo esta cifra a U.S. \$ 3.5 (239). No fue, sin embargo, el único fallo que enfrentó la empresa la que, además, debió enfrentar una crítica abierta del público consumidor e, imaginamos, de sus mismos competidores que no dejarían que al asunto sea olvidado tan fácilmente. Presumimos que la época, mostraría una lucha por el mercado que no quería perder la Ford. Es verdad que la lectura del análisis de riesgo-beneficio, podría aplicarse si se consideraba que no sería aceptable la muerte por quemaduras de 180 personas cuando el costo de la precaución por cada auto era de 11 dólares. Sin embargo, sea cual sea la lectura que se pretenda realizar, repugna a la justicia, un juego de cálculos para medir el derecho a la vida y a la integridad de las personas. Como dice John Rawls, hay situaciones que son eficientes pero no justas debiendo considerar que el principio de eficiencia, no puede servir por sí solo, como concepción de justicia, siendo necesario aplicar complementos como formas de razonamiento (240). La Ford asumió el riesgo, ocasionando terribles muertes y daños por quemaduras a consumidores no advertidos del riesgo en el diseño. El balance ético de los hechos, colocó en una baja calificación a los responsables de la Ford que adoptaron la decisión, haciéndolos probar el costo de indemnizaciones no previstas, las mismas que determinarían pérdidas más elevadas que las que habría realizado si implementaba el sistema de seguridad. Sin perjuicio de lo indicado, conviene incidir en que el uso de un mecanismo como el indicado, debe generar suficiente evidencia fáctica para generar una corriente de opinión sobre lo que, para una persona razonable, permite adoptar una alternativa, también razonable, segura, asequible o disponible en términos tecnológicos y prácticos, ante defectos de diseño. La opción debe lograr reducir o prevenir el daño.

Para Henderson y Twerski (241), un test que tanto un amplio rango de factores para decidir entre la omisión de una alternativa de diseño que torna al producto irrazonablemente inseguro, requiere de una justa distribución de la carga probatoria entre las partes. De darse una limitación inherente para acceder a la información relevante, el demandante no estaría obligado a establecer de manera particular, los costos y los beneficios asociados a la adopción de la alternativa de diseño sugerida.

Sin embargo, consideramos que ello dependerá de cada caso y es evidente que no hay reglas que permitan conocer qué deberá ser establecido en este juego de cálculo de costos y beneficios, riesgos y utilidad en donde, por definición, el productor conoce más que el consumidor.

Cabe señalar que muchos de los Estados y cortes de los Estados Unidos de América, requiere en los casos en los que se alega un diseño defectuoso, que el demandante establezca la disponibilidad de una razonable alternativa de diseño. Mississippi, Ohio, Louisiana y Nueva

-
239. Se puede hallar numerosa información sobre lo ocurrido con este vehículo y su fabricante, en Internet, señalando, simplemente, el nombre del producto.
240. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión en español, 2000, p. 77.
241. *Ob. Cit.* p. 172.

Jersey han promulgado estatutos similares en torno a la razonable alternativa de diseño adoptándolo al igual que en Texas (242). Un grupo importante de Estados, ha adoptado el requerimiento de la razonable alternativa de diseño como parte de las reglas del Common Law en materia de productos defectuosos a pesar de no reconocer el *Restatement* sobre productos defectuosos. En *Wright versus Brooke Group Ltd.* (652 NW. 2d 159-Iowa 2002), en respuesta a una interrogante certificada de la Corte del distrito respecto del estándar apropiado para determinar si los cigarrillos son irrazonablemente peligrosos, la Suprema Corte de Iowa, adoptó la segunda disposición del *Restatement* de Productos Defectuosos, sosteniendo que el test de las expectativas del consumidor no resultaban apropiado para resolver si un producto había sido diseñado de manera defectuosa. La Corte optó por el test de riesgo-utilidad exigiendo en función de ello, que el demandante pruebe una razonable alternativa de diseño. Ésta consideró, que dicho *Restatement* estaba incluyendo el clamor intelectual de los principios legales de la responsabilidad por productos (243).

No obstante lo que se ha indicado al tocar el caso del Ford Pinto, es evidente que el análisis del riesgo-beneficio, en la medida que incentive la búsqueda de alternativas viables o factibles, a un costo razonable bajo la opción de ser declarados culpables o insistir en la revisión del costo de las precauciones ante la magnitud de los beneficios, es una herramienta valiosa en determinados casos. De hecho, extender la responsabilidad estricta sin tener en cuenta los beneficios sociales globales para lograr que las personas vivan por más tiempo o lleven una existencia digna, no es un objetivo deseable. Un caso que en nuestra opinión, demuestra lo antes indicado, es el citado por Cooter y Ulen (244) al aludir a las vacunas y la responsabilidad por productos, mostrando los riesgos que representa extender en exceso el derecho y la cobertura. La primera vacuna contra la polio, llamada Salk o IPV, conocida como vacuna de "virus muertos", prevenía la polio en la persona que la recibía sin crear el riesgo de que el receptor contraiga la enfermedad. Pero la segunda vacuna creada fue la Sabin u OPV, que, bajo el esquema de "virus vivos", tenía ventajas sobre la anterior, pues además de administrarse oralmente, el receptor retiene el virus y lo propaga generando inmunización a los demás con un evidente beneficio externo. Es notoriamente considerable, la ventaja, razón por la que las autoridades de salud, recomendaron que los niños pequeños consuman la vacuna Sabin en lugar de la Salk. La implementación de la vacuna Sabin, logró la erradicación de la enfermedad. Sin embargo, el riesgo era que, cerca de una persona de cada cuatro millones de individuos que han tomado la vacuna o entrado en contacto con quienes la han tomado, contraiga la polio y muera o quede inválido. Pero es verdad que el riesgo no había sido advertido a efecto de que las personas optaran por usar una u otra vacuna. Eso se sostuvo en *Reyes versus Wyeth Laboratories* (498 F.2d 1264-1974). Pero a partir de tal sentencia, se impuso el deber de advertencia. El cálculo de riesgo y utilidad, que aquí se enfrenta a las vidas salvadas contra las afectadas, daría por resultado millones de habitantes salvados de la enfermedad por uno que puede morir o sufrirla. La advertencia, en todo caso, plantea un elemento importante pero es obvio que de conformar el grupo de autoridades que tome la decisión de mantener un medicamento como el indicado en el mercado y retirarlo por defectuoso al tener el riesgo de matar o dejar inválida a una persona de por vida, optaríamos por mantenerlo en el mercado con la adecuada información (y con un seguro del Estado para cubrir la indemnización que se genere) la que, de seguro, provocaría que muchos optaran por no colocarla a sus hijos. Los fabricantes de vacunas han enfrentado esta discusión como los temores a millonarias indemnizaciones pudiendo ser útil, de acuerdo al caso, recurrir al test. Queda claro, sin embargo, que aquí, el beneficio de salvar vidas, se enfrenta al costo de no poder hacerlo (cuatro millones de vidas salvadas contra una). En el caso del *Ford Pinto*, se enfrentó la pérdida de vidas o el atentado a la integridad con los costos indemnizatorios respectivos, contra el ahorro por no implementar el cambio que diera seguridad al producto (vidas contra dinero), lo que plantea la necesidad de identificar los elementos del beneficio o la utilidad para contraponerlos a las condiciones de los costos o riesgos, bajo los mismos términos. Es indispensable tener claro los objetivos cuando de por medio, está el derecho a la vida y a la integridad de la persona. Sin lugar a dudas, los casos son diversos y ante ellos, habrá situaciones en los que resulte realmente útil, acceder a este test como una forma de instruir al mercado de la necesidad de agotar las alternativas para controlar el defecto, en términos de riesgos y beneficios. Es evidente que el uso de un sistema como éste, representa un costo elevado para la búsqueda de

242. *Ibidem* p. 172.

243. *Ibidem* p. 178.

244. *Ob. Cit.*, p. 457.

información técnica y la colaboración de expertos adecuados. Ello ratifica la importancia de un esquema de operadores instruidos que sostengan un sistema como el indicado.

Los defensores del *test sobre la utilidad del riesgo*, manifiestan que no se puede exigir al fabricante, conocer las expectativas del consumidor aunque si se le puede requerir que realice el cálculo más adecuado sobre los riesgos y beneficios de su diseño. Para algunos, hay mayor objetividad en este test que en el del análisis de las expectativas en donde las cortes, no dejarían tanto espacio al criterio razonable de los jueces (245).

La crítica a esta opción se vincula al hecho de que sea la víctima la que debe asumir o soportar los daños que reporta el diseño, cuestiones que no son necesariamente transmitidas con fidelidad al consumidor. De otro lado, los aspectos procesales vinculados a la prueba del “mejor diseño alternativo” pueden ser o son, sumamente complejos en la medida que es el productor quien puede manejar de forma más fluida, tal información.

Cabe señalar que respecto de la categoría de producto defectuoso, en los Estados Unidos de América, *el Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998)*, ha propuesto que un producto es defectuoso cuando al tiempo de la venta o distribución, es defectuoso en su diseño; se considerará que hay defecto en el diseño cuando el riesgo previsible de daño, colocado en el producto, podría haber sido reducido o evitado por la adopción de una razonable alternativa de diseño por el vendedor u otro distribuidor, o un predecesor en la cadena comercial de distribución, y una omisión del diseño alternativo, genera que el producto no sea razonablemente seguro.

La crítica general en torno a este criterio, radica en que, al considerarse como punto de referencia, la exclusiva valoración del defecto en función del cálculo de riesgos y beneficios así como de la determinación de la viabilidad de un diseño alternativo más seguro a un costo razonable, se genera en el demandante, la carga de una prueba que maneja mejor el demandado por su mayor conocimiento y experiencia en el diseño del producto, tema que, además, es reconocido como base de la protección al consumidor. Podría considerarse, en todo caso, un cierto retroceso en la defensa de los intereses al colocar en la víctima, el peso de probar que hay un diseño alternativo, que éste es razonable específicamente, en materia de costos.

Si bien los beneficios obtenidos por el proveedor por razón del hecho infractor (es decir, por el defecto), se constituye en un elemento para graduar la imposición de las sanciones conforme al artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor (246), no se ha recurrido a la apreciación de los costos y la utilidad como criterio para evaluar la defectuosidad.

Para algunos, el “*risk-utility test*” o prueba del riesgo-utilidad, lograría bajo el sistema norteamericano, que la responsabilidad civil por productos se vuelva menos estricta y acaso, hasta de carácter subjetiva, al permitir la evaluación de otros factores como el grado de utilidad del bien o las percepciones del consumidor sobre si el producto le resulta útil recurriéndose a diversos aspectos de la conducta del fabricante. Con ello, para algunos, se retorna a la subjetividad de la negligencia, esquema que es distinto del referido a la responsabilidad estricta u objetiva. La respuesta que se ha brindado en torno a este cuestionamiento, es que aquí no se produce un análisis de la conducta del fabricante sino que, para el caso de un esquema de responsabilidad objetiva, el test se aplica directamente al producto (247).

Lo expresado en las líneas anteriores, da cuenta de la falta de un proceso claro, para algunos normalizado (248) y para nosotros, organizado, que permita identificar y cuantificar con eficacia los diversos elementos a evaluar. No es posible comparar y cuantificar el riesgo con la utilidad o el beneficio siendo, además, necesario, que los datos puedan ser reducidos a medidas equivalentes. El riesgo y la utilidad serían conceptos abstractos con una marcada carga subjetiva siendo difícil hacerlo cuando de por medio, se halla un valor que, en esencia, resulta imponderable como es el derecho a la vida y a la integridad de las personas o sus bienes. Se ha tratado de establecer datos reduciendo el valor de la utilidad y del riesgo, a unidades monetarias por las que se calcula el número de accidentes que un producto causará considerando el costo del perjuicio y la probabilidad, obteniendo un producto que se calcula contra la disminución del costo de los accidentes de introducir cambios. Se hace necesario, en todo caso, contar con suficiente información que sea fiable. Indudablemente, es siempre valioso tener datos estadísticos y de impacto del daño los que permiten evolucionar hacia la mejora del sistema de

-
245. WOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europe*, Ob. Cit., p. 197.
246. Según texto de la Ley N° 273111 y, en general, las modificaciones realizadas a esta normativa.
247. SOLÉ Y FELIU, Josep, Ob. Cit., p. 140.
248. *Ibidem* p. 141.

producción y comercialización. Lo que no puede hacerse, es reducir el derecho a la vida, a simples cifras indemnizatorias, a estadísticas, calificando en función de ello, la defectuosidad bajo elementos que podrían resultar hasta falsos o erróneos al basarse en la información que un sujeto, el productor, puede generar con más facilidad que el consumidor. En todo caso, es una herramienta que puede ser tomada en cuenta de acuerdo a las circunstancias sin perder el objetivo principal que es la protección de la vida e integridad de la persona humana y de sus bienes.

No hemos hallado una referencia a este test en la regulación ni en los fallos de los países integrantes de la Unión Europea.

2.2.2.2.3.1. Análisis del estándar o test de las expectativas del consumidor

Bajo el test de las *expectativas del consumidor*, el producto es defectuoso si la víctima prueba que el producto no alcanzaba los grados de seguridad que puede esperar un *consumidor o usuario*, guardando distancia con el test de riesgo-utilidad, el que plantea, según lo ya explicado, que un producto será defectuoso si los riesgos que genera son mayores que los beneficios que ofrece tomando en cuenta, en el caso de defectos de diseño, cualquier diseño alternativo (249).

La doctrina y la jurisprudencia angloamericana desarrollaron el llamado test de las expectativas del consumidor o *consumer expectation test* como criterio para llegar a una definición de defectuosidad a partir de lo que un ordinario consumidor habría esperado del producto. Con el tiempo, se ha desarrollado un criterio vinculado a reconocer e identificar las expectativas de un consumidor razonable lo que ha sido considerado por la Suprema Corte de California cuando menciona que el jurado considera las expectativas de un hipotético consumidor razonable por encima de las que tiene el particular demandante, comentarios que recoge Henderson y Twerski. (250).

Tales autores destacan en torno a este estándar, que una revisión basada en el balance de la factible alternativa recurriendo al análisis del riesgo-utilidad, luce semejante (y en ocasiones idéntico), al criterio de evaluación basado en la negligencia (251). Esa reflexión y acercamiento a la esencia del análisis de riesgo y beneficio, no pasó desapercibido por los comentaristas de la regulación y por las cortes de los Estados Unidos de América, particularmente. En este ámbito, ha habido resistencia a aplicar el test de riesgo-utilidad, por ser un test "de economistas", que concede una inadecuada atención a muchas de las fuerzas que modelan la actitud del consumidor hacia los riesgos del producto.

Las primeras aproximaciones que focalizaron la atención hacia las expectativas del consumidor, por encima del riesgo utilidad, provienen de Marshall Shapo (252) quien resaltó que la decepción del consumidor por hallar un defecto, debería constituirse en el centro inicial y principal en la descripción del producto de acuerdo a como éste fue fabricado, generado o como llega a través del vendedor. Esta descripción debería ser vista en el contexto de la impresión razonablemente recibida por el consumidor de las representaciones u otras comunicaciones que se dirigen a él en torno al producto y con varios significados: a través de la publicidad, la apariencia del producto y otras vías que permiten al producto, proyectar una imagen en la mente del consumidor, incluida la impresión creada por la aceptación o cierto acuerdo social extensamente difundidas sobre la función del producto. Este juicio, resalta Shapo, debería ser tomado en consideración para un resultado objetivamente determinable sobre lo que pretendieron los vendedores y la motivación aparente de los mismos a efectos de conformar o permitir una representación o comunicación.

Como ya indicamos, no solo coincidimos con la aproximación a la defectuosidad planteada por Shapo, no obstante reconocer diferencias específicas, resaltando que ella coloca la determinación del defecto en elementos propios de la relación humana con el producto, susceptibles, en nuestra opinión, de incorporar otros criterios (como ha hecho Marshall Shapo al preparar una lista de factores para el análisis de riesgo y utilidad). Hallamos una clara referencia en el lenguaje utilizado por Shapo, al análisis que se realiza en psicología de la motivación la que, debidamente instrumentalizada, puede integrar un criterio para analizar la defectuosidad en el

249. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.* p.p. 75 y 76.

250. *Ob. Cit.*, p. 253.

251. *Ibidem.*, p. 243.

252. *Ob. Cit.*, p. 243.

ámbito del Derecho pues forman parte de la conformación de la representación mental o la expectativa del consumidor sobre la seguridad del producto, la apariencia del mismo, su uso previsible y, en general, los elementos citados en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor como cualquier otra circunstancia que incida en la creación de tal representación.

Bajo el lenguaje del *Restatement*, un producto será defectuoso si crea riesgos irrazonables más elevados que los esperados por un consumidor, existiendo una discusión sobre si el consumidor a considerar, es el normal, el medio o el razonable (asumiendo que tras esta calificación hay un requerimiento para cumplir un estándar de cuidado superior la medio que resulta aplicable al consumidor o usuario).

Solé y Feliu señala que el test de las expectativas del consumidor, que durante algún tiempo fue bien recibido por los tribunales, perdió terreno a consecuencia de las diversas críticas contrarias a su eficacia en la determinación de la existencia del defecto, teniendo validez alguna de ellas respecto de la Directiva de la Unión Europea, transpuesta por los países miembros y las respectivas leyes de adaptación (253). Aunque se ha tomado como base el desarrollo de este test, lo que la Directiva europea ha incorporado bajo el concepto de las *legítimas expectativas del consumidor*, conformando un conjunto de lineamientos ya estructurados en una normativa que, pese a presentar conflictos interpretativos como toda regulación, presenta mayor desarrollo al que se observa en el test al que recurren las cortes que lo adoptaron en los Estados Unidos de América.

No obstante lo indicado, Henderson y Twerski han calificado al *consumer expectation* como una espada que impone responsabilidad (254) lo que quedó en evidencia en el caso *Heaton versus Ford Motors Co.* 435 P. 2d 806 (Or. 1967), en el que el demandado apeló del fallo dictado respecto del presunto defecto en las ruedas de un vehículo una Camioneta Ford 4-wheel-drive pickup. La cuestión principal se centró en si se había producido la suficiente evidencia para soportar la alegación de peligrosa defectuosidad en las ruedas del producto fabricado por el demandante. La función de la corte fue la de decidir que el jurado pudiera tomar una decisión informada considerando como base, la información proporcionada en el proceso. Para ello, el jurado determina que el producto ha hecho de acuerdo a la expectativa de un consumidor ordinario. En este caso, sin embargo, no se aprecia que el jurado recibiera información y con ello, una base para realizar tal análisis sino simples especulaciones (255). El demandante adquirió la camioneta en julio de 1963 para usarlo en actividades de caza y otros propósitos referidos a cruzar el país en zonas pavimentadas como las carreteras y zonas no pavimentadas. Había conducido, aproximadamente, 7000 millas sin advertir nada usual en el desempeño del vehículo. Antes del problema, el demandante aseguró que el vehículo había estado, rara vez fuera del pavimento no habiéndolo sometido a ninguna presión inusual. El día del accidente, mientras se movilizaba a una velocidad normal por la carretera, chocó con una piedra de cinco o seis pulgadas de diámetro. La camioneta siguió su marcha por 35 millas más para luego, abandonar la pista al ladearse fuera de ella. Después del accidente, la llanta de la rueda fue encontrada separada de la "araña" o eje. Para tal efecto, un testigo especializado, calificó a la "araña" como la porción interior de la rueda del auto que está conectada al auto a través de una tuerca con su perno. Las 20 partes de ajuste que conectaban a la "araña" con la llanta, aparecían retiradas. La "araña" mostraba signos de haber sido arrastrados hacia el piso, observándose una larga abolladura y la llanta con un corte de cinco pulgadas que habían afectado inclusive, la parte interior del tubo que une la llanta con la araña. Este era el típico caso en el que no había evidencia, directa o circunstancial que probara con exactitud que clase de defecto podía imputarse a lo ocurrido, esto es, si se trataba de un problema de fabricación o de diseño pudiendo indicarse que el demandante no ofrecía pruebas para demostrar que el producto no funcionó de acuerdo a las razonables expectativas de uso. Cuando se mostró que el producto falló al ofrecer una razonable expectativa del consumidor, la inferencia aludía a diversas causas sin relacionar lo ocurrido con la expectativa del consumidor en ese caso, no pudiendo el jurado, pasar a completar las omisiones por las que se pudiera establecer lo que una persona promedio, con una experiencia personal en el tema, espera de acuerdo a las circunstancias. Presumimos que la discusión pudo darse en que, la piedra pudo haber sido realmente grande, pudo darse un uso inadecuado del vehículo, inclusive una manipulación por terceros o por el mismo demandante. No se estableció, en todo caso, elementos que pudieran permitir formar las expectativas. Al no proporcionarse opciones al jurado, éste tendría que haber actuado de manera instintiva lo que,

253. *Ob. Cit.*, p. 126.

254. *Ob. Cit.*, p. 244.

255. *Ibidem*, p. 244.

según Henderson y Twerski, tornaría la responsabilidad estricta en una responsabilidad absoluta (256).

La argumentación fue presentada refiriendo si la "expectativa del consumidor" debería ser tratada para los propósitos del jurado, de la misma manera que la negligencia. En este sentido, se ratificó en el fallo, que las apreciaciones en torno a la negligencia, giran en torno a cuan correcta o equivocada fue la conducta de una persona. Pero en el ámbito del área de responsabilidad por la defectuosidad de los productos, las cortes deciden cuan fuertes deberían ser los productos al ser utilizados o consumidos de acuerdo a la expectativa de un consumidor. Decidiendo cuan razonable es la expectativa de un consumidor, el jurado no puede decidir cuan fuerte es el producto. Sin referencia a lo ocurrido con el producto, al costo de la posibilidad de diseño (lo que revela que aún en este supuesto, no es ajena la revisión de los costos y beneficios) y la fortaleza del producto, en líneas generales, sin referencia relevante de los hechos, el jurado no tiene calificación especial para decidir qué es razonable. Para conformar la expectativa, debería darse una evidencia que permita soportar la inferencia que debe ser realizada sobre el caso en particular. El caso tuvo un voto que llamaríamos en discordia de O'Connell J. quien señaló que bajo la posición del demandado, en la teoría de la responsabilidad estricta, se debería considerar aplicable a cualquier persona dañada como resultado de una exposición propia a la suerte y la razonable relación de las capacidades de un producto mostradas por el vendedor, no es razonable sugerir que un producto que se vende argumentando que es sólido, robusto, construido como un camión, pueda estar sometido a situaciones como la indicada y que, ante un impacto, se produjera el resultado indicado. Lo que pide el demandante, es que la intervención judicial, tome en cuenta el conocimiento común de las personas o la comunidad que posee una inteligencia promedio (257). Aparentemente, la mayoritaria opinión se relaciona a la ausencia de prueba pero se presentaron hechos que podrían haber sido utilizados. El primer punto es ratificar que los fabricantes deben construir sus ruedas con suficiente durabilidad y fuerza para soportar una piedra de una pulgada pues ello es un obstáculo común en las autopistas. Un comprador razonable puede esperar esto siendo evidente que no es lo mismo recibir una piedra como la indicada que una de dos pies de diámetro. El consumidor esperaría un resultado distinto en dicho caso. Pero es necesario marcar una línea y esa debe ser marcada por el fabricante en cuanto a lo que sea razonablemente previsible dependiendo, además, de las representaciones que son hechas por los fabricantes respecto de la durabilidad del producto. La conducta de los fabricantes debe ser medida contra el estándar de razonabilidad pero con cargo a la previsibilidad. En este sentido, el jurado está equipado para juzgar la razonabilidad de la conducta del demandado con cargo a indagar sobre si ha actuado de manera negligente. Se debe concluir en todo caso, que conforme al *Restatement (Second) of Torts* 402^a. p. 352 (1965).

Con un desarrollo posterior a Shapo, el profesor Douglas A. Kysar propone, en un artículo titulado "las expectativas de los consumidores", publicado en 103 Colum. L. Rev. 1700, 1763 del año 2003 (258), variaciones al test de las expectativas del consumidor basadas en lo que, en su opinión, realmente espera el consumidor a diferencia de lo que tiene derecho a esperar, aludiendo a que el consumidor por lo general espera menos de lo que debe esperar. Kysar argumentó que buena parte del juicio que realiza el ser humano y la forma en la que se toman las decisiones se centran o focalizan en la manera como el individuo percibe y procesa la información con cargo a los riesgos. Compartimos esta última perspectiva. Es un concepto que envuelve probabilidades o la forma en la que se produce la estimación de los daños. Para los especialistas, la percepción del riesgo es compleja y cargada de numerosas variables. Estos factores no aparecen en el modelo básico de costo beneficio. Reviste cierto interés, los comentarios del Profesor Douglas A. Kysar, quien menciona que la aplicación de la doctrina de las expectativas del consumidor, no consiste en un largo proceso carente de guía y formas que los que han comentado las reglas, han fijado. Los jurados deben estar a cargo del objetivo de determinar, específicamente, con los hechos, que nivel de seguridad reclama un consumidor ordinario y al proceso de juzgar que desarrolla el ser humano como la forma de tomar las decisiones identificando lo pertinente del proceso de comprensión del público y de sus creencias sobre el riesgo. Se trata de llegar a un balance en el uso del análisis de riesgo-utilidad.

Para Henderson y Twerski, el *Restatement of Products Liability* propone un único test para el defecto también cuando se recurre a la garantía implícita. Resaltan la aplicación del Código

256. *Ibidem*, p. 245.

257. *Ibidem*, p. 246.

258. KYSER, *The expectatios of Consumers*, 103 Colum. L. Rev. 1700, 1763 del 2003. También citado por Hendersen y Twerski, *Ibidem*, p. 247.

Comercial Uniforme. Se reconoce que algunas cortes vienen aplicando el test de la expectativa del consumidor para defectos de diseño y advertencia inclusive, en aquellos casos que involucran la garantía implícita, planteándose que el indicado *Restatement*, contempla un cuerpo normativo bien estructurado para regular la responsabilidad ante el daño a las personas o su propiedad (259). En Mayo de 2003, la Conferencia Nacional de los Comisionados para el Derecho Uniforme de los Estados y el American Law Institute, propusieron y aprobaron, en los Estados Unidos de América, una nueva versión del artículo 2 del Código Comercial Uniforme (260).

Bajo este contexto, adquiere particular relevancia, la figura de *hombre razonable* (categoría que se aplica al consumidor), pese a ser el resultado de una construcción laboriosa del derecho común de Inglaterra de carácter más bien mítico (pues para algunos, es un ideal y hasta una norma, la materialización de todas las cualidades que convienen demandar del buen ciudadano), siendo aquel que “siempre piensa en los demás; la prudencia es su guía” (261). Este concepto anglosajón guarda relación (más no identidad) con el construido bajo el sistema romanista, del “buen padre de familia”. Ambas proyecciones pretenden aludir a aquellos *estándares* de prudencia y diligencia deseables para confeccionar un “cuadro” de conductas anheladas por un grupo social como ideal para la convivencia pacífica. Sobre el tema, retornaremos más adelante.

Rojo y Fernández-Río, manifestó que las expectativas del consumidor, representaban una percepción subjetiva del usuario o consumidor por el que no todo producto tendría el carácter de defectuoso “sino solo aquellos cuya concreta virtualidad dañosa no puede razonablemente esperarse”, emitiéndose un juicio de valor respecto de las “ordinarias condiciones” del producto por parte del citado consumidor. No creemos que se deba considerar percepciones subjetivas en términos de lo que cada sujeto siente respecto de la seguridad del producto. Se trata de consideraciones de naturaleza general u objetiva que se condensan en el grupo al que se dirige el producto que deben poder ser transmitidas como representaciones de sentido común. No obstante sugerir una visión más subjetiva que objetiva del tema, diversos aspectos de las ideas de Rojo y Fernández-Río, no dejan de tener vigencia al aludir a un patrón general y de determinación que, en última instancia, hará el juez; dicho jurista señalaba que el concepto de las expectativas del consumidor, debe obtenerse en relación con un parámetro: el de la normalidad considerada en su conjunto la misma que genera la violación de un deber de “diligente fabricación” o de manera más específica, con uno “de seguridad en el tráfico comercial” cuya determinación se produce en el terreno jurisprudencial (262).

Como bien dice Solé y Feliu, tales precisiones no existían en el derecho de los Estados Unidos de América lo que agravó el problema (263). Sin embargo, precisa que el hecho de reconocer que la valoración debe ser objetiva, no conduce a una determinación definida sobre las expectativas, aspecto que, en todo caso, descansa en la autoridad judicial. Los críticos del test, aluden a que ello podría permitir que sean las apreciaciones, ya no del consumidor, sino las del propio Juez, las que, de manera subjetiva y hasta arbitraria, primen al atender un caso. En este sentido, la interpretación sobre la percepción del consumidor, podría comprender razonamientos que no son objetivos lo que puede ser injusto para el consumidor como para el proveedor. Sin embargo, ese es un riesgo en cualquier contexto pues podría estar presente también, un análisis antojadizo del test de costo-beneficio.

Además, para algunos, el test de las expectativas del consumidor, impediría que las víctimas que tienen conocimiento del defecto o el peligro creado por el producto, obtengan una indemnización ya sea por ser aparente y obvio el defecto o por haber sido adecuadamente informadas del mismo. La discusión deberá atenderse en el caso concreto pues si, lo que se pretende es crear los incentivos para un cuidado razonable del consumidor, no se explica que éste pretenda ser resarcido por una actitud poco razonable e inclusive, por no atender las advertencias sobre el uso o consumo del producto. Una última crítica se relaciona al hecho de que, bajo el test, podría concluirse en declarar defectuosos productos como medicamentos muy beneficiosos para la

259. *Ibidem*, p.p. 257 y 258.

260. *Ibidem*, p. 258.

261. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Ob. Cit.*, p.p. 383 y 454 y 455.

262. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, p.p. 195, 196, 197 y 198. Se cita por ejemplo, un caso conocido como del *pan envenenado de Pont-St. Esprit* en la jurisprudencia francesa por el que el pan, que en condiciones normales no tiene nada de peligroso, adquiere tal calidad cuando se fabrica con sustancias tóxicas.

263. *Ibidem*, p. 127.

sociedad, pues hay efectos secundarios desconocidos tanto por el consumidor como por el fabricante.

Creemos que en este caso, el tema a discutir será analizar sobre quien debe descansar el peso de tales riesgos y, de la misma manera, cuan previsible han sido determinados efectos y las razones por las que no han sido analizados por el proveedor al momento de poner el producto a disposición del consumidor.

Por último, la crítica final sería aquella denominada presupuesto falaz o *fallacious assumption*, por la que, se parte de que el consumidor conoce lo que compra y por ello, tiene siempre expectativas reales respecto de lo que adquiere. Sin embargo, es obvio que ante productos novedosos o sofisticados, se tiene una expectativa general de seguridad y se carece de una expectativa específica de seguridad sea por no haber recibido la información de manera correcta o por ser ésta muy técnica y compleja. Debe agregarse a ello, que no siempre el producto ataca con su defectuosidad o causa daño a quien recibió la información sino a otros como los *bystander*, los cuales terminan afectados y, bajo una noción restrictiva de la expectativa, podrían ni siquiera saber del producto que los ha dañado. Aunque existe una expectativa general de seguridad sobre los productos de mercado, una visión restrictiva de la expectativa, conduce, sin duda, a estos resultados que impactan en la legítima expectativa. Ante tales problemas, el Derecho comparado recurrió al test de riesgo-beneficio.

Los aspectos críticos de este test, se sitúan, para los que lo objetan, en su falta de claridad sobre el modelo a considerar en cuanto a considerar al consumidor medio o a la víctima particular que ha sufrido el daño. Como vimos, ya ha habido un análisis en el Derecho angloamericano concluyéndose en la necesidad de desestimar el punto de vista subjetivo. El fabricante no puede fabricar un producto para la representación mental y la expectativa que construye cada consumidor pues eso generaría una diversidad de criterios imposible de contemplar. De hecho, subraya Solé y Feliu (264), que la Directiva y la Ley española optan por un modelo objetivo que no se refiere a la valoración de la expectativa del consumidor medio sino a lo que espera la colectividad o el público en general. Ello por la formulación objetiva y abstracta de la misma regulación y por la referencia a todas las circunstancias, enumerando los tres aspectos que señala el artículo 6° de la Directiva, con una clara vocación objetiva.

Conviene recordar, en este sentido, que la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país realiza una descripción similar a las circunstancias especificadas en la directiva europea, aludiendo a lo que se puede considerar expectativa u ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho.

Queda claro, en todo caso, que hay referencias a la noción de expectativas del consumidor en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país lo que ha sido ratificado por las resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi. El tema es que, como concepto que todavía, puede ser analizado en forma profunda, admite teorías que centren el tema en el consumidor como persona humana, tomando en cuenta el complejo proceso que actualmente, supone la fabricación y colocación masiva de los productos en el mercado, proceso que recurre, sin embargo, a la forma de procesamiento de la información y de cognición del ser humano, a su razonabilidad para colocar el producto y motivar el consumo o el uso de los productos. Bajo tal premisa, es lógico considerar que el Derecho retorne a la esencia del proceso, pero sobretodo, considere como eje de análisis, a la persona humana para fijar las reglas de la relación con el producto y con su propia seguridad.

Para Solé y Feliu, en ningún caso, es posible identificar o confundir las legítimas expectativas del consumidor con el test de expectativas del consumidor, dada la amplitud de juicio global y valoración conjunta que aporta el primero de los conceptos indicados. Resulta indudable, sin embargo, la conexión teórica que hay entre el test y la concepción de las legítimas expectativas o el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho de acuerdo a lo expresado por el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor.

Henderson y Twerski (265), en torno a este test, explican que el *Comment g* a 2(b) del *Products Liability Restatement* rechazan que el test de las expectativas del consumidor deba ser considerado como único criterio existente o el único aplicable para los defectos de diseño. Como parte de las consideraciones generales, bajo la Subsección b), no constituye, éste, un estándar independiente para juzgar la defectuosidad de los diseños. Agregan estos autores, que las cortes frecuentemente, confían, en parte, en las expectativas del consumidor cuando se discute la

264. *Ob. Cit.*, p. 127.

265. *Ob. Cit.* p. 254.

responsabilidad bajo otras teorías de responsabilidad. Algunas cortes, por ejemplo, utilizan el término de “razonable expectativa del consumidor” como un equivalente de la “prueba de un razonable y seguro diseño alternativo” a partir del derecho que tienen los consumidores razonables, a esperar que el diseño de los productos sea conforme a un estándar de razonabilidad de conformidad con la Subsección (b); Otras cortes, permiten inferir que el defecto se revela cuando el incidente es de tal tipo o naturaleza que ordinariamente habría ocurrido como resultado de un producto defectuoso, observando que los productos que fracasan en dar seguridad, cuando se consumen de acuerdo al uso para el cual fueron propuestos, de manera manifiesta, decepcionan las razonables expectativas del consumidor (266). Los referidos juristas, subrayan que, no obstante lo indicado, las expectativas del consumidor no juegan un papel determinante para probar la defectuosidad, cuando se propone un diseño alternativo que podría ser implementado por el fabricante a un costo razonable, o cuando una alternativa de diseño podría proveer de mayor seguridad general. Pese a ello, es un hecho que las expectativas del consumidor sobre el funcionamiento del producto y los peligros, atendiendo al uso del producto, afectan la percepción de los riesgos y da cuenta de la previsibilidad y frecuencia de los riesgos de daño, aspectos que son relevantes bajo la Subsección b). Las expectativas son, a menudo, influenciada por la forma en la que los productos son mostrados para su venta o sometidos al proceso publicitario, y ello puede tener un impacto significativo en la conducta de los consumidores. Bajo tal premisa, aunque las expectativas del consumidor no constituyen un estándar independiente para juzgar la defectuosidad en el diseño de un producto, ellas pueden tener una sustancial influencia e inclusive, ser el elemento que de manera final, determine en un balance que juzgue el riesgo-utilidad, la omisión en la propuesta de un diseño alternativo lo que hace que el producto no sea razonablemente seguro.

Los referidos autores norteamericanos (267), aluden a que, un temprano rechazo al test de las expectativas del consumidor, puede ser hallado en *Turner versus General Motors Corp.*, 584 S.W. 2d 844 (Tex. 1979). En este caso, el demandante sufrió serios daños cuando, en 1969, su Chevrolet Impala Sedan se volcó al desviarse para evitar chocar con un camión. El auto rodó más de una vez, chocando el techo de la cabina, hacia la esquina del conductor mientras se golpeaba contra el pavimento. Aunque el cinturón de seguridad del asiento se hallaba colocado, el demandante sufrió la fractura de una de sus vértebras y quedó paralizado. Planteada la acción, el demandante alegó que la estructura del techo del auto, había sido inadecuadamente diseñada para el caso de una volcadura múltiple. La corte en este proceso, utilizó la ocasión para manifestar su insatisfacción por el test de las expectativas del consumidor, reiterando su crítica pues ellas serían más duras en función de la experiencia de los jurados. En este sentido, los citados Henderson y Twerski, no explican cómo concluyó el caso, pero advierte que lo que más hizo la corte fue criticar el test de las expectativas del consumidor. Para estos efectos, también resulta posible recurrir al análisis de lo ocurrido en los casos *Bilotta versus Kelley Co.*, 346 N.W.2d 616 (Minn. 1984), *Wright versus Brooke Group, Ltd.*, 652 N.W. 2d. 159 (Iowa 2002) en donde se ratifica la crítica al test. Las expectativas del consumidor, habrían generado fogosas discusiones en el terreno académico. Sobre el particular, el profesor Page Keeton, señaló que es poco claro hasta cuanto puede conocer el fabricante del razonable cuidado o la extensión del razonable ejercicio de un ordinario cuidado, o el riesgo del azar que los usuarios podrían no descubrir o apreciar (268). En esa misma línea argumentativa, se expresa Mary J. Davis, expresando que la crítica más importante al test de las expectativas del consumidor, es aquella que muestra, en el caso de los defectos de diseño, la dificultad definir exactamente, qué puede esperar o qué expectativa puede tener un consumidor ordinario de las características técnicas del diseño de un producto; cuando los consumidores abordan un nivel de seguridad, hay dificultades para medir el nivel de criterios de diseños. En el caso de que el producto utilice un metal, cabe preguntarse si el consumidor estará en condiciones de determinar si éste deberá ser más o menos duro o resistente (269).

266. *Ibidem*. p. 254.

267. *Ibidem*. p.p. 254 y 255.

268. Se puede revisar KEETON, Page, *Products Liability-Design Hazards and the Meaning of Defect*, 10, Cumb. L. Rev. 293, 310 (1979) recogida también por HENDERSON y TWERSKI, *Ibidem*. p. 255.

269. DAVIS, Mary J., *Design Defect Liability: In search of a Standard of Responsibility*, 39 Wayne L. Rev. 1217, 1236-1237, 1993, comentarios recogidos también por HENDERSON y TWERSKI, *Ibidem*. p. 255.

Pero hay casos en los que tales expectativas pueden constituir una especie de “escudo” contra la imposición de responsabilidad para el mismo fabricante. Y este caso es indicativo de lo manifestado, revelándose un criterio que compartimos. La discusión que hay en torno al uso de las armas de fuego en los Estados Unidos de América, en su conexión con el concepto de *expectativa del consumidor*, se puso en evidencia en *Halliday versus Sturm, Ruger & Co., Inc.* 792 A. 2d 1145 (Md. 2002). El caso (270) está referido a la trágica muerte de Jordan Garris en junio de 1999. La madre del fallecido, demandó al fabricante del arma como responsable de la muerte de Jordan. La Corte del Circuito de la Ciudad de Baltimore, no halló responsabilidad. Una dividida Corte de Apelaciones ratificó el fallo. Creemos que había argumentos para ello según pasamos a exponer. El arma en cuestión, era una Pistola Semiautomática *Ruger P89*. Para hacer fuego con la misma, de acuerdo a las indicaciones contenidas en el manual, se jalaba un dispositivo de seguridad del gatillo colocando la pistola lo más lejos que se podía del cuerpo y de forma directa a la posición del objetivo. El padre de la víctima adquirió el arma en marzo de 1999 de *On Target Inc.*, una tienda que vendía armas al minorista, ofreciéndose de manera gratis, un curso de seguridad al que no asistió el comprador. La propaganda del curso, aludía a las precauciones que debían adoptarse en cuanto al uso del arma de mano por parte de los jóvenes, con revistas en torno al tema, publicada por la Oficina Federal de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego. El manual de instrucciones, proporcionaba también, numerosas instrucciones advirtiendo que las lea antes de usar el arma. En grandes letras rojas, se colocó la advertencia de que el arma debería ser guardada en un lugar seguro y cubierto, especificándose reglas básicas cuando no se utilizaba el arma, ratificando que se tuviera cuidado con permitir el acceso a los niños sin el cuidado de los adultos. Inclusive, se advertía de colocar el arma en cabinas o zonas especiales cuando no se utilizara, fuera de la vista de los visitantes y los niños. El propietario del arma debía quedar como responsable del arma asegurándose que no accedieran al bien, sus municiones y componentes, niños y personas ajenas al uso familiar de las armas de fuego. El señor Garris recibió la información del vendedor de la comercializadora del arma la que explicó lo que dice el manual, el nivel de seguridad y de acción del arma. El *Youth Hand-Gun Safety Act Notice*, advirtió a Garris, de las consecuencias del mal uso de las armas de fuego, las cuales (según se indicó en grandes letras, colocadas como titulares) pueden incrementar los riesgos de la violencia juvenil y las fatalidades que se pueden generar por el acceso de los niños a las mismas, debiéndose colocar o almacenar en lugares seguros que impidieran el acceso ilegal de las armas de fuego por los jóvenes, parando los accidentes y salvando vidas. Pero Garris desatendió prácticamente todas y cada una de las advertencias en cada oportunidad que tuvo. No guardó el arma en el lugar propuesto, ni las indicaciones, permitiendo que estuviera bajo acceso de Jordan, quien halló el arma. Pudo revisar la forma de manejarlo y mientras veía televisión, manipuló el arma tratando de aprender a manejarla con sus balas, se disparó a la cabeza y murió dos días después del accidente. Solo tenía tres años de edad. La demandante alegó que el bien era defectuoso e irrazonablemente peligroso pues su diseño fallaba al incorporar razonables accesorios para prevenir su uso por los niños pequeños como un pestillo de seguridad o un pesado tirador del gatillo que representara una resistencia natural para un niño, o un accesorio resistente que pudiera ser colocado o un accesorio adicional al gatillo, y, en general, todo aquello que impidiera que un niño pequeño pudiera manejar con facilidad el arma. La información mostrada, resaltó que 1,641 niños con edades por debajo de los diez años, han muerto entre 1979 y 1996, por lo que resultaba previsible para los fabricantes, que debían incorporarse mayores controles por la facilidad de manipulación manual de estas armas por niños muy jóvenes aclarando que los fabricantes conocen de esto, razón por la que han desarrollado accesorios a prueba de niños. La empresa demandada respondió con una moción o alternativa al proceso sumario, basado en una afirmación en cuanto a que en materia legal, el arma no involucraba una condición defectuosa ni un irrazonable daño pues fue utilizada en forma totalmente contraria a todas las advertencias claramente proporcionadas y especificadas que acompañaban al producto cuando éste fue vendido lo que representaba un *mal uso o misused* del producto. Presentó tanto la declaración del vendedor, el manual de instrucciones y las recomendaciones dadas al señor Garris. El arma no tuvo un mal funcionamiento ni de acuerdo a su fabricación, al diseño o advertencias. No fue usada de acuerdo a la explicación dada y el accidente se produjo por las fallas del Sr. Garris, quien no respetó las claras advertencias. La parte demandante trasladó la discusión al uso por parte del niño aludiendo a que era inconsistente tener en cuenta el funcionamiento apropiado de un arma que está diseñada para que pueda ser manejada o disparada por un niño. Lo que para el demandante debía prevalecer, es que el arma

carecía de controles de resistencia para el uso del niño lo que arma fuera previsiblemente peligrosa para un pequeño niño, debiendo ser previsible que personas como el Señor Garris, no tuvieran atención al adoptar las precauciones y cuidar de colocar el arma en un lugar seguro. Mostró la parte demandante, estadísticas de un profesor del John Hopkins School of Hygiene and Public Health quien comentó los casos producidos por el uso de las armas y explicó que las estadísticas muestran que un alto número de propietarios de armas tiene accidentes y muertes de los niños, por accidentes en casa en donde los propietarios son descuidados con la colocación de las armas en la forma recomendada y lo hacen de manera insegura. La demandante además, insistió en que existía un diseño defectuoso considerando un reclamo de responsabilidad estricta, por lo que la Corte debería aplicar el análisis del riesgo-utilidad en lugar del test de las expectativas del consumidor (que obviamente no le convenía), tomando en cuenta que el riesgo de omitir la representación de la seguridad hacia los niños, se hallaba fuera de toda utilidad y que, además, el costo del accesorio de seguridad habría sido adecuado en términos económicos. En términos generales, el tema central era que el demandante diseñó erróneamente el arma de tal manera que un niño de tres años, pudo dispararla. La Corte rechazó este argumento señalando que de acuerdo a la regulación de Maryland, el análisis de riesgo-utilidad solo se utiliza cuando un producto revela un mal funcionamiento y ello no había ocurrido en esta arma. En la apelación, se utilizó como argumento, que el test de riesgo-utilidad, no aplica a un producto, incluyendo un arma, que no falla en su uso sino también cuando es utilizada exactamente como se supone que debe ser operada. La conclusión es que queda claro que no hubo un mal funcionamiento del arma pues ella funcionó exactamente como fue diseñada y de acuerdo al uso proyectado o dirigido y como un consumidor ordinario debería haber esperado que funcionara o trabajara. El arma es un bien permitido legalmente y en tal condición fue vendido. Lo que ocurrió en este caso, es decir, la causa de la tragedia, fue la falta de cuidado del padre de la víctima, el pequeño Jordan a quien se le dejó el arma con las municiones en un lugar en el que el niño fue capaz de alcanzarlo en contravención con lo que, inclusive, establece el sentido común, no obstante recibir numerosas advertencias de ello dadas al padre de Jordan, al momento de la venta. La cautela debía ser un elemento fundamental y aunque, como señalan Henderson y Twerski cuando citan las conclusiones de esta sentencia (271), dada la controversia que aún continúa en torno al uso del *Restatement (Third)*, se consideró apropiado respetar la elección de la Legislatura respecto de dicha normativa. Se reafirmó el fallo de primera instancia con los costos que ello significó para el demandante. Los citados Henderson y Twerski, ratifican que aunque muchos consideran que en los Estados Unidos de América, el test de las expectativas del consumidor pueden ser más útiles a los consumidores, se ha observado que las cortes lo utilizan con mayor frecuencia para denegar las peticiones que para admitirlas en los casos en los que hay obvias posibilidades de que se produzcan daños.

No podemos dejar de considerar que el régimen de jurados también muestra relación directa con las observaciones al test de las expectativas del consumidor pues es evidente que muchas veces, será el criterio de éstos y no el de un consumidor hipotético, razonable u ordinario, el que prime para la definición final del caso. Aunque este análisis también es válido en nuestro sistema pues el Juez puede terminar imponiendo más su criterio que el del razonable consumidor, es notorio que al procurar la medición de lo que el consumidor ha esperado del producto a partir de la información transmitida o la que debía prevenirse que se asumía como válida en el ámbito de la seguridad, puede permitir asignar controles por la seguridad, a las dos partes comprometidas en un caso de responsabilidad civil por productos. Desconectarse totalmente de lo que el consumidor percibe como seguridad en torno al producto, puede significar depender absolutamente, del manejo técnico que realiza el productor o comercializador del producto, colocando al consumidor en una posición pasiva que no es ideal en ningún supuesto. No se puede dejar de advertir que en el proceso complejo de fabricación y colocación de productos, se realiza un proceso de análisis de las expectativas del consumidor, lo que permitirá valorar y colocar el producto en la posición ventajosa que espera el fabricante o comercializador. Éstos últimos, se aprovechan de este estudio para inducir al consumidor a consumir su producto siendo artificial que se pretenda dejar este juego y análisis fuera del proceso de evaluación de la responsabilidad. Compartimos el criterio por el que puede mantenerse el análisis de otros factores pero sin descuidar este elemento valioso de acuerdo al caso.

2.2.2.2.3.3. La utilización del "test de las dos puntas" o "The two-prong standard" y otras teorías.

La posibilidad de tomar en cuenta un doble análisis que, con carácter alternativo, considere el test de las expectativas del consumidor y por otra, el test del riesgo-utilidad, es algo que ha sido planteado por primera vez, en un caso resuelto por el Tribunal Supremo de California en enero de 1978, por un presunto defecto de diseño. La sentencia, dictada en los seguidos por *Barker versus Lull Engineering Co. Inc.*, generó una tesis denominada de "las dos puntas" o "two-prong test". De manera previa, se había dictado por el mismo Supremo Tribunal de California, en 1972, una sentencia en *Cronin versus J.B. E. Olson Corp.* En este caso, se declaró que el criterio de defectuosidad planteado por la Sección 402 A del *Restatement (Second) of Torts*, basado en el carácter irrazonablemente peligroso de un producto, no era compatible con la responsabilidad estricta. Para la Corte, la peligrosidad razonable era propia de un sistema de responsabilidad por culpa. Pero no se brindó una definición alternativa de defecto. En la sentencia *Barker versus Lull Engineering Co. Inc.*, no solo se presenta una crítica al fallo antes citado, sino que se reconoce la dificultad para crear reglas absolutas para cualquier caso lo que es más notorio en los defectos de diseño que de fabricación. En este caso, el demandante sufrió los daños mientras manejaba un ascensor de carga fabricado por la demandada. El diseño del cargador, permitía el equilibrio de la carga aunque la máquina estuviera en superficies irregulares o con cierta pendiente. Para nivelar la carga, se requería de una palanca situada cerca de la columna de mandos, entre las piernas del operador. La palanca iba equipada con una cerradura manual para evitar que la carga se deslizara durante la manipulación. Pero el ascensor no llevaba ni cinturones de seguridad ni barra de protección que protegiera al operador en caso de volcadura aunque sobre el asiento del mismo; como previsión en caso de caída de algún objeto, se había colocado una especie de jaula para el conductor. El día del accidente, no se hallaba el operador habitual por lo que fue designado el demandante para manipular la carga pese a que éste, solo había manejado la máquina de manera esporádica y tenía pocas instrucciones sobre el uso de la misma. Además, la operación era complicada pues la superficie del terreno era irregular. Mientras se realizaba la manipulación, el demandante sintió algunas vibraciones, advirtiendo las personas que se hallaban cerca de la máquina, que la carga estaba cayendo. En ese momento, gritaron al operador para que salte de la máquina. Mientras éste lo hacía, y estando fuera de la jaula, cayó del cargador, una pieza de madera de una altura de entre diez y dieciocho pies, que golpeó al demandante causándole graves daños. La víctima alegó la defectuosidad de diseño de la máquina considerando lo siguiente: la base resultaba relativamente estrecha; el cargador era inestable y mostraba una tendencia a volcar cuando la carga se elevaba a una altura considerable, que fue lo que ocurrió el día del accidente. Para compensar la indicada inestabilidad, la máquina tenía unos brazos mecánicos a cada lado, cada uno de los cuales podría ser utilizado para ofrecer estabilidad. Pero se indicó en el proceso, que el cargador no estaba equipado ni con soportes laterales exteriores, cinturones de seguridad, barra protectora y medidas dispuestas para proteger al operador. La falta de tales accesorios o medidas, podía considerarse como causa próxima del daño. El demandado negó el carácter defectuoso del aparato, atribuyendo el accidente a la inexperiencia y falta de pericia de la víctima, afirmando, además, que el aparato no era inestable si se empleaba en el terreno para el cual había sido diseñado aún cuando no se usaran los soportes exteriores. Por otro lado, mencionó que el cinturón de seguridad habría incrementado el peligro al impedir que el operador abandonará de manera rápida el cargador en caso de emergencia (272). El tribunal planteó un análisis referido a que será defectuoso un producto, cuando no ofrezca la seguridad que esperaría un consumidor normal pese a que el producto haya sido utilizado conforme al uso para el que se diseñó o al razonablemente previsible, o si la víctima prueba que la causa próxima del daño, ha sido el diseño del producto y el demandado no puede demostrar, a la luz de los factores relevantes, que en la valoración de los beneficios derivados del diseño alternativo, éstos son mayores que el riesgo inherente al diseño (273). Se sugiere entonces, un criterio que considera el test de las expectativas del consumidor como una versión actualizada de la garantía implícita. Si el consumidor perjudicado puede demostrar que la seguridad del producto no corresponde con la que esperaría un consumidor normal u ordinario, el producto será defectuoso y el fabricante será responsable de los daños con arreglo a la responsabilidad estricta. Sin embargo, si no puede probar que la seguridad que ofrece el

272. *Ibidem*, p. 150.

273. *Ibidem*, p. 151.

productor es inferior a la que espera un consumidor normal o a las expectativas normales del consumidor, el producto podrá ser declarado defectuoso si en un balance de riesgo-beneficio, el demandado no puede demostrar que los beneficios derivados del producto, son superiores a sus riesgos. Esta opción, permitiría que los casos en los que el consumidor desconoce la seguridad que puede esperarse de un producto, por ejemplo, para los casos de defectos de diseño, pueda recurrir a un segundo criterio. La expectativa del consumidor sería un paso previo para demostrar la responsabilidad no siendo un límite, al permitirse recurrir a un segundo test. Además, habría una inversión de la carga de la prueba, que debe ser levantada por el demandado lo que es reconocido a través de este fallo. Ya que el régimen de responsabilidad estricta supuso una facilitación del elemento probatorio, se cumpliría tal premisa quedando lo relativo a la prueba de la causalidad próxima, vigente como criterio básico, en el sistema imperante los Estados Unidos de América. El tema ha generado, sin embargo, diversas críticas (274). Se argumenta que con tal *test*, hay un retorno a la negligencia; pero el modelo se objetiviza por su necesaria relación con el producto y no con la conducta del demandado.

Inclusive, se ha señalado que hay otros criterios híbridos que fijan un estándar único, sencillo y autónomo en cuya virtud, las expectativas del consumidor se determinan mediante varios factores de riesgo y utilidad (275).

No se puede dejar de advertir cierta confusión en la forma de resolver de algunas de las cortes en los Estados Unidos de América. En este sentido, Henderson y Twerski mencionan estándares dotados de cierta idiosincrasia en la determinación de los defectos de diseño por parte de ciertas cortes que, en los Estados Unidos de América, que han decidido avanzar “solos” sobre lo que asumen como defectos (276). Se puede considerar, por ejemplo, lo ocurrido en la Corte Suprema de Pensilvania en *Azareello versus Black Bros. Co.Inc.*, 391 A. 2d 1020 (Pa. 1978) en donde se aludió a que el jurado se debía pronunciar respecto a que un productor es efectivamente, el garante de la seguridad de su producto (*guarantor of his product's safety*), apuntando a un confuso concepto sobre lo que es irrazonablemente peligroso, según las políticas de la sociedad. Este fallo ha sido ásperamente criticado por permitir excesiva discrecionalidad y la ausencia de límites al jurado para decidir el sometimiento del Derecho a las políticas “sociales”.

A ello debe sumarse, en el Derecho de los Estados Unidos de América, deberes especiales que imponen problemas en los litigios por diseños, los que llevan a atender los incentivos o desincentivos que se pueden dirigir hacia el mercado. Entre estos particulares temas, se halla la necesidad de decidir en la aplicación de la jurisprudencia conocida como *marked share liability* utilizada en los casos de daños masivos como en *Hymowitz versus Eli Lilly & Co.* (73 NY 2d 487, supra) y otros citados en la primera parte de esta investigación. En estos casos, ha habido una modificación de las nociones de deber, responsabilidad y causalidad hacia la evolución e inclusive, la exploración de nuevas técnicas de protección de las víctimas (277).

Los citados Henderson y Twerski nos presentan, como parte de aquellos casos particulares con relación a la causalidad, un litigio en torno a una desgracia nacional (278): *In re September 11 Litigation*. 2003 WL 22077747 (S.D.NY). La demanda fue iniciada por algunos de los herederos de quienes fallecieron contra la empresa fabricante de los aviones Boeing. Se alegó que el secuestro de los pasajeros que abordaron el avión de American Airlines vuelo 77, que se estrelló contra el Pentágono así como los del vuelo 93 de United Airlines que chocaron en los campos de Shanksville, Pensilvania, en la mañana del 11 de setiembre de 2001, se produjo al ser éstos defectuosos por permitir, las puertas de la cabina de los pilotos, la invasión de secuestradores y con ello, que éstos tomaran el control de la nave, matando a sus ocupantes y a otras personas. La Boeing respondió a la demanda, rechazándola.

Para los demandantes, el fabricante es responsable bajo la responsabilidad estricta y bajo un negligente diseño de la puerta de la cabina del piloto que sometió a las víctimas a un peligro irrazonable; la empresa fabricante debió prever o prevenir ataques de este tipo, colocando seguros para impedir que los secuestradores o cualquier pasajero accedieran a la cabina. Se alegó una brecha en el deber de cuidado de la Boeing, violando las expresas e implícitas garantías con la estructura y marco de la nave en cuanto a la puerta de la cabina, pues no servían para los propósitos para los que fueron diseñados, atendiendo al uso proyectado. La Boeing respondió a las demandas referidas al diseño negligente y la brecha en la garantía, en cuanto a que no faltó a

274. *Ibidem*, p. 152.

275. *Ibidem*, p. 152.

276. *Ob. Cit.*, p. 280.

277. *Ibidem.*, p.p. 298 y 299.

278. *Ibidem.*, p.p. 300 a 303.

ningún deber referido a prevenir el uso de la nave como un arma aludiendo a que lo ocurrido se debe a los independientes y sobrevinientes actos de los terroristas que son los que causaron el daño a los demandantes. Según resalta la demandada, es necesario que la parte demandante alegue la existencia de un deber legal, la violación del mismo y la causa próxima del daño resultante, recurriendo a lo ocurrido en otros casos como *Marshall versus Winston*, 389 SE 2d 902, 904 (Va. 1990) en donde el demandante debe invocar la ley de Virginia de la garantía implícita. Se apuntó como cuestión a si el mal uso dado al producto fue previsible, habiendo los cortes enfatizado en otros fallos, que tales determinaciones requieren de un cuidadoso examen de los registros. La Boeing argumentó que el diseño de la cabina no era irrazonablemente peligroso en relación con el riesgo razonablemente previsible no siendo posible prever una acción como la indicada, por parte de los terroristas secuestradores, los que causaron el daño. Pero la demandada no habría podido sostener lo relativo a lo que los registros revelaban pues en este sentido, se habían dado numerosos intentos de los secuestradores de aviones, por tomar la cabina del piloto, habiendo logrado hacerlo de manera exitosa en situaciones pasadas en las que se logró controlar los aviones. La posibilidad de que los secuestradores se “volaran” ellos mismos, para matar gente había sido una opción y si bien no habían antecedentes similares en cuanto a utilizar la nave combinando el acto suicida de la manera realizada el 11 de setiembre de 2001, no podría afirmarse que no fuera previsible para el fabricante, el riesgo de este tipo de choques. Para los demandantes el diseño defectuoso contribuyó a los hechos, incrementando de manera sustancial el riesgo de daño y muerte de las personas así como los daños a sus propiedades. Boeing siguió con su defensa, rechazando que el presunto defecto, fuera la causa próxima del daño debiendo el demandante, probar la proximidad de la causa con arreglo a lo establecido en *Sugarland*, 535 S.E. 2d at 472. Pero el registro en este punto, no habría favorecido la alegación de la Boeing al considerarse que la posibilidad de que los pasajeros hubieran estado sometidos a algún daño proveniente de tal negligencia y que éste podría resultar u ocurrir de manera probable, debió generar de su parte, la adopción de prudentes medidas dada la presencia de circunstancias previsibles. La crítica naturaleza del área de la cabina, hacía posible que se produjera un atentado que fluyera o se derivara de una inadecuada construcción de la puerta de dicha cabina. El peligro de que el avión chocara por la invasión no autorizada de individuos a la cabina fue un verdadero riesgo debiendo haber sido razonablemente prevista por el fabricante. El aludir a la privacidad en la cabina, significa una mención muy simple para el objetivo de crear una barrera que debe proporcionar real seguridad para impedir el acceso de intrusos potenciales. La corte habría citado numerosas citas de otros fallos como lo ocurrido en 1993 en el World Trade Center y en el atentado con bombas en la ciudad de Oklahoma (279). La autoridad judicial halló que el caso no podía ser rechazado bajo la ley de Pensilvania por razones similares a las que han motivado su aceptación bajo la ley de Virginia. Pero Henderson y Twerski, citaron el caso al observar que el mismo conduce a una extensión del deber más allá de lo que pueden considerarse límites bastante sensibles en el deber de los fabricantes. Cabe resaltar, en nuestra opinión, que las afirmaciones que se realizan en torno a temas que son propios de las teorías la causalidad como cuando la demandada hizo referencia a que los actos criminales de los terroristas y el uso de la nave como un arma para la destrucción de personas en masa, son *causa interviniente eficiente* que rompió la secuencia natural y continua o normal de los eventos sin que intervenga la presunta defectuosidad del avión, haciéndose otras indicaciones que revelan un manejo desordenado del tema. De hecho, la corte se pronuncia por la responsabilidad en función de un criterio que nos recuerda más a la teoría de la causa adecuada sin que se insista en la causa próxima.

2.2.2.2.3.4. Hacia una propuesta integrada para analizar el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho.

Más allá de los casos particulares, lo indicado hasta ahora, revela la búsqueda por hallar criterios o juicios de razonabilidad o sentido común que supongan equilibrio y justicia, ponderación para los involucrados bajo un juego de complementariedad de criterios al analizar los daños por productos defectuosos, procurando crear un sistema preventivo y reparatorio. Por otro lado, según hemos aludido en anteriores oportunidades, coincidimos con quienes resaltan, como primer paso, la relación que establece o puede fijar la persona humana con el producto, para

calificar el ofrecimiento de seguridad y, con ello, la defectuosidad advirtiéndolo que, por ejemplo, cuando sea menester fijar la responsabilidad del proveedor por riesgos que el desarrollo de la ciencia y la tecnología impone, será menester considerar otros criterios referidos a la mejor alternativa razonable de diseño al tiempo de la venta o, según el caso concreto, del daño.

Bajo tal óptica, podemos citar, por ejemplo, las referencias de Marshall S. Shapo (280), quien para medir la defectuosidad (aunque bajo una versión del análisis de riesgo-beneficio), indicó que se debía atender a la naturaleza del producto reconociendo la incidencia que tiene en el consumidor, la creación de imágenes publicitarias persuasivas, y la relación de este factor, con la capacidad del vendedor o proveedor, para generar representaciones de los productos en los medios de comunicación de masas. Aunque hay la percepción de que la publicidad es para atraer o inducir a los sujetos hacia la adquisición o uso de un producto, y se reconoce cierta exageración, el razonamiento de las partes en materia de seguridad, se hace o tendría que hacerse más cuidadoso o responsable tanto del lado del proveedor como del consumidor, no pudiendo negarse que más peso tienen las acciones del primero que del segundo. Ya dicho autor, propuso considerar la especificidad de las representaciones (que guarda relación con el lenguaje y construcción en materia psicológica) y otras comunicaciones referidas al producto. En este sentido, es obvia la importancia de considerar la inteligencia y conocimiento de los consumidores en general y del consumidor defraudado en general, ámbito al que recurre el proveedor para colocar el producto, siendo indispensable su responsabilidad en el tema de la seguridad considerando el uso de estímulos de venta basados en las cualidades del consumidor específico, las acciones del consumidor en su encuentro con el producto, evaluadas como Shapo destacó, en el contexto de su conocimiento e inteligencia general y de su conocimiento real en relación con el producto o con el conocimiento que podía ser legítimamente esperado por él. Ingresa también a este ámbito de representación mental que conforma la expectativa, la representación previa a la experiencia propia o vicaria o la *conciencia anticipada* del consumidor sobre los peligros inherentes al producto y su evitabilidad debido al conocimiento del público en general, a la condición obvia del producto o a la existencia de advertencias o instrucciones adecuadas lo cual recoge John W. Wade, según criterios que han sido colocados bajo el patrón de riesgo-beneficio (281).

Lo interesante del tema, es que, sin perder la conexión con el objetivo del análisis, hallamos conexión o acercamiento de la propuesta de Shapo, Wade y otros, a una conformación de la noción de expectativa del consumidor en la medida que se alude a las representaciones mentales del producto que impactan o afectan la conformación o creación de la probabilidad subjetiva de éxito. El proveedor recoge esas representaciones mentales siguiendo las circunstancias y las incorpora al producto o adopta las medidas que impidan la defectuosidad con el consiguiente fracaso del ofrecimiento de seguridad. Este aspecto en nuestra opinión, resalta el vehículo para hacer el juicio el que supone el procesamiento de la información por el ser humano, para generar una solución cognitiva en donde actúa su inteligencia, los condicionamientos, mucho de su historia pasada y de su presente, vistos como una unidad de conexión de su cuerpo y su mente, de su cultura y de los estímulos recibidos.

Lo indicado al tratar la percepción de seguridad de la persona humana en cuanto al ámbito de aspiración y la creación de una expectativa como representación mental que incide o afecta la probabilidad de éxito como parte de la Psicología bajo la teoría de la motivación, encaja con la necesidad de establecer, al momento de juzgar la defectuosidad, diferencias entre lo que todo consumidor quisiera, que es hallarse libre de riesgos (que conforma un ideal muchas veces ilusorio o utópico) y la expectativa general o específica que tiene como rasgo, el uso de la razón. Se reconoce como primer paso, el procesamiento de la información como la generación de representaciones mentales en el consumidor que son inducidas por el proveedor (sea fabricante o comercializador del producto) a través del proceso de publicidad e instrucciones que transmite en torno al uso o consumo, previo estudio de las necesidades y formas de persuasión del consumidor que el proveedor realiza en torno al producto, el cual impacta en la población en función de la asociación lógica, de la instrumentalización de los conceptos incluyendo no solo lo que proporciona el medio sino también, lo que el ser humano aporta con su propio auto concepto.

-
280. SHAPO, Marshall S., *A Representational Theory of Consumer Protection: Doctrine, Function and Legal Liability for Product Disappointment*, 60 Va. L. Rev. 1109 (1974) p.p. 1370-1371. También aparece la cita en PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 738, SOLÉ Y FELIU, *Ob. Cit.*, p. 136.
281. PAYET, José Antonio, *Ibidem*, Tomo II, p. 738,

La noción del ofrecimiento de seguridad que sugerimos toma en cuenta los lineamientos del comportamiento del consumidor, teniendo por tal, a la actitud interna materializada o externa del individuo o grupo de individuos dirigida a la satisfacción de necesidades mediante la adquisición de bienes y servicios (282). Una de las aproximaciones al comportamiento o conducta del consumidor se maneja a través de la mercadotecnia o *marketing*, entendiendo tanto la definición hecha por el Diccionario de la Real Academia Española, mencionada en páginas anteriores, como el significado práctico referido a la disciplina que se ocupa de la venta y comercialización de productos, con orientación de lucro o de carácter empresarial centrada en el consumidor (283). La filosofía que la sustenta, es la misma que reconoce la economía de mercado y sostiene al régimen como es la soberanía del consumidor.

Más importante que la definición, es tomar en cuenta la función que cumple en la sociedad actual el *marketing* o mercadotecnia, al recoger y procesar la información sobre las necesidades y deseos de los consumidores a través de investigaciones de mercado, proponiendo a los consumidores, los productos y servicios que satisfacen tales necesidades (284). De esta manera, es posible la determinación del precio, el análisis de la puesta en el mercado y la comunicación al público, de la existencia de ciertos productos, cuya preferencia induce frente a otros de la competencia. El esquema de seguridad es también un aspecto que se analiza en mayor o menor medida. Eso nos lleva a reclamar tener en cuenta que tras ello hay una obligación del proveedor, de impulsar de manera permanente, un análisis tanto de cómo inducir mejor a la compra pero también, a la seguridad del producto en cuanto a los criterios técnicos y científicos del mismo, como realizar las acciones que conduzcan a educar al consumidor o por lo menos, a brindarle toda aquella información que conduzca a las mejoras de la obligación del ofrecimiento de seguridad (285). Al tratar lo relativo a las expectativas del consumidor, hemos podido aclarar que no nos hallamos solos en esta propuesta sino que hay una valiosa tendencia del Derecho a recoger incorporar el manejo de las representaciones que el consumidor hipotético y razonable, realiza respecto del producto, como titular o receptor del ofrecimiento de seguridad. El defecto del producto, se define, sin lugar a dudas, a partir del daño y la relación de causalidad, bajo indudables términos jurídicos y con la conexión de probabilidades, del curso normal de las cosas que la persona humana establece sea de manera general o específica con el respectivo ofrecimiento de seguridad.

La indicada disciplina, *el marketing* o la *mercadotecnia*, como importante aliado para la fabricación y colocación del producto, funciona en base a teorías de la persona humana las cuales enfocan desde distintas perspectivas, la influencia que el sujeto recibe del productor a través de diferentes mecanismos que recogen las circunstancias que relata el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor y constan en el Derecho comparado como son la presentación del producto y, en general, todo aquello que conduce a un proceso que, impulsado por el proveedor, impacta en el consumidor para influir en sus expectativas de seguridad o su estimación de la seguridad a que tiene derecho.

También en psicología, se ha desarrollado la teoría económica, la que asume que la persona humana, busca maximizar su utilidad por lo que siempre tratará de adquirir el producto que le brinde más beneficios en función del precio que pagará cuidando su inversión desde la

-
282. ARELLANO CUEVA, ROLANDO, *Comportamiento del Consumidor-Enfoque América Latina*, México. Mc Graw Hill, 2002, p. 6.
283. ARELLANO CUEVA, Rolando, *Ibidem*, p. 2.
284. *Ibidem*, p. 2.
285. Conviene advertir que en este sentido, hay propuestas concretas en cuanto a la importancia de asumir la responsabilidad social de las empresas en su relación con el marketing, tema que busca lograr la satisfacción plena de las necesidades de las personas, beneficiando tanto a las empresas como a los consumidores. Un interesante artículo sobre el tema, por el que se alude a que la responsabilidad social como el seguro de vida de las empresas, aparece en el suplemento comercial de 30 de enero de 2006, del diario peruano "El Comercio", "Empresas en acción" p. 4, por el que se destacan los avances en el establecimiento de un plan de responsabilidad social que supone reforzar la lealtad a una marca como consecuencia de una cultura de respeto o responsabilidad con el consumidor y con su entorno para lograr el éxito a largo plazo. Consta allí, una entrevista a Rolando Arellano, Director de una consultora, quien resalta que se pueden seguir los mismos pasos para el lanzamiento de un producto que para elaborar y difundir un plan de responsabilidad social, que supone satisfacer las necesidades de la población con el producto. Una de ellas, la principal en nuestra opinión, es la de brindar seguridad.

perspectiva económica (286). Otra es la llamada *teoría del aprendizaje*, la misma que aprovecha el conocimiento de los conceptos adquiridos por los consumidores a partir de reflejos condicionados o la construcción de los mismos a través de lo que brinda el medio o la propaganda, situación que aprovecha el proveedor para colocar su producto (como cuando, por ejemplo, se crea condicionamientos mostrando un día caluroso asociado a la ingesta de bebidas diversas, por ejemplo, un ron, una cerveza u otras con alta concentración de cafeína u otros componentes sin advertir de manera clara, que ello puede generar consecuencias o efectos en las personas). A ello, se suma la teoría psicoanalítica que supone utilizar los procesos psicoanalíticos en donde juega un factor, las expectativas destinadas a alcanzar, por ejemplo, determinados anhelos o deseos de satisfacción sexual o agresividad (como cuando se vende juguetes que representan personajes utilizan armas y con ello, exaltan cierto nivel de agresividad en los niños o niñas sin mayor cuidado o advertencia, sobre los daños que puede generar el uso de armas de fuego o las espadas que llevan tales personajes); y, también, la teoría de la escuela sociológica que involucra explotar la necesidad de integración del individuo como cuando por ejemplo, muestran a un persona que atrae a muchas otras del sexo opuesto por el solo uso de un desodorante sin advertir los daños que puede producir en la piel (287). Cada teoría tiene vigencia en aspectos de la vida humana y de los productos (288).

No se pretende convertir el análisis en un juego de subjetividad o la revisión de las motivaciones psicológicas del consumidor sino más bien, acercarnos a la persona humana con elementos objetivos, tomados de la realidad con lo complejo del proceso inductivo del que se ocupa la psicología social, la cual es herramienta fundamental del proveedor para inducir a los consumidores a la colocación del producto lo que debe conducir a una reflexión sobre la responsabilidad que asiste a los proveedores por los mensajes que transmite y/o la forma en la que coloca el producto como la consideración de los mensajes en el uso previsible del mismo, debiendo recordar como operadores del Derecho, que en la relación de consumo no solo se halla inmerso el análisis de riesgo beneficio sino algo más profundo que es el conocimiento de la persona humana, centro y fin de la protección.

Bajo dicha aproximación, las personas realizamos también, un cálculo del riesgo utilidad, hasta donde puede hacerlo, compartiendo allí, la información de la que se nutre también el proveedor al colocar el producto aunque siempre asumiendo que el proveedor, deberá haber informado de los riesgos.

Tal visión, no pretende restar mérito al análisis técnico de la conexión entre el daño producido y la acción del proveedor para catalogar la presencia del defecto sino resaltar los mecanismos con los que se conforma el ofrecimiento de seguridad.

Nuestra propuesta es la de retornar al ser humano como eje de análisis lo que supone reconocer la forma en la que se realiza el juicio racional siguiendo las características de su desarrollo cognitivo, asumiendo el importante papel que juega la transmisión de información o la creación de mecanismos de inducción o persuasión del proveedor además de otras circunstancias. Allí se encuentra la capacidad de las personas, de crear su expectativa como representación o representaciones mentales del producto que afecta la probabilidad subjetiva de éxito del consumidor y el público en general, de hallar seguridad configurando su derecho por el reconocimiento en el ámbito jurídico. Está inmersa en dicha expectativa, el elemento de alerta ante el miedo al daño pero también de confianza respecto del producto por su puesta en comercio para la actividad de consumo. La capacidad de crear tales conceptos, es propia del ser humano, apareciendo tempranamente, con el recuerdo (289) lo que permite desarrollar el pensamiento desde la primera infancia, aunque no en los mismos términos que el que desarrolla un

286. *Ibidem*, p. 32.

287. *Ibidem*, p.p. 31 a 54.

288. Nos hallamos conscientes que hay diversas teorías en el terreno de la psicología social, lo que puede generar críticas por apoyar nuestras ideas en una ciencia ajena al Derecho. Sin embargo, creemos que hay temas que, al referirse a la persona humana son de absoluta utilidad.

289. PAPALIA, WENDKOS, DUSKIN, *Ob. Cit.*, p. 200. Según Piaget, hay una etapa per-operacional en el desarrollo cognoscitivo de los niños que supone aprender no solo a sentir sino a pensar, preparando el futuro desarrollo del pensamiento operacional y lógico. Obviamente, los estímulos, una buena alimentación que ha generado el adecuado desarrollo neuronal y fisiológico en general y lo que la persona carga como herencia, permite a los seres humanos, alcanzar la etapa superior que involucra la manipulación de las representaciones o conceptos que forma el ser humano, a través de la lógica recurriendo al razonamiento como elemento distintivo del ser humano.

adolescente o un adulto. Ello también influye cuando se establecen los requerimientos de seguridad a productos destinados a los niños y niñas.

No buscamos que la actividad de indagar por las expectativas del consumidor, convierta a los abogados en psicólogos. Es indispensable, sin embargo, regresar a una realidad, a la de la persona humana, para tomar de ella, los elementos necesarios para constituir una propuesta jurídica en la medida que las circunstancias que precisa la normativa nacional como la que aparece en el Derecho comparado, muestra conexión y en algunos casos, identidad con aquellos elementos que permiten construir el ofrecimiento de seguridad en el terreno psicológico. La ausencia del ofrecimiento de seguridad que hace defectuoso a un producto, se construye tomando en cuenta los procesos que impulsa el proveedor, a través de sus estrategias, para posarse en el producto y llegar al consumidor. Allí está la manera en la que éste es puesto en el mercado abarcando su diseño, apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo o al empleo de instrucciones o advertencias, su uso previsible, los materiales, el contenido y la condición del producto. Esta es la redacción de la indicada ley nacional. Más adelante, nos ocuparemos de comentar cada una de tales circunstancias.

Resulta notorio que bajo esta propuesta, el análisis de riesgo-beneficio, puede conformar una de las opciones que, de acuerdo al caso, pueden integrar las circunstancias para determinar o no la presencia del defecto, siendo ésta, el área de trabajo en donde se construyen las expectativas de seguridad o del ofrecimiento de seguridad. De hecho, las instrucciones que se proporcionan y se dirigen a los consumidores, pueden conllevar la relación de riesgo-beneficio o es posible que el proveedor aproveche ese razonamiento basado en las carencias del consumidor, para crear una representación inadecuada de un riesgo y un beneficio que no responde a la realidad y que, por el contrario, expone al consumidor, a un peligro no razonable. Ello impacta, modifica o afecta la probabilidad subjetiva de éxito de alcanzar la seguridad que realizan los consumidores.

Se reconoce de manera irrefutable, como resultado del avance operado en los derechos de los consumidores, la obligación del proveedor de no poner a disposición de éstos, productos que conlleven riesgos injustificados o no advertidos para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes, debiendo proporcionarles, toda la información que requieran en torno a los productos. De esta manera, se puede crear en el consumidor, una percepción general de seguridad que lo inducirá a realizar el uso o consumo de un producto, asumiendo que el proveedor colocó en el mercado, el producto seguro. Esto involucra para el consumidor, asumir, de acuerdo al caso, que el proveedor habrá tomado en cuenta que no hay un diseño alternativo más seguro en términos de riesgo y beneficio, al colocar el producto que usa o consume.

Al asumir que la colocación del producto en el mercado, genera una presunción de seguridad hacia el consumidor, se traslada al proveedor, la obligación por instruir al primero de la manera más adecuada, de aquellas regulaciones que permitan al segundo liberarse de responsabilidad por haber brindado adecuadas advertencias. La responsabilidad del proveedor por las estipulaciones que inserte en los formularios o en las especificaciones adjuntas al producto, al haber sido redactadas solo por éste, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra, conforme señala el artículo 1401° del Código civil peruano, que puede aplicarse de manera meramente referencial, no siendo posible, en ningún caso, establecer mediante ellas, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad conforme a lo previsto, según el caso, en los artículos 1398° y también, el 1986° del citado código.

Conviene agregar a esta hipótesis, la imposibilidad del consumidor para conocer en profundidad, las indicaciones técnicas y/o científicas que muchas veces, en términos sumamente especializados, coloca el proveedor en los folletos por los que imparte las instrucciones de uso a los consumidores.

Una teoría *pura* de las expectativas del consumidor, podría presentar problemas para juzgar la responsabilidad del proveedor. Pero no proponemos una visión como la indicada sino más bien una que complemente distintos criterios aunque a partir de una propuesta amplia de expectativa general unida a la garantía general de seguridad y de análisis de las circunstancias que determinan la existencia del defecto.

Resulta obvio que la responsabilidad del proveedor no se completa cuando solo advierte al consumidor que un producto contiene tal o cual componente químico sin advertir de los resultados. Ante ello, la autoridad judicial podrá concluir en que resulta necesario instruir al consumidor en términos accesibles requiriendo pruebas en cuanto a que las instrucciones que brindó permitían crear las representaciones mentales susceptibles de orientar al consumidor para que busque apoyo médico cuando el caso lo requiera. Si el riesgo fue advertido, habrá que observar lo adecuada que se plantea la advertencia.

La revisión técnica sobre la presencia o ausencia de un razonable diseño o advertencias o instrucciones que hace que el producto no sea razonablemente seguro, considerando que los riesgos previsibles de daño, pudieran haber sido reducidos o simplemente evitados por la adopción de un razonable diseño alternativo, realizada bajo el criterio de riesgo-beneficio, en el sistema jurídico de *Torts*, puede ser las circunstancias a considerar como parte del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor pero nos preguntamos qué valor puede tener si no se informa de ello al consumidor a efecto de que sea éste el que practique la elección. Sin duda, se trata de un complejo régimen para la aplicación de responsabilidad que también se relaciona los daños punitivos. En todo caso, esta revisión de la mejor alternativa, se realiza con ayuda de los especialistas y no solo con la conducta o acciones del consumidor.

Ciertamente, la autoridad puede considerar importante o relevante pedir las pruebas técnicas y científicas que revelen las bondades del producto buscando demostrar la imposibilidad de colocar en el mercado un producto más perfeccionado en diseño y advertencias. La pertinencia de la prueba es algo que corresponde ser acreditado y ofrecido por el proveedor tal y como reconoce el régimen procesal. De hecho, esta prueba podría impactar en la prueba de la imposibilidad del proveedor, de predecir el curso regular de las cosas de acuerdo a la alternativa de diseño y advertencias o instrucciones que podía brindar en un momento determinado. No habría problema que se ofrezcan pruebas de descargo o se requiera la prueba del proveedor sobre todas las circunstancias referidas a la prueba de la seguridad y con ello, de la defectuosidad del producto, aún bajo la propuesta del análisis del costo y el riesgo, incluyendo la prueba sobre lo inevitable e imprevisible que resultaba la generación del daño por razones que van más allá de su justificada previsión como parte de las circunstancias que rodean al producto y según el caso, determinan su defectuosidad.

Allí está también presente el concepto de una expectativa general de acuerdo a la información transmitida al consumidor para los efectos de la elección.

Pero si la prueba no tiene mayor incidencia al no aportar nada nuevo a la conexión causal cabrá preguntarse por su pertinencia.

Las pruebas pueden versar, en líneas generales, también sobre la responsabilidad de la víctima, la intervención o el hecho determinante del tercero, el caso fortuito o a la fuerza mayor según reconoce el Código civil peruano, como supuestos de fractura causal.

Si el daño es menor que los beneficios que el producto reporta, ello requiere ser advertido en la medida que ello pueda ser previsto por el proveedor.

Proponemos una concepción que se centra en la expectativa del consumidor con una combinación que puede admitir una revisión del test de riesgo y el beneficio informado al consumidor como criterio complementario.

No creemos, sin embargo, que el análisis del riesgo y el beneficio sea fácilmente admitida (ni puede o debe admitirse en todos los casos cuando se enfrente el ahorro de recursos económicos con el derecho a la vida y la integridad física y mental de las personas como la de sus bienes o suponga dilatar la solución del conflicto). Habrá que analizar la realidad actual del Poder Judicial y la de los operadores para evaluar su vigencia concreta. Puede ser parte del análisis de circunstancias si ello se justifica. En todo caso, en líneas generales, el caso concreto marcará la posibilidad de recurrir, con un criterio de complementariedad como el criterio del riesgo frente al beneficio que realizan los consumidores, y otros más especializados siempre que ello suponga advertencias al consumidor de acuerdo a los elementos de hecho, para aquellas circunstancias en las que no sea posible argumentar la construcción de una expectativa informada o explícita.

La figura del consumidor, se debe conformar con elementos generales que tengan en cuenta, aquello que marca la realidad de los grupos poblacionales de nuestro país a los que se dirige el producto, como puede ser por ejemplo, la grave interferencia al criterio de seguridad que supone la lucha diaria por la subsistencia frente a la pobreza y el factor de riesgo introducido en la inteligencia, por la desnutrición crónica y la falta de adecuados estímulos o educación. Según el caso, estas son las circunstancias no catalogadas o enunciadas por la normativa que pueden impactar en el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho.

Se trata de hallar la representación o representaciones de sentido común o lógica o criterios razonables de las medidas adoptadas por el consumidor al consumir y por el proveedor al colocar el producto, las mismas que, precisamente por sus características, puedan ser aceptadas como válidas, hasta alcanzar convicción en un ámbito general y social vigente en un período determinado en el que debe ser evaluado y reconocido por la respectiva autoridad judicial en función de elementos objetivos. El tiempo es un factor valioso en la medida que en los últimos tiempos, el vertiginoso cambio de las condiciones de la producción, colocación de los productos

y el consumo, nos coloca ante un panorama distinto para visualizar el daño hoy que lo que ocurrirá en algunos años.

Tal sentido común, queda como una verdadera regla cuando, por ejemplo, se cita el caso producido en los Estados Unidos de América, *Halliday versus Sturm, Ruger & Co., Inc.*, en el que se pretendió dejar de lado la expectativa del consumidor (que conformaban una expectativa colectiva de seguridad cuando se maneja un arma de fuego) para recurrir a la regla de riesgo-beneficio con el ánimo de obtener un resarcimiento que, en realidad, resultaba absurdo al pretender que la colectividad desarrolle sus relaciones en base a una absoluta imprudencia del consumidor quien superó todos los controles o mecanismos del proveedor, para que protegiera a su familia o a las personas de su entorno inmediato de acuerdo al sentido común que las personas desarrollan o deben desarrollar ante determinados productos. Como se recordará, la madre de un niño que se mató al dispararse una pistola adquirida por su padre (la *Señora Halliday*), demandó al fabricante por no colocar en el arma, un dispositivo o accesorio especial que impidiera que un niño tan pequeño, manipule un arma, cuando se “salten” todos los controles que tendría que haber adoptado los responsables del arma de fuego, pese a impartirle todas las instrucciones del caso para cuidar de la misma. Los consumidores no queremos ni esperamos que al comprar un arma de fuego, no se atiendan todas las recomendaciones y charlas dictadas y sugeridas sobre el uso del arma, que es un producto inevitablemente peligroso, dejándolo al alcance de los niños sin ninguna atención ni cuidado. Eso significaría premiar la grave imprudencia del consumidor lo que no puede ni pretende ser incentivado. Es verdad que las personas leen poco (operando la economía y hasta flojera cognitiva) pero si compran un arma de fuego o cuchillos o explosivos y los tienen en casa, será menester que su conducta sea más cuidadosa o razonable que cuando compran cualquier otro objeto como un libro, por ejemplo. Sobretudo la vida y la integridad de las personas, constituye un bien supremo a ser protegido siempre; pero, el peso de los cuidados de seguridad no puede ser colocado solo en una de las partes, en este caso, el proveedor pues así subestimamos las posibilidades del auto control y la auto eficacia de las personas.

Se trata, en todo caso, de una ponderación de circunstancias que considere como actúan los sujetos ante estímulos que generan los masivos procesos de fabricación y comercialización al que son sometidos, siendo posible permitir, entre otras formas de análisis, el criterio de riesgo-utilidad del producto como prueba de defensa y ataque, para integrarlo a una noción general y amplia de expectativas del consumidor o para admitirlo, cuando ésta no se a configurar de manera específica.

Sostenemos, que, en el caso del *bystander*, quien puede haber sido beneficiario del producto o el sujeto que se ubica en la cadena del consumidor final, aunque no como adquirente del mismo, hay una expectativa general de seguridad que queda afectada por el defecto del producto, no habiendo recibido las instrucciones al adquirirlo, pero hallarse en el espectro del daño. En el caso que citamos, del ventilador que se despega del techo durante una fiesta de promoción preparada por los hijos de los compradores, matando a muchos de los asistentes, quien observa dicho producto colgado del techo de acuerdo a las indicaciones del productor, supone que ningún fabricante colocaría en el mercado un bien susceptible de desprenderse con facilidad, considerando que el uso propuesto es el de ser colocado en el techo y por encima de las cabezas de las personas, con una velocidad de giro de las hélices, que, de desprenderse, actuará como guillotina. Cualquier omisión del comprador o de la víctima, conducirá la responsabilidad al respectivo círculo de éstos últimos, trasladándose a la causa fortuita o fuerza mayor si el desprendimiento se produce por un terremoto o atentado terrorista.

Como indicamos en páginas anteriores, el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, incluye, al igual que lo hace el Derecho en otros países, una cláusula general de responsabilidad civil por productos en las relaciones de consumo, mencionando que un producto es defectuoso cuando no cumple con la *oferta* o con el *ofrecimiento* de seguridad a que las personas tienen derecho. Tal oferta, en líneas generales, se construye a través del complejo proceso que supone considerar la representación mental que incide en el cálculo de la probabilidad subjetiva de éxito considerando el ideal de alcanzar la seguridad y contar con las reales opciones de llegar a ella. Es o debe ser resultado de un proceso intelectual más que de una emoción que tiene carácter más bien episódico o bastante corto en el tiempo aunque también influyan los condicionamientos culturales, sociales y los impuestos por repetición a través de la publicidad o los mensajes subliminales.

La oferta de seguridad es el resultado de un proceso interactivo entre lo que se encuentra bajo control del proveedor y también, bajo control del consumidor, condensándose en éste último, el análisis que toma en cuenta todas las circunstancias.

Todo lo que el proveedor o proveedores, hacen al fabricar el producto y ponerlo a disposición del consumidor y lo que realiza el mismo consumidor como resultado de su propio entorno y naturaleza, permite construir la expectativa que, es, como ya indicamos, la representación mental que incide en la probabilidad subjetiva de éxito midiéndose por la distancia psicológica (en la teoría de la motivación) entre el ideal y el razonamiento basado en las herramientas que se tiene para lograr un objetivo, de la dificultad de la tarea a realizar y la estimación de las habilidades y recursos que se hallan disponibles en un momento determinado (290).

Ya que la oferta se vincula, de manera concreta, al deber del proveedor, de brindar la seguridad a que las personas tienen derecho, lo que involucra la no-afectación de su vida, su integridad ni la de sus bienes al consumir o usar un producto, ello no supone determinar el ofrecimiento de seguridad, solo a partir de la información que determina un proveedor sino también, la que era previsible y con ello, lo que asume o estima la población, elemento que permite construir, como ya se mencionó, una expectativa de seguridad resultante del proceso de razonamiento humano de los receptores en donde aparece también, el cálculo de costos y beneficios que ellos pueden realizar y, obviamente, del que espera, haya realizado el proveedor, además de otros elementos que tienen en el desarrollo del ser humano su eje central, siendo posible hallar un claro contenido jurídico en esta concepción que nos habla de las representaciones sobre la seguridad destinadas a alcanzar un equilibrio entre la autoprotección del consumidor pero también entre el necesario cuidado y la consiguiente responsabilidad del proveedor por los productos que coloca en el mercado.

No debe deducirse a partir del solo arbitrio del fabricante o proveedor pero, para algunos, tampoco se debe llegar a la expectativa considerando solo las del particular perjudicado o potencial afectado pues ello sometería al fabricante a un gravamen que puede resultar no solo excesivo (291) sino también, perjudicial al eliminar el proceso de toma de seguridades o análisis razonable de la estimación por el consumidor o usuario.

Para estos efectos, consideramos importante resaltar lo dicho por Solé y Feliu, quien destacó, al referirse a la normativa comunitaria como a la Ley de Responsabilidad por Productos de España, que la “legítima expectativa de seguridad” constituía un concepto jurídico indeterminado, que debía concretarse al caso y a las particulares circunstancias que pudieran concurrir (292).

Agregamos en todo caso, que se trata de un estándar de sentido común o sobre lo que resulta razonable esperar del producto de acuerdo a las circunstancias, concepto que proviene de las representaciones individuales comunes hasta conformar una hipótesis general objetiva y lógica.

A partir de la emoción (el miedo ante el peligro que puede provocar el proveedor con sus advertencias) y otras emociones como procesos episódicos integrado a un sistema de adaptación, se llega a un proceso más duradero consistente en la construcción de la motivación, por el que la persona humana apunta un objetivo (alcanzar la seguridad o minimizar el riesgo), desarrollando su capacidad cognitiva al comprender los elementos en juego, recurriendo a su razonamiento, al análisis y valoraciones (293). La noción de expectativa, instrumento valioso en este trabajo, tiene un apoyo fundamental en el de análisis psicológico de la persona humana, desde donde construimos una noción jurídica, integrando los factores o las circunstancias que rodean al producto incluyendo el análisis de la propia efectividad o eficiencia respecto de lo que ofrece el entorno y de otro lado, la percepción del resultado.

Al trazar una línea sobre la seguridad a que las personas tienen derecho, se fija un límite hacia el conocimiento y con ello, es posible juzgar lo que resulta razonable o racional en el consumidor a partir no de un ideal sino de lo que se puede considerar como un juicio de probabilidad sobre la seguridad para fijar la protección del Derecho y con ello, el resarcimiento ante el daño.

Más allá de lo que es razonable esperar, no se puede ni se debe obtener la protección del ordenamiento jurídico.

Resulta notorio, que la población no podría haberse generado una expectativa en cuanto a que, por consumir las embarazadas, un antiabortivo o medicamento para suprimir las náuseas, sus hijos nacieran deformados (sin brazos o piernas) ni tampoco que las hijas de las consumidoras, sufrieran de cáncer como ocurrió, respectivamente, con la *thalidomida* o el *DES*. La magnitud del daño fue tremenda. Ante ello, hay una percepción general y no técnica, de seguridad y respeto a la integridad humana. Presumimos que los informes técnicos, debieron demostrar que no se realizó la suficiente experimentación, pues de lo contrario, daños tan graves, no deberían

290. PALMERO, Francesc y otros, *Ob.Cit.*, p. 14.

291. SOLÉ I FELIU, Josep, *Ob. Cit.*, p. 103.

292. *Ob. Cit.*, p. 99.

293. PALMERO, Francesc y otros, *Ob. Cit.*, p.p. 28 y 29.

haberse producido. En todo caso, considerando las normales expectativas de las madres o de cualquier persona, a lo sumo, se debió considerar que tales medicamentos no surtieran el efecto proyectado o generaran algún malestar pero no que se produjeran daños tan terribles e irreparables, a la integridad y la vida de sus hijos e hijas.

Hay, indudablemente, exigencias de seguridad que no pueden ser reclamadas al fabricante por integrar el nivel de aspiración ideal más no el de expectativa. Richard Posner resaltaba que si un automóvil quedaba destruido a consecuencia de un accidente, no podía considerarse responsable al fabricante, de manera estricta, solo porque el automóvil no fue construido “como un tanque” que era lo único que podría haber protegido al consumidor de la mayor parte de riesgos (294). Resulta obvio que un consumidor en su sano juicio, no puede esperar, por ejemplo, sobrevivir a bordo de su automóvil si acerca éste a la orilla de una playa, el peso del vehículo vence la resistencia del suelo y cae al mar como ya mencionamos. Se requiere que el consumidor utilice también su razón o raciocinio al momento de usar o consumir el producto.

La seguridad a que las personas tienen derecho se relaciona con lo *razonable* dentro de un estándar de cautela aplicable también a la víctima pues no se la protege contra un riesgo “evidente” (295). Ello nos lleva a considerar, también, criterios relativos al manejo de las precauciones que construye las probabilidades de alcanzar la seguridad a efecto de propugnar una asignación eficiente del riesgo de pérdida derivada de los daños relacionados con los productos entre el consumidor y el fabricante (296).

Bajo esa perspectiva, del Análisis Económico del Derecho podemos incorporar una interesante interrogante respecto de la eficiencia de la norma para los accidentes relacionados con los productos incidiendo en la importancia del supuesto de la racionalidad que también conforma ese concepto de expectativas del consumidor (297). Se toma como elemento, la posibilidad de que ante una circunstancia, o concretamente ante un producto, ambas partes, productor y consumidor puedan tomar y, de hecho, tomen medidas para controlar la probabilidad y la gravedad de un accidente, lo que también sustenta desde esta perspectiva, la forma en la que debe ser construido la expectativa de seguridad o la seguridad a la que las personas tienen derecho.

Pero hay situaciones en las que el consumidor espera que el productor, comercializador o simplemente, el proveedor, utilizando la tecnología y el manejo científico alcanzado al momento de la colocación del producto, haya adoptado un eficiente *estándar* de análisis que le brinde seguridad de acuerdo al producto. En este sentido, por efecto de la variación del régimen de responsabilidad de subjetiva a objetiva, esta evaluación, referida a si el producto ha ofrecido la seguridad a que las personas tienen derecho, se ha trasladado desde la conducta del fabricante a la evaluación objetiva del defecto. Todo el análisis converge en el defecto. Empero, de por medio hay como ya se dijo, una necesaria revisión: la conducta del consumidor y su prudencia o el criterio de *razonabilidad*, entendido como una forma de recurrir al raciocinio o sentido común lógico al tomar precauciones que minimizen el daño o la capacidad de tomar decisiones que, de manera cualitativa y cuantitativa, procure evitar o por lo menos reducir la probabilidad y la gravedad o magnitud de los daños provenientes del producto (298). Este juicio también se realiza sobre el producto mismo en cuanto a si, en su fabricación, diseño y advertencias, se han tomado las precauciones que espera un consumidor razonable, admitiéndose un análisis de la seguridad que ofrece considerando los beneficios y los riesgos del producto como parte de todas las circunstancias a evaluar. Si un producto salva vidas, pero puede provocar dolores de cabeza reiterados, es obvia la utilidad o el beneficio por sobre el costo, lo que debe ser advertido al consumidor. Si, como se indicó al aludir a las vacunas, hay unas que salvan a muchos pero de cuatro millones de vidas salvadas, una puede morir o quedar con polio, ello debe ser advertido y el Estado, dado el notorio beneficio que trae el uso de una vacuna, debe estar en condiciones de colaborar con el resarcimiento o la misma empresa, debe ser impulsada a reconocer el daño pero bajo formas de apoyo como seguros especiales en función de los notorios beneficios que genera el producto.

Por esa vía, se llega a una revisión sobre el esquema de consumidor al que se dirigen los mensajes o la información sobre el producto para evaluar sus pretensiones (299). Así, si bien se

294. POSNER, Richard, *Ob. Cit.*, p. 173.

295. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ibidem.*, p. 73.

296. COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Ob. Cit.*, p. 454.

297. *Ibidem*, p. 421.

298. *Ibidem*, p.p. 420 y 421.

299. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 783. Menciona dicho autor, que se constituyen en factores que determinan las expectativas del consumidor, las manifestaciones falsas o engañosas

parte de considerar como punto de partida al consumidor medio u ordinario considerando sus expectativas actuales y concretas se ha impuesto en muchos casos, la creación de un *estándar* de lo que un responsable y razonable consumidor hipotético esperaría de un producto (300).

Cabe citar al respecto, el caso *Campbell* contra *General Motors Corp.*, en el que la Corte Suprema de California consideró que el análisis de la defectuosidad de un producto debía producirse sobre “las expectativas de un hipotético consumidor razonable” (301).

La concepción de las expectativas del consumidor que también se alimenta del concepto de hombre o persona razonable responde a un contexto histórico liberal que, cuando muestra sola su faceta económica, no necesariamente responde a la de un sujeto real y menos aún, coincidente o cercano a nuestra realidad. De él, podemos tomar la referencia al uso del razonamiento lógico o raciocinio o sentido común pero advirtiendo la información que ingresa a tal análisis y nos distancia de otros esquemas culturales o grupos sociales y hasta económicos. De hecho, esta figura está alejada del “buen padre de familia” armado en el Derecho romano bajo un esquema patriarcal y vertical, de clases sociales y económicas diferenciadas, que aunque cercano a nuestro legado histórico, también resulta, en verdad, un poco anacrónico no obstante reconocer, que ella nos ha acompañado durante muchos años y aún mantiene vigencia en algunos sectores del país. Sin embargo, esto tampoco hace que el *hombre razonable* surgido al amparo de una sociedad industrial y una ideología de mercado en la que el individuo procura y llega a decisiones racionales, de preferencias estables y bien ordenadas, sea único modelo para armar el concepto de consumidor. Tal sujeto, capaz de calcular los costos y beneficios de las alternativas optando por aquella que le procure mayor beneficio (302) bajo condiciones de ganancia individual no exentas en el contexto planteado, de un lógico interés mercantil, refleja una de las características del consumidor respondiendo a la teoría económica (303). Una revisión de los factores que influyen en el comportamiento humano del consumidor, nos lleva a considerar el trasfondo de las teorías que sostienen los modelos.

Aunque está bastante desfasado el *buen padre de familia* que nos plantearan como referente de análisis en nuestro tradicional Derecho Civil (influenciado por el Derecho romano traído con la conquista por los españoles) no hay identidad entre el consumidor razonable que podríamos construir y el modelo reconocido por el *Common Law*, que supone un régimen individualista en la que un sujeto es capaz de hacer el cálculo de ganancias y pérdidas económicas en las decisiones. El mercado en nuestro país, no provee de tanta y tan buena información que sea posible adoptar decisiones claras en el terreno económico mientras que, de otro lado, no todos los sujetos que habitan las zonas rurales y urbanas, han quedado incorporadas a los esquemas de mercado. Hay ámbitos en los que subsiste el intercambio de productos y otras formas de relaciones humanas parentales, las mismas que merecen ser calificadas de acuerdo a sus propios parámetros

Lo que constituye una constante y es lo rescatable del concepto de *hombre* o más bien, *consumidor razonable* y también del *buen padre de familia*, es la necesaria referencia a un procesamiento racional de la información que supone una conducta prudente y cuidadosa, susceptible de analizar, cuando corresponda, los costos y los beneficios, las alternativas racionales, sopesando la distancia entre lo que resulta ideal y de tal forma, una mera aspiración alejada de la realidad, de lo que se puede esperar dadas las circunstancias, sin incurrir en excesos hacia posiciones absurdas.

Aunque estamos de acuerdo con la construcción de un referente de consumidor que incluya virtudes y fomente la adopción de precauciones, hay que reconocer las dificultades que reviste la “importación” absoluta de un referente a una realidad como la nuestra caracterizada por la variedad de esquemas culturales y socioeconómicos en la que es todavía defectuosa la economía

realizadas por el fabricante o los vendedores respecto de las características del producto. Un segundo grupo de factores, está constituido por las características obvias o generalmente conocidas de los peligros y a las instrucciones o advertencias adecuadas.

300. *Ibidem*, Tomo II, p. 723.

301. *Ibidem*, Tomo II, p. 723.

302. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Ob. Cit.*, p. 420.

303. ARELLANO CUEVA, Rolando, *Ob. Cit.*, p. 31. La actuación del consumidor abarca una cantidad de procesos internos complejos y múltiples disciplinas y autores, han buscado explicar el comportamiento humano, atribuyendo la causa principal de éste, a uno u otro aspecto específico, considerando unos, que lo hace en función de aspectos económicos, psicológicos, sociales o situacionales.

social de mercado que propugna el artículo 58° de nuestra Constitución y el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor.

Resulta interesante, sin embargo, reconocer que el tema es complejo siendo menester reconocer o crear un *estándar* que guarde relación con la diversidad cultural que constituye un signo en nuestro país al que se une, una realidad de distinto acceso a la educación y recursos que ofrece la sociedad y la economía nacional. Recordemos que la reciprocidad y el trabajo comunitario se constituyen en un interesante elemento de apoyo social para muchas comunidades indígenas y no indígenas. Ello reclama reconocer que en una sociedad como la nuestra no existe un estándar único de consumidor y las autoridades deben ser lo suficientemente sensibles para considerar un equilibrio en el esquema del consumidor aplicable al caso concreto sin crear figuras que resten protección al sujeto dañado y respuestas inadecuadas al requerir conductas alejadas de la realidad. La información de las autoridades será valiosa para acercarnos a un equilibrado concepto de razonabilidad.

Conviene recordar que, una revisión técnica profunda del análisis del producto en caso de daños bajo el test del riesgo-beneficio, puede, en algunos casos, apuntar a demostrar la previsibilidad del riesgo o defecto como parte de las circunstancias, liberando al proveedor de responsabilidad siempre que no haya sido posible que éste estuviera en condiciones de adoptar e incorporar al producto, aquello que evitara el daño debido a que estado de los conocimientos científicos y tecnológicos, al momento en el que colocó el producto en el mercado, no le permitía advertir el defecto del mismo. Esta es una prueba esencial que el proveedor tiene derecho a exponer no siendo posible que la autoridad la rechace por su evidente conexión con la materia en controversia aunque difícilmente, se admita la discusión en los mismos términos que se realizan en las cortes de los Estados Unidos de América, en las que, como vimos, tampoco hay uniformidad de criterios.

No se puede negar que el estudio de la conducta o comportamiento del consumidor ocupa parte importante del trabajo que realiza el proveedor para fabricar su producto y colocarlo en el mercado, involucrando un estudio de las personas y de los productos susceptible de ayudar y configurar sus identidades (304), constituyendo los consumidores sujetos con una dimensión mayor a la de meros compradores. En el acto de consumir, hay situaciones que afectan la vida tanto por la forma como las personas se sienten y como se interrelacionan entre sí. La noción de marketing y su sistema, lo toca todo tornándose cada vez más globalizada (305). El uso de los medios de comunicación incluyendo el Internet, muestra la posibilidad real y potencial que tienen los proveedores crear y modificar la perspectiva de los consumidores en torno de los productos, utilizando el profundo conocimiento de la naturaleza humana para crearle necesidades y deseos o recurrir a ellos para decidir la producción y la comercialización, siendo el estudio de la seguridad de los productos, una de las facetas que analiza reviste el análisis del comportamiento del consumidor en el mercado considerando procesos de segmentación de los mercados y otros que recorren el camino de la motivación humana. En este ámbito, motivación y cognición mantienen un correlato en la teoría de la decisión estando nuestras acciones, afectadas por la utilidad que revela o parece revelar lo que queremos, en donde influye la motivación, o aquello en lo que creemos bajo subjetivas probabilidades que presentan un juego de interacción con la inteligencia o capacidad cognitiva del individuo (306).

La motivación de las personas para ejercer un control personal sobre las circunstancias, emana de las expectativas que las personas abrigan sobre cuanto poder tienen para generar o efecto o no generarlo (307). No considerar la forma en la que el proveedor utiliza la publicidad o la información hacia el consumidor, puede afectar el autocontrol del mismo como mecanismo valioso en el sistema de responsabilidad civil lo que no impide recurrir a otros criterios o circunstancias.

La conducta del consumidor, que es el resultado de un proceso que tiene lugar antes, durante y después que se produce la adquisición, uso y consumo del producto. Frente a ello, aparece el proveedor como un sujeto que tiene obligaciones ya expuestas, las que adquieren particular

-
304. SALOMON, Michael R., *Consumer Behavior. Buying, Having and Being*, New Jersey, Pearson. Prentice Hall, Sexta Edición, 2004, p. XII del Prefacio.
 305. *Ibidem*, p. XIV
 306. MOOK, Douglas G., *Motivation: The organization of action*, New York, W.W. Norton & Company, Segunda Edición, 1996, p. 443.
 307. REEVE, Johnmarshall, *Understanding Motivation and Emotion*, New York, John Wiley Sons Inc., 2001, p. 242.

relevancia en un medio de recursos sumamente escasos como es el de países que muestran un alto porcentaje de pobladores, consumidores, sometidos a extrema pobreza.

2.2.3. Las circunstancias que moldean el defecto.

Bajo el objetivo de determinar el ofrecimiento de la seguridad a que las personas tienen derecho, planteada en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, se toma en consideración todas las circunstancias tales como:

- a) El diseño del producto;
- b) La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo, o el empleo de instrucciones o advertencias;
- c) El uso previsible del producto; y,
- d) Los materiales, el contenido y la condición del producto.

Se trata de particularidades o calidades reales del producto o atribuibles a él que configuran condiciones objetivas de uso o consumo. Los supuestos indicados en la norma citada, tienen un carácter enunciativo más no limitativo en cuanto a las circunstancias a considerar o evaluar el ofrecimiento de seguridad (308). Ello permite la posibilidad de que, de acuerdo al caso concreto, la autoridad judicial incorpore distintas circunstancias a las consideradas en los incisos antes señalados con la debida justificación o sustento. En la línea del ordenamiento positivo nacional, hallamos en los artículos 8°, 9° y 32° de la mencionada Ley, los lineamientos que configuran diversas facetas de la responsabilidad civil por productos. Según lo indicado, los productos como los servicios no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes. Inclusive si por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo es previsible, subsiste el deber de información o advertencia al consumidor de dicho riesgo así como el modo correcto de utilización del producto o servicio (309).

Como ya indicamos, la redacción del referido artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor se observa similar al texto de la normativa aprobada en la Directiva Europea manteniendo conexión con ésta en cuanto a las circunstancias por que permiten evaluar la defectuosidad del producto (310). Como ya se indicó, el defecto se relaciona siempre, con la falta de seguridad del producto, la cual causa daño al consumidor o a sus bienes afectando un derecho inalienable (311).

Las consideraciones que en cada caso, toma en cuenta el derecho de los Estados Unidos de América, ya fueron descritos teniendo diferentes facetas aunque muchas de ellas son descritas por nuestra Ley.

Se debe atender, como ya se mencionó, en la línea de ideas que se postula en la responsabilidad civil por productos, a la función que cumple el empaquetado, al marcado y etiquetado así como a la información que se transmite al consumidor por la vía de la publicidad la misma que debe ser precisa y lo suficientemente clara de acuerdo a las circunstancias como son las condiciones de uso normal y las de uso excepcional del producto dentro de límites razonables.

La correcta evaluación de la defectuosidad nos lleva al manejo de la normativa publicitaria, tema del que se ocupa en nuestro país, el Decreto Legislativo N° 691 por el que fueron aprobadas las regulaciones sobre Publicidad en Defensa del Consumidor, teniendo tal ley, las precisiones de la

308. Ver el apartado que inicia el tratamiento del defecto.

309. Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor.- Artículo 9°.

310. Directiva del Consejo de 25 de Julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de la responsabilidad causada por productos defectuosos (85/374/CEE) –

“Artículo 6°.- 1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso:

- a) La presentación del producto;
- b) El uso que razonablemente pudiera esperarse del producto;
- c) El momento en que el producto se puso en circulación.

2. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado.”

311. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 74.

jurisprudencia dictada en el ámbito administrativo por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, referidas fundamentalmente, a aspectos de competencia desleal.

Con relación a las regulaciones adoptadas en los Estados miembros de la Unión Europea, la Ley de España sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos o LRP (312), ratifica que la valoración de la seguridad deberá producirse en atención a “todas las circunstancias”, recogiendo en los mismos términos, la expresión del artículo 6.1 de la Directiva, la que debe entenderse en cuanto a que la autoridad judicial evaluará todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (313). La regla de la Directiva comunitaria, sin embargo, no ha sido entendida como “un cheque en blanco” que permite a los Estados miembros, incluir circunstancias diversas o distintas de las previstas en los apartados a) a c) del citado artículo 6°, alterando el verdadero significado de la regla. Las circunstancias deben entenderse como parte del defecto.

Para Solé y Feliú, las tres circunstancias que expresa la Directiva comunitaria y la ley española, como son, salvando las distancias de la redacción, la presentación del producto, el uso al cual sea o esté razonablemente destinado o uso previsible y el momento de la puesta en circulación, tienen un carácter meramente ejemplificativo más no taxativo (314); la regulación indicada permite determinar los alcances de la cláusula general, definiendo y delimitando el defecto.

Como bien señala el citado Solé y Feliu (315), deben tratarse de circunstancias que en función de su naturaleza objetiva, sean propias del tráfico comercial y deben ser las adecuadas para influir o permitir conformar la percepción, las expectativas o el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho. Consideramos que estas mismas apreciaciones pueden ser formuladas para analizar el contenido del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país en cuanto a las circunstancias a considerar para calificar y determinar el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho y con ello, la defectuosidad de un producto que ha causado un daño.

2.2.3.1. El diseño del producto.

No se encuentra en el Derecho Comparado, una referencia al diseño del producto el que constituye más bien, un componente fundamental del producto incidiendo en la clasificación o tipología del defecto más que una circunstancia que serían los elementos como características o formas que permiten delinear el defecto en función de la falta al ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho. Un producto puede ser defectuoso en razón de su fabricación, diseño y advertencias. Si la circunstancia que afecta el ofrecimiento de seguridad del proveedor, se ubica en el diseño del producto, el defecto será también uno de diseño. Al tratar la tipología, haremos referencia a los aspectos vinculados al diseño. El legislador peruano, al señalar en el artículo 32° de la Ley, como una primera circunstancia para calificar la defectuosidad, la referencia al diseño ha pretendido resaltar su importancia como la posibilidad de que el defecto se derive del diseño, considerando que no ha sido adoptada la triple clasificación de defectos en la Ley peruana. El tema tiene también, un indudable peso técnico pues las posibilidades de que el ofrecimiento de seguridad se modele por el diseño del producto, se revela en conexión con el uso del consumidor pero también, con la opción de demostrar que la alternativa usada por el proveedor, no fue la más adecuada pues habían otras mejores para satisfacer el objetivo de la seguridad. Debe ser posible probar tal extremo. Los casos concretos marcarán las pautas lo cual requiere de adecuados soportes en materia técnica salvo que sea manifiestamente irrazonable el diseño utilizado lo que, de no ser notorio o de pública evidencia conforme al artículo 190° del Código Procesal Civil, deberá ser objeto de prueba.

2.2.3.2. La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo, o el empleo de instrucciones o advertencias.

312. Las siglas son utilizadas, con buen criterio, por SOLÉ Y FELIÚ, Joseph, *Ob. Cit.*

313. Coincidimos en este sentido, con lo dicho por SOLÉ Y FELIÚ, Joseph, *Ibidem*, p. 168, lo cual es aplicable a la aplicación que debe realizar el juez peruano respecto de la Ley de Protección al Consumidor.

314. *Ibidem*, p. 168.

315. *Ibidem*, p. 169.

La regulación nacional incluye varios supuestos, empezando por la manera como el producto ha sido puesto en el mercado incluyendo la apariencia, el uso de la marca, la publicidad referida al mismo y el empleo de las instrucciones o advertencias. A continuación, analizamos cada uno de estos conceptos.

La Directiva Comunitaria de la hoy Unión europea, en su artículo 6º, inciso a) se refiere a un rubro amplio referido a la presentación del producto, siendo ésta la primera circunstancia enunciada para calificar la defectuosidad de un producto, sobre el que pesa la imputación de un daño y la discusión en cuanto a si ofrece la seguridad que legítimamente se puede esperar. Se reproduce esta regla, en las leyes nacionales de adaptación, e inclusive a la ley danesa de comercialización, a la sueca de comercialización e indicaciones de uso (316). Ya desde el Convenio Europeo sobre la responsabilidad derivada de los productos en caso de lesiones físicas o de muerte, aprobado por el Consejo de Europa, el 27 de enero de 1977, se incluyó la presentación del producto como una circunstancia para calificar al defecto. La presentación del producto como circunstancia a considerar para determinar el defecto, se mencionó en el artículo 3.1 de la Ley española, en el 5.a) del Decreto del Presidente de la República de Italia, dictado el 24 de mayo de 1988 (hoy derogado por el Código de Consumo) y regulaciones diversas de los países integrantes de la Unión Europea, citadas en la primera parte de esta investigación.

Las personas procesan la información que reciben del producto interactuando con él en un régimen de mercado en el que concurren otros productos (317), y en donde, como premisa general, se procuran situaciones de competencia. El primer objetivo del proveedor será entonces, crear la mayor atracción posible para lograr la elección del consumidor. La evaluación del producto que realiza el consumidor es, sin lugar a dudas, influenciada por su apariencia, sabor, textura y aroma (318). El uso de la marca constituye un elemento legal de registro pero también, arrastra percepciones sobre la calidad, idoneidad o seguridad del producto. La publicidad orienta el comportamiento del consumidor en el tema de seguridad al asociar, éste último, los mensajes que se colocan en el mercado y que en el mundo actual, generalmente son autorizados o consentidos por el proveedor en sus facetas de productor y comercializador. Tales mensajes pueden apuntar a la estabilidad, a una larga experimentación, al conocimiento y mayor experiencia de un proveedor generando preocupación en el consumidor por la seguridad o alivándola. Un largo posicionamiento de una marca en el mercado, confieren también cierta seguridad. Antes de beber un producto como la Coca Cola, cuya posición en el mercado mundial, es mayor que cualquier bebida o cola de marca desconocida, el consumidor tendrá mayor confianza en la primera que en ésta última. Las personas suelen desarrollar expectativas respecto de los productos que le funcionan en brindarle seguridad. Cualquier circunstancia que actúe en contra de esa percepción, debe ser informada al consumidor. El empleo de instrucciones o advertencias concretas, complementan esta percepción del consumidor.

La apariencia del producto puede incidir de manera decisiva en la toma de decisión del consumidor para los efectos de calificar el ofrecimiento de seguridad. Un balón de gas fabricado con un material y diseño externo que muestra solidez, puede generar cierta confianza en las posibilidades de manipulación del consumidor.

Ingresarán a este ámbito, todas las actividades a través de las cuales el proveedor presentan el producto o lo dan a conocer a los consumidores, como colectividad, a un círculo reducido o a un concreto usuario o a potenciales usuarios (319).

La noción usada en nuestra legislación, se asemeja a la de la Directiva europea y a la regulación de los países miembros, apuntando a la presentación pues ella alcanza a las declaraciones publicitarias como a la descripción del producto, a las instrucciones para su armado o montaje, construcción o transporte, instrucciones sobre la calidad y sobre la misma seguridad que se coloquen en indicaciones adheridas sobre el propio bien, o su empaquetadura o folletos o prospectos (320).

La visión es integral e incluye tanto la parte externa como lo que el proveedor le atribuye, pudiéndose producir la defectuosidad por brindar información en cuanto a generar una esperanza de seguridad mayor que la que realmente tiene el producto, creando confianza en el consumidor. El análisis sobre la ausencia o discordancia con un estándar o con la concepción que configura la

316. *Ibidem*, p. 175.

317. SALOMON, Michael R., *Ob. Cit.*, p. 6.

318. *Ibidem*, p. 7.

319. SOLÉ Y FELIÚ, Joseph, *Ob. Cit.*, p. p. 177 y 178.

320. *Ibidem*, p. p. 178 y 179.

seguridad a que las personas tienen derecho, se producirá en el caso concreto lo que no supone que sea subjetivo el análisis. Por el contrario, debe apuntarse a criterios objetivos que tenga en cuenta las características del tráfico como las del probable y seguro círculo al que llega el producto tomando en cuenta todo lo expresado en las páginas anteriores de la investigación que nos ocupa como por ejemplo, el uso de signos gráficos o íconos que adviertan de lo tóxico del producto (si se sabe que el producto está dirigido a una población analfabeta) o recurriendo al idioma de las personas. Un tema interesante es el reconocer que hay grupos sociales que no tienen experiencia de lectura por sus costumbres (más de transmisión oral que escrita) operando, inclusive, cierta economía cognitiva en algunos casos que lleva a leer lo esencial. Según el tipo de producto, es posible complementar la instrucción con acciones de los vendedores de la forma de colocación e instrucción, si se sabe de su extrema peligrosidad. Si los proveedores se ocupan de instruir a los consumidores en temas de calidad que le permiten vender más, es importante instruir en la seguridad también. De hecho, los casos citados referidos al uso de armas de fuego, revela que hay un trabajo adicional de información y advertencia a los consumidores al comprar estos artículos.

La presentación debe ser visible, clara, completa, correcta en cuanto a instruir adecuadamente del riesgo, sin crear confusión (321). No basta afirmar que un producto puede ser peligroso si se sabe que ya lo es o sin explicar las razones de tal mención. Hay productos que utilizan en sus folletos adjuntos, información que parece estar destinada en su integridad, al cuerpo médico o el de químicos farmacéuticos, recurriéndose inclusive a los nombres técnicos de los componentes o los males o enfermedades que provoca el producto, situación que no permite al consumidor evaluar su seguridad. Si el producto se entrega sin receta, las advertencias deben ser accesibles a un consumidor razonable (puesto que en este aspecto tampoco existe un modelo “mundial” o absoluto de consumidor) dentro de las características que éste reviste en el caso concreto.

Como quiera que tras esta evaluación, está una imputación objetiva, la misma se aplicará sobre el producto, sin considerar lo que quiso colocar el proveedor sino como éste aparece puesto en el mercado, incluyendo, en el contexto de la regulación nacional, la apariencia, publicidad y el empleo de instrucciones o advertencias.

Como bien dice Solé y Feliu, las instrucciones o advertencias suelen tener un carácter negativo al involucrar mensajes objetivamente necesarios dictadas con carácter negativo (reflejan lo que no se debe hacer) para una utilización o consumo sin riesgos (322).

La esfera de la publicidad, en cambio, abarca la promoción, la que, sin embargo, tiene un carácter positivo al fomentar la venta, con mención de las cualidades o usos que inducen o persuaden al consumidor sobre las bondades del producto, debiendo el proveedor, abstenerse de brindar información que conceda una seguridad mayor a la que realmente existe, creando falsas expectativas sobre extremos cuya autenticidad desconoce (323) o generando desmesurada confianza al omitir cualidades negativas o características peligrosas o aportando declaraciones insuficientes o no mostrando con exactitud la seguridad real que el producto proporciona (324). Esto debe establecerse también, en relación directa con el objetivo del producto atendiendo a las circunstancias que concurren en el caso. También en este caso, se carece de un estándar absoluto.

Solé y Feliu alude a que sin perjuicio de los posibles efectos que quepa atribuir globalmente a cada uno de los dos grandes sectores, el de la advertencia y el de la publicidad o promoción del producto, el análisis de alguna de las formas integrantes de uno y otro, debería realizarse de manera separada y atendiendo a la naturaleza del producto como a la entidad y probabilidad del riesgo previsible (325).

Como quiera que no existe la seguridad absoluta, las informaciones o advertencias deben ser transmitidas informando de los riesgos previsible y de la viabilidad real de la seguridad.

La seguridad a que las personas tienen derecho, no supone que el proveedor deba llenar al consumidor de advertencias, incluyendo las conocidas o reconocibles por un consumidor razonable como, por ejemplo, en el caso de las armas de fuego que, las mismas no pueden ser entregadas como juguetes a los niños, por ejemplo.

La Ley que regula la publicidad comercial en nuestro país, fue aprobada mediante Decreto Legislativo N° 691 siendo reglamentada mediante Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI. Se ocupa

321. *Ibidem*, p. 181.

322. *Ibidem*, p. 184.

323. *Ibidem*, p. 186.

324. *Ibidem*, p. 191

325. *Ibidem*, p. p. 187 a 189.

de la publicidad comercial de bienes y servicios expresando la ley, en su artículo 1º, que la palabra "anuncio" debe entenderse en su más amplio sentido, comprendiendo inclusive la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta. Incluye a las promociones propias de los medios de comunicación social.

Se conceptualiza a la publicidad comercial, como una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes y servicios, captando o desviando la preferencia de los consumidores. Cumple una triple función pues informa, persuade y se constituye en un mecanismo de competencia (326).

Para estos efectos, la ley maneja un concepto de consumidor más amplio que el de la Ley de Protección al Consumidor al referirse a cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo (327). La palabra "producto" comprende también los servicios debiéndose aplicar la noción de la Ley de Protección al Consumidor.

Para el caso de la publicidad, el artículo 2º de la Ley de Publicidad, expresa que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un *examen superficial* del mensaje publicitario por un consumidor razonable; empero, ello no supone que el consumidor no asuma una posición prudente antes que ingenua conforme ha reconocido la Sala de Defensa de la Competencia mediante la Resolución N° 052-96-TRI-SDC seguido por Liofilizadora del Pacífico S.R. Ltda. Onmiagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A. por infracciones al principio de veracidad en la difusión de un producto. Los anuncios deben ser juzgados según la referida resolución atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.

Conforme al artículo 3º de esta ley, los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades. De la misma manera, el artículo 4º, especifica que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir al error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. Por último, los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos.

Como quiera que se asume que la publicidad tiene un papel persuasivo, se ha admitido un margen o juego con las exageraciones; sin embargo, ya que el tema que nos ocupa, ingresa al campo de la seguridad de las personas y sus bienes, las exageraciones no pueden conducir al sobredimensionamiento de la seguridad que no obedece al nivel real; sin embargo, el tema jugará en contra del proveedor al representar una declaración que solo él realiza y que, en caso de duda, deberá ser interpretada a favor del consumidor, con arreglo a lo expuesto en el artículo 2º de la Ley de Protección al Consumidor. Las regulaciones en los contratos de adhesión cuando corresponda, como un principio de la garantía informada también será aplicable.

La percepción para el caso de las advertencias o instrucciones de consumo referidas a situaciones de riesgo, opera con arreglo a un estándar de razonabilidad sin dejar de advertir la importancia de la publicidad en el proceso de consumo.

La emisión de consejos por parte de personal colocado por el productor o comercializador, puede también influir en las legítimas expectativas o en el ofrecimiento de seguridad, ingresando en el ámbito previsto por este inciso. La comercialización hace necesario que se brinde al consumidor, un correcto asesoramiento. Por ejemplo, si se proporciona al consumidor un producto que, según se dice, le reducirá un porcentaje de la grasa que consume, se hace necesario advertir en el formato o en la asesoría, cualquier otro efecto que pudiera relacionarse con la situación particular del consumidor, manifestada al momento de brindar el asesoramiento, previniendo eventuales riesgos, como por ejemplo, la afectación en la absorción de nutrientes y vitaminas, lo que puede derivar, en el caso de una adolescente (que son las que, en razón de su proceso de maduración, pueden ser más sensible al cuidado de su apariencia física por su hipersensibilidad sobre el tema), en la radical disminución de los nutrientes pudiendo producirse una anemia que

326. Indecopi distribuye tal información a través de su página web www.indecopi.gob.pe

327. Mediante Resolución N° 004-2000/CCD-INDECOPI, pronunciada en el expediente N° 072-1999/CCD, seguido por Industria Nacional de Baldosas Acústicas S.A. contra A.I.S. Perú S.A. y Ventanas Listas S.A., la Comisión hizo una marcada referencia al concepto de consumidor utilizado en este contexto. La calificación de consumidor deberá ser la de la Ley de Protección al Consumidor cuando se reclame la defensa por los daños que se cause en este contexto.

perjudique, con el tiempo, su desarrollo global.

La afectación del ofrecimiento de seguridad en razón de la información o advertencias, que no se proporcionan pese a ser ellas necesarias para evitar o disminuir el riesgo, o sean parciales o inoportunas o tardías, y ello resulte imputable al proveedor, genera un tipo particular de defecto de avisaje. Para algunos, el advertir o informar o prevenir al consumidor de los elementos que configuran la seguridad o los riesgos, no debería dejar sin protección al consumidor. Sin embargo, si bien podrían haber casos extremos que supongan la no exoneración de la responsabilidad del proveedor, habrán supuestos en los que la explicación de las ventajas y la presentación de los riesgos, debe ingresar a la esfera del consumidor determinando, por la asunción del riesgo, la ausencia de defecto.

Solé y Feliu puntualiza, citando a Weber (328), que en aquellos casos en los que las posibilidades de diseño determinan que no se forme una expectativa general de seguridad o, en nuestra opinión, no se genere una expectativa explícita de seguridad, no debe excluirse *a priori* que el fabricante pueda limitar las expectativas mediante instrucciones o advertencias claras o inequívocas.

La presentación con todos los elementos que precisa la regulación nacional, debe ser analizada en cuanto a la obligación del proveedor de incluir un diseño y mecanismos de fabricación e información dotados de viabilidad en el ámbito de la seguridad de los productos. Dada su posición en el mercado, el proveedor es el que está en mejor posición de asumir el brindar información sobre la seguridad antes, durante y después de la colocación del producto, debiendo mantenerse alerta a ello.

Coincidimos con Solé y Feliu en cuanto a que, si el riesgo creado por el diseño o la fabricación puede eliminarse o reducirse a un costo razonable frente al supuesto concreto, debería el proveedor incorporar la medida y mantener o incrementar los controles de seguridad sobre el proceso de fabricación, debiendo asumir el riesgo respectivo (329). La información cumple la función de advertencias cuando el diseño o la fabricación no pueden eliminar o disminuir el riesgo. Se da al consumidor, la opción de optar por el riesgo. Mantiene esta función, cuando se puede eliminar o disminuir el riesgo gracias a la advertencia; la circunstancia debe ser informada con las instrucciones adecuadas para un consumo seguro.

Cabe destacar, que la Directiva Comunitaria europea en su artículo 6°, inciso c) introduce la noción referida al “momento de la puesta en circulación del producto”, situación que determina una circunstancia temporal que permite valorar la defectuosidad de un producto pues éstos pueden estar sometidos a diferentes etapas que suponen su concepción, diseño, experimentación, ajustes, fabricación, colocación o distribución, uso del consumidor, daño, proceso judicial y reconocimiento final del derecho lo que puede variar sustancialmente la evaluación de los hechos.

El texto del artículo 32°, inciso b) de la Ley peruana alude más bien, al modo particular de colocar el producto considerando o incluyendo la apariencia, el uso de la marca, la publicidad o el empleo de instrucciones o advertencias, todo lo cual lleva a un juicio global. No podemos dejar de advertir que el tema de la oportunidad o momento de la colocación del producto, puede constituir una circunstancia que forma parte de todas las que inciden en el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho y debe ser evaluada de manera objetiva.

La puesta en circulación o la “puesta del producto en el mercado”, supone la entrega voluntaria con una renuncia al “señorío” o poder efectivo que ha tenido sobre el producto, materializándose un acto jurídico en donde está la voluntad del proveedor de que el producto deje su esfera para ingresar a la esfera de consumo por su ingreso al mercado y concretamente, al ámbito de consumo mediante una entrega material y efectiva (330). El proveedor desde entonces, pierde toda posibilidad de influir en el producto. Pero ello plantea el tratamiento que se debe dar a los casos en los que no hay aún esa entrega efectiva pero se produce, por ejemplo, la exposición del producto en una feria, causándose daño a los que disfrutan del producto para probarlo. A ello, debe sumarse la discusión sobre la presencia de la relación de consumo.

Queda entonces por ponderar si el producto no estaba listo sino que la exposición significaba solo una etapa que suponía que el proveedor no perdería aún el control del producto y solo había una expectativa del consumidor en cuanto a que, por ejemplo, lo que mostraba el productor para su venta, era un producto seguro.

Consideramos que hay supuestos que involucran una perspectiva más bien amplia del concepto

328. *Ibidem*, p. 199.

329. *Ibidem*, p. 202.

330. ALCOVER GARAU, *Ob. Cit.*, p. 119.

de puesta en el mercado considerando su colocación directa o potencial al consumidor como destinatarios finales del mismo generando un ámbito de protección para los daños.

A ello, deberá agregarse el supuesto de la puesta en el mercado por parte del proveedor del producto terminado o el de las partes integrantes. Será menester considerar el impacto que tiene el producto como parte integrante o como terminado en el daño considerando la relación de causalidad.

Conforme al *Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998)*, un producto es defectuoso cuando al tiempo de la venta o distribución, éste contiene defectos en su fabricación, es defectuoso en su diseño o defectuoso a causa de sus instrucciones o advertencias. La consideración del tiempo de valoración se vincula a la venta o distribución como punto de inicio apuntando incluso a la prueba.

Como indicamos, un tema adicional en torno a las advertencias, radica en considerar, de acuerdo a las condiciones de riesgo del producto, la consideración de que la generalidad de las personas no siempre procede a la lectura de las instrucciones o advertencias colocadas con los productos. Hay una cierta *economía cognitiva* (y hasta flojera) que las lleva a leer con rapidez, solo lo necesario y a veces, ni siquiera leer los mensajes escritos (331). A ello se suma el hecho de que, en ciertas comunidades que habitan nuestro país, ha primado más la cultura de la transmisión oral que escrita (332) lo que hace que las personas no lean o lean poco. Su cercanía a “lo letrado” no ha sido desarrollada por hábitos culturales. Tal situación que repercute en las reales circunstancias para medir la defectuosidad, refuerza la necesidad de recurrir en ciertos casos, a la transmisión de información mediante consejos brindados por el vendedor en la etapa de venta cuando el producto así lo amerite más aún si hay un uso previsible del producto con arreglo a las circunstancias descritas.

2.2.3.3. El uso previsible del producto.

Conforme al artículo 32°, inciso c) de la Ley de Protección al Consumidor, el proveedor será responsable por los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. La Directiva europea 85/374 de 25 de julio de 1985, expresa en su artículo 6°, inciso b) que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar, atendiendo a todas las circunstancias tales como el uso al cual el producto sea razonablemente destinado. El uso razonablemente previsible del producto constituye una de las circunstancias recogidas en la normativa de los países de la Unión europea que han transpuesto la Directiva antes mencionada. Tal uso, no debe entenderse en los términos de la aptitud o idoneidad del producto, tema que, como vimos, se discute en el marco de las regulaciones del derecho de los contratos. Tampoco esta noción se debe reducir al ámbito del uso conforme al destino, pues, como bien señala Solé y Feliu (333), existen otros usos no coincidentes con el destino, los cuales resultan razonablemente previsibles, pudiendo afectar la seguridad a que las personas tienen derecho, de acuerdo al texto de la normativa nacional. Si la predeterminación del proveedor en cuanto al uso, permitiera exonerarlo, se llegaría a crear un ámbito de desprotección por la sola declaración del proveedor lo que resulta excesivo. Su mayor conocimiento del mercado y del producto, e inclusive de la conducta del consumidor, a quien analiza y luego persuade para colocar el producto, lo hacen la persona adecuada para advertir y tomar las medidas que resulten necesarias respecto del defecto. El Reporte del *European Consumer Law Group* sobre el proyecto de Directiva de 1976, ya aludía al derecho del consumidor a recibir una indemnización por los daños producidos por el uso normal del

-
331. La referencia indicada, corresponde a los interesantes comentarios que sobre el tema, realizara la doctora Mary Louise Claux Alfaro, PHD en Psicología y profesora titular de la Pontificia Universidad Católica del Perú en entrevista realizada en el mes de mayo de 2006.
332. La información proviene de la entrevista mencionada en la cita anterior. La historia del Perú, ratifica esta forma de conexión con la información del pasado que se extiende al presente, existiendo fallas en la formación educativa que no han conseguido imponer eficientes hábitos de lectura.
333. *Ob. Cit.*, p. 207. En este sentido, hay abundante referencias al Derecho alemán y a lo escrito por juristas alemanes los que son citados también por Solé y Feliu a través de toda su obra pero especialmente, en este tema. Véase el trabajo de este último autor en la obra indicada, p.p. 207 a 248.

producto, salvo cuando resulte imposible obtener beneficios derivados del uso del producto sin sufrir cierto perjuicio como ocurre con el tabaco en el caso del cáncer (334). En Alemania, el Tribunal Supremo Federal se pronunció por la responsabilidad del productor por los daños generados por el uso del producto conforme al normal destino, en la sentencia dictada el 26 de noviembre de 1968 referida a la peste de las gallinas (*hühnerpestfall*); el producto, una vacuna, fue utilizada de acuerdo al destino, produciéndose una contaminación bacteriana que ocasionó la muerte de 4,000 gallinas; debido a la contaminación bacteriana, no solo no se inmunizó a las aves, sino que se activó el virus de la vacuna matando en lugar de proteger. En dicho país, el Supremo Tribunal Federal también ha reconocido que la protección al consumidor debe darse respecto de los usos anormales que resulten previsibles. La habitualidad de la conducta del consumidor o el que se haya presentado circunstancias determinadas de uso que hayan causado daño como parte de los registros del producto, determina que el proveedor deba considerar el hecho como un uso previsible.

Respecto de lo ocurrido en el derecho de los Estados Unidos de América, la posibilidad de que se produzca un evento o que éste se haya intentado u ocurrido aunque no sea habitual, ha determinado que se impute responsabilidad al fabricante. William L. Prosser, en *The Fall of the Citadell* (335), ya aludía a que desde 1966, la doctrina angloamericana admitía la defectuosidad de un producto no solo cuando éste no ofrecía la seguridad para el uso al que está destinado (intended use) sino también cuando no era seguro en relación al uso que pudiera esperarse de él y no se habían proporcionado las debidas advertencias. La doctrina y la jurisprudencia de dicho país ha distinguido entre el uso al que se destina el bien (intended o contemplated use) y el misuse (que incluiría el abnormal use o unintended use), el que puede abarcar todas las posibilidades de uso diverso a aquel al que normalmente se destina el producto como al uso contrario a su finalidad. Ello llevaría a suponer una doble clasificación. Destaca Solé y Feliu (336), que el *misuse*, puede someterse al análisis sobre si resulta previsible o no, admitiéndose la responsabilidad del fabricante en el primer caso mientras que en el segundo, se produciría la asunción del riesgo por parte de la víctima, liberando al proveedor. Hay que reconocer que bajo el *mal uso*, pueden entrar todas las hipótesis de uso que representen no utilizar el producto para la finalidad proyectada por el proveedor.

Sobre lo ocurrido en los Estados Unidos de América, es importante recordar lo manifestado en el caso *In re September 11 Litigation*. 2003 WL 22077747 (S.D.N.Y) en donde se utilizaron los aviones como armas letales para ataques terroristas. Allí, la Corte ha sido sumamente estricta o rígida al advertir que, en la medida que ya se habían producido secuestros de las naves aéreas, era menester que los fabricantes de aviones tomaran medidas rigurosas para controlar el acceso de invasores a esta área. No es necesario que sea habitual el uso bastando que solo haya ocurrido una vez, en una magnitud como la indicada o sin ella, para que ingrese al campo de la previsión del fabricante. La importancia de la nave aérea por las pocas o reducidas posibilidades de salvataje que ofrece, el peligro que genera en el aire para los que están en tierra, hace necesario un cuidado extremo en su diseño, fabricación y advertencias.

Solé y Feliu, resalta que, trasladada al derecho europeo, la doble clasificación de uso entre el buen uso o uso conforme a la finalidad y el mal uso o disconforme con la finalidad proyectada por el proveedor, se habría realizado una división adicional: la categoría del *misuse*, se dividiría a su vez, en el uso inapropiado o defectuoso y el abusivo que sería el mal uso. Por ello, se observa en doctrina, una división del uso conforme al normal destino del producto (*bestimmungsgemäBe Gebrauch*); al uso previsible defectuoso o anormal (*vorhersehbare Fehlgebrauch*) y al uso contrario al destino, abusivo o el mal uso (*miBbrauch*). La conexión entre el uso previsible y el supuesto de defectuosidad, deberá producirse frente al caso concreto. La clasificación es, en todo caso, de utilidad para una mejor revisión y comprensión del tema.

A ello, deberá agregarse la concurrencia de la imprudencia de la víctima, elemento que, para el caso de que sea previsible un uso determinado (sea anormal, defectuoso, abusivo o hasta contrario al uso normal), no alcanzaría a liberar al proveedor.

Siguiendo esta tipología, la generación de un daño derivado *del uso del producto conforme a su normal destino*, o a su destino habitual, apropiado o normal, permite presumir que se ha infringido el deber del proveedor, de garantizar la seguridad de los productos que coloca en el mercado. Será importante la determinación objetiva del uso que responda al normal destino del

334. *Ibidem*, p. 206.

335. PROSSER, William L., *The Fall of the Citadell (Strict Liability to the Consumer)*, 50 Minn. L. Rev. 791 (1966) 791-848. Citada también por SOLÉ Y FELIU, *Ibidem*, p. 213.

336. *Ibidem*, p.p. 218 y 219.

producto. Tiene un especial valor, las informaciones que sobre el particular, realice el proveedor lo que no podría representar una barrera para la aplicación del régimen pues lo que se evaluará es lo que muestra el producto mismo en cuanto a su uso conforme a su normal destino. Pueden darse percepciones de la sociedad que el proveedor conozca respecto de lo que se tiene como un uso normal del producto, debiendo el proveedor considerar estos elementos aún cuando éste pueda no ser el que tenía el producto originalmente. Es un uso previsible y hasta normal, que usemos los lapiceros para escribir y que un determinado momento, los niños, los adolescentes y hasta los adultos, llevemos la parte contraria a la punta, a la boca. Al ser esto previsible, utilizar material nocivo o tóxico, para fabricar los lapiceros, generaría responsabilidad del proveedor. Las botellas de vidrio de ser reutilizadas para colocar algún producto como por ejemplo, una bebida, suelen ser utilizadas en nuestro país, tras su primer uso, para llevar líquidos de diferente naturaleza e inclusive de efectos tóxicos (gasolina, kerosén, etc.), lo que exige limpieza profunda del mismo si se emplea nuevamente. Es normal o habitual que se use para consumir la bebida y luego, para llevar otros líquidos. El fabricante que reutiliza estos envases, debe prever tal doble uso sin pretender imputar un tercero, los daños que se produzcan por una inadecuada limpieza de la botella. Es normal que los niños menores de tres años se lleven los juguetes a la boca, lo que conduce a utilizar materiales adecuados, aunque se trate de pelotas (que están diseñadas para el juego a través del rebote o para que rueden) y que se advierta que los juguetes con piezas pequeñas, pueden ser tragados por los niños. Basta en todo caso, que el uso pueda admitirse como conforme a su normal uso y ello sea razonablemente previsible para que el proveedor deba adoptar las precauciones del caso en la fabricación y colocación del producto. Dos casos que se presentaron en España, en torno a defectos de diseño, permiten considerar un uso del producto conforme al destino normal del mismo, produciéndose un grave daño por la falta de advertencia y de toma de medidas adecuadas para impedir el daño. El primero corresponde a los seguidos entre *Luis A.M. y Josefina V.M. contra Interdulces S.A. y Ana María G.J.* (STS, 1ª, 10.06.2002. Ar. 6198). El actor compró a su hijo de tres años, una golosina, conocida como “fresón”, la misma que era fabricada en Italia y distribuida en España. El menor falleció por asfixia mientras era trasladado al hospital en tanto el dulce tenía un diámetro de 3,5 centímetros y una textura que hacía difícil que fuera masticada y tragada por un niño. Luego de ocurrido el hecho, la Dirección General de Consumo de la Junta de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Sanidad y Consumo, consideraron que la golosina era peligrosa para la vida de los niños, principales destinatarios del producto, habiendo uno de ellos fallecido por usar o consumir el producto conforme a su normal uso o al uso para el cual está destinado una golosina que es a ser consumida por niños de diferentes edades (337). Debemos asumir que no había una advertencia en cuanto a que no podía ser consumido por niños de tres años o menos. Otro caso también referido a un defecto de diseño, es el de *Arsenio R.V. contra “Hiper Bebé, Roma 40-Bebés” y “Cunitor, S.A.”* (STS, 1ª, 25.5.1996. Ar. 4853) en el que la hija del actor, un bebé de seis meses de edad, murió por asfixia tras quedar atrapada entre los barrotes de la cuna, diseñada de forma defectuosa concluyendo la autoridad en que ello ocurrió “al no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos la cabeza” (338). Un uso normal de la cuna es el que sirva de cama y área de juego del infante siendo razonablemente previsible, que el bebé experimente en él debiendo por ello, tener las seguridades que el caso amerita en cuanto a material y diseño. Creemos que las advertencias no habrían bastado salvo que se señalara que no puede ser usado por niños menores a cierta edad cuya cabeza es pequeña y puede ingresar entre los barrotes.

Por otro lado, al ser considerado como circunstancia para medir la defectuosidad, el uso previsible, pueden ingresar a tal ámbito, distintas hipótesis (pues la normativa es amplia y no realiza distingo en contrario o con carácter limitativo, por lo que no cabe excluir ningún supuesto de uso previsible); en este sentido, se encuentra lo que en doctrina se conoce como *uso anormal o defectuoso* por parte del consumidor. Se considera que el uso inapropiado, anormal o defectuoso puede establecerse tanto respecto del modo de empleo del producto como al círculo de eventuales destinatarios (339). Un uso abusivo o defectuoso puede comprender el de un ascensor al que ingresa más personas de las que permite el uso normal según las advertencias de

337. SALVADOR CODERCH, Pablo, José PIÑEIRO SALGUERO, Antoni RUBÍ PUIG, “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (*Law enforcement*)”, Working Paper N° 164, Barcelona, octubre de 2003, p. 17. Se puede hallar el caso en InDret, www.indret.com.

338. *Ibidem*, p. 17.

339. SOLÉ Y FELIU, *Ob. Cit.*, p.p. 214 y 215.

uso del producto. Se observará que los ascensores no cierran sus puertas o no funcionan hasta que cuente con el peso admitido. Pero si no se colocara un accesorio como el indicado, podría surgir una discusión sobre la suficiencia de una advertencia que no siempre es observada cuando hay urgencia en el uso del ascensor frente a la posibilidad que funcione el ascensor en las condiciones descritas y caiga por esta razón. Las bolsas plásticas pueden tener un uso previsible y probablemente, han sido usadas de manera hasta anormal en algunos países, colocándose a los niños en la cabeza generando asfixia. Por tal razón, en muchos países se especifica que hay tal peligro en las bolsas plásticas, lo que sin embargo, no se produce en nuestro país. No conocemos casos de asfixia de los niños en Perú. Probablemente, las bolsas plásticas que sirven para llevar los productos del supermercado o para empaquetar, son reusadas por los adultos para la basura o para reempaquetar otras cosas y no suelen darse a los niños para que jueguen con ellas. Pero ante tal riesgo, deberían colocarse en nuestro país, advertencias específicas sobre tal uso que puede representar un uso abusivo y de, darse un mayor número de casos, por ejemplo, por establecerse la moda de un juego novedoso con bolsas en la cabeza, lo que significaría hasta un uso hasta normal. No conocemos que las bolsas que se entregan en los supermercados de Lima, lleven tal advertencia. Cuando el fabricante o proveedor, puede prever sin gran esfuerzo, de forma razonable, un uso que aunque es ajeno, es previsible, debe adoptar las medidas del caso para evitar la peligrosidad o advertir a los consumidores de los riesgos. Aunque el uso defectuoso habitual hace más previsible la circunstancia, no está excluido un uso defectuoso extraordinario siempre que sea previsible o imaginable en un terreno teórico o con posibilidades de materialización por darse indicios de ello (340). Como indicamos al iniciar la discusión sobre el uso razonablemente previsible, es importante considerar el elemento del registro sobre los usos que se ha dado al producto, tema que debe ser investigado por el proveedor hasta un nivel razonable de acuerdo al producto. En todo caso, si ya se han producido casos de usos defectuosos determinados que han causado daños, será relevante evaluar la frecuencia de los mismos. Empero, ello no significa un “escudo” para el fabricante quien tendría que esperar a que se produzca un número determinado de daños para adoptar acciones o instruir al consumidor pues un solo caso, puede hacer previsible el uso defectuoso. De esas circunstancias que serán analizadas por lo general, cuando se produzca el daño, dependerá el juicio sobre la responsabilidad al proveedor.

Sobre el *mal uso*, menciona Solé y Feliu (341) que se trata de un uso tan excepcional y tan ajeno a la esfera de funciones que son propias del producto que ya no resulta previsible, de manera razonable, tal uso o consumo, sea desde la perspectiva de un proveedor “ideal” como del consumidor. El uso debe ser irrazonable según las circunstancias que se constituya en una real frontera de la previsibilidad; sin embargo, si se torna previsible, aunque sea irrazonable, subsistirá el deber de información o advertencia del proveedor. Un mal uso fue la inhalación del vapor que desprendía un disolvente utilizado habitualmente para limpiar los equipos frigoríficos que un aprendiz tomó y que generó un fallo de la autoridad judicial alemana mediante sentencia dictada en el año 1981 por la que se excluyó de responsabilidad al fabricante al considerar que el uso era extraño o abusivo o contrario a la finalidad del producto. El pegamento usado para cueros, fue empleado por un largo tiempo no solo para el uso normal indicado sino como una droga por la vía de la inhalación. La frecuencia de tal uso, obligó a advertir la posibilidad de tal uso. Creemos que aunque es un mal uso que una máquina automática que coloca pernos o clavos sea utilizada como arma, ello puede, tornarse en previsible y obligar a la advertencia al consumidor para que ésta, sea guardada en lugares seguros y no solo fuera del alcance de los niños.

Será fundamental, que el proveedor adopte las medidas necesarias o advierta los riesgos de cualquier uso que resulte previsible. La clasificación tiene efectos metodológicos no pudiendo alterar el análisis que con criterios objetivos y en función de un juicio global que tenga en cuenta las “particulares circunstancias concurrentes” (342), deberá practicar la autoridad judicial, siendo evidente que mientras más específico o excepcional o hasta absurdo, sea el uso, más difícil será probar la previsibilidad del proveedor. Queda claro además, que no hay un modelo uniforme para determinar cuando aludir a expectativas razonables aunque si es evidente que no se trata de considerar la subjetividad de cada consumidor.

La referencia al uso previsible, lleva a analizar también el momento de la valoración de tal circunstancia, la que debe darse, en nuestra opinión, al momento de la puesta en circulación del

340. SOLÉ Y FELIU, *Ibidem*, p.p. 215 y 216.

341. *Ibidem*, p.p. 216 y 217.

342. *Ibidem*, p. 222.

producto, lo que no exime de la observación y seguimiento del producto después de que ocurre tal evento para los efectos de que el proveedor conozca los usos potenciales y advierta de ellos o adopte las medidas que corresponda para los productos colocados o los que coloque de manera posterior.

Conforme al artículo 9º de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, los productos y servicios puestos a disposición del consumidor, no deben llevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes y, en caso que por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor, de dicho riesgo así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio. De acuerdo al artículo 10º, en caso de que se coloque en el mercado, productos o servicios en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el proveedor se encuentra obligado a adoptar todas las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro, tales como notificar a las autoridades competentes esta circunstancia, retirar los productos o servicios, disponer su sustitución o reparación, e informar a los consumidores oportunamente con las advertencias del caso. Basta que el riesgo se torne previsible o se detecte la existencia de peligros no previstos, para que se genere la obligación de advertir del riesgo o del modo correcto de utilización debiendo el proveedor adoptar las medidas que resulten necesarias de acuerdo al caso entre las que se hallan las indicadas en el artículo 10º ya mencionado.

La obligación de observación y seguimiento del producto o como se ha desarrollado en la jurisprudencia y doctrina alemanas, la *produktbeobachtungspflicht*, bajo la responsabilidad subjetiva y extracontractual, representan una expresión de la obligación general de seguridad en el tráfico. Solé y Feliu (343) anotó que, aunque no se contempla de manera expresa esta imposición en la Directiva comunitaria europea, al aludir a la circunstancia referida al uso razonablemente previsible del producto, se fija una conexión con esta obligación de manera tal que no se afecte la seguridad a la que las personas tienen derecho.

La previsibilidad llega a presentar supuestos de análisis muy particulares pero al mismo tiempo, de valiosa consideración. Algunos Tribunales en los Estados Unidos de América, argumentan que no hay *misuse*, y con ello, no puede ser liberado el fabricante cuando se producen daños como resultado de un suceso que pese a no formar parte de las posibilidades usuales o función principal del producto, es previsible que se produzca. Ello ha generado el desarrollo, en la doctrina norteamericana, del concepto de *crashworthiness* o *second collision* que involucra a los accidentes generados por vehículos a motor. Se trata de analizar la capacidad del vehículo de resistir un choque y su aptitud para minimizar o evitar los efectos de una primera colisión (344). Si un vehículo ha sido diseñado de manera tal que no resulta capaz de resistir estos riesgos previsibles, será posible imputar una condición defectuosa. Ello involucra que si bien el accidente se produce por el choque de un vehículo contra otro, será menester considerar también, la importancia que tiene en la generación del daño, las medidas o advertencias adoptadas por el proveedor para soportar esta clase de impactos, de acuerdo a lo que resulte previsible. Se alude a la segunda colisión pues al interior del vehículo, las víctimas pueden ser arrojadas fuera del respectivo vehículo o ser desplazadas contra los elementos fijos o móviles del mismo. En tal virtud, se evalúan si los cinturones de seguridad, los espacios al interior de la unidad, el techo o hasta el diseño de los asientos, son los adecuados frente a una colisión, considerando que es previsible que los autos choquen. Así, se producirá una indagación sobre el uso previsible del producto en donde también pueden ingresar otros elementos como la negligencia de la víctima por ejemplo, en cuanto al manejo de la unidad más allá de la velocidad recomendada o la previsible según las circunstancias como cuando se conduce a una velocidad inadecuada por hallarse la vía, mojada o congelada. No se trata de imponer al proveedor, la obligación de diseñar un automóvil seguro frente a cualquier choque sino más bien, diseñar un vehículo seguro en relación a los riesgos razonables y previsibles. Podría juzgarse de la misma manera, la seguridad de una camioneta con tracción en la parte delantera y posterior, conocida como “cuatro por cuatro” que en un auto descapotable deportivo. Hay la percepción de mayor seguridad y hasta estabilidad en la primera de las unidades mencionadas más aún si se asume por efecto de la publicidad, que está preparada para desarrollar viajes por zonas escarpadas en las que se utiliza esa especial tracción. Será necesario evaluar si se alcanza el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho, considerando el uso previsible del producto de acuerdo a lo indicado en el artículo 32º, inciso c) de la ley peruana. La normativa comunitaria europea ni la nacional aluden a este supuesto de manera expresa. En todo caso, lo que se evaluará será la presencia del

343. *Ibidem*, p. 232.

344. *Ibidem*, p.p. 233 y 234.

nexo causal con el defecto imputado al fabricante del vehículo al que se pretenda imputar la falta de adopción de las medidas o advertencias. *Evans versus General Motors Corp.*, revela que la tesis no fue aceptada en sus inicios pues allí se denegó el resarcimiento pedido por los herederos de un conductor que falleció tras el choque de otro vehículo, alegando los demandantes, que la muerte del citado conductor, se produjo a consecuencia de un diseño defectuoso que ofrecía menor protección a quienes lo ocuparan considerando el diseño utilizado por otros productores. El caso data de 1966 (345) y en él, se señaló que el fin perseguido por un automóvil, no incluye su participación en accidentes con otros objetos aunque el fabricante deba prever esta posibilidad, no respondiendo por lo que podría calificarse un *misuse* aunque este sea previsible. Pero dos años más tarde, en *Larsen versus General Motors Corp.*, se produjo un cambio o inversión de los argumentos sentándose la base la noción adoptada mayoritariamente por los tribunales, la misma que si bien se orienta por la negligencia, luego se extiende a la responsabilidad estricta. En el caso, el Tribunal concluyó en que a pesar de que los vehículos no se fabriquen con el objetivo de colisionar, es inevitable que ello pueda producirse alguna vez debiendo el fabricante, utilizar la diligencia razonable a fin de evitar un riesgo irrazonable de daños para el usuario de darse un choque. Como quiera que los accidentes, con culpa o sin ella, son previsibles por el fabricante y hasta estadísticamente inevitables, no había una base para limitar la indemnización pues los daños por esa segunda colisión, resultaban predecibles. Se trató de un choque frontal de dos unidades provocado por el funcionamiento defectuoso de la dirección de uno de ellos. La doctrina se aplica al vehículo como unidad estructural incluyendo su diseño exterior, mecanismo de seguridad y partes exteriores. Hay una responsabilidad del productor por agravar el daño que se genera por la primera colisión, al no prever y adoptar las medidas requeridas o advertir los daños en la segunda colisión. El Tribunal Supremo de Wisconsin en *Sumnicht versus Toyota Motor Sales, USA Inc.* Se pronunció por la defectuosidad de los asientos del vehículo de la Toyota a bordo del cual, viajaba como pasajero en el asiento trasero, el señor Sumnicht, por el hecho de que si aunque, por razones que no se indican, el auto de la Toyota se salió de la carretera y chocó finalmente contra un árbol, la cabeza del pasajero indicado, quedó atrapada en el reducido espacio que tenía el asiento del conductor, terminando sacudido de tal manera que se dañó su medula espinal. Por ello, quedó tetrapléjico. Aunque el demandante accionó contra el conductor del vehículo, sus padres y la aseguradora, luego incluyó al fabricante del auto en que viajaba y a tres vendedores. Se demostró que el demandante estaba tumbado al momento del accidente, debajo del asiento del conductor y que con el choque, la víctima fue lanzada hacia atrás. El Tribunal aceptó las pruebas de las partes pero concluyó en la defectuosidad de los asientos de la Toyota por un diseño y fabricación defectuosa señalando que esta fue la causa de los daños de la víctima aunque reconoció la responsabilidad del conductor. Aunque Toyota apeló, se rechazó ésta argumentándose que el defecto del diseño no era obvio ni perceptible para un pasajero normal de manera tal que se observaba razonable considerar que el sistema de asientos no era tan seguro como podía haber sido o como podían esperar razonablemente los ocupantes de los asientos traseros del vehículo. De ello, se derivó además, una discusión sobre el tema de la prueba (346).

2.2.3.4. Los materiales, el contenido y la condición del producto.

Como se ha indicado, para los efectos de lograr la atención del consumidor, el proveedor realiza las acciones que requieren resaltar las bondades del producto, impactando en él, su aspecto como puede ser el material usado para fabricar un producto (que un auto luzca sólido por el uso de un material que parece proteger como un tanque pero que, sin embargo, pueden ser una trampa si hacen imposible un rescate por impedir que se corten impidiendo el rescate). El contenido puede apuntar a un componente que torna al producto peligroso. La condición en la que se encuentra un producto, puede ser, que éste sea nuevo o usado o de extrema fragilidad o sumamente precible, determinando riesgos que afecten el ofrecimiento de seguridad y con ello, generen la defectuosidad del producto.

Nos hallamos, en este caso, a un grupo de circunstancias que la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, reseña bajo el artículo 32°, inciso d), no encontrando en el Derecho

-
345. Se desarrolló bajo las indicaciones recogidas por SOLÉ Y FELIU, *Ibidem* p. 235. Estas son: 359 F. 2d 822 (7th Cir. 1966), cert.denied 385 U.S. 836, 87 S. Ct. 84, 17 L. Ed. 2d 70 (1966).
346. Citado y expuesto en SOLÉ Y FELIU, *Ibidem* p.p. 240 a 241.

Comparado, una referencia explícita a los materiales, el contenido y la condición del producto para determinar la defectuosidad. Pueden los materiales y el contenido del producto incluirse dentro del gran grupo de lo que conforma la presentación del producto en la regulación comunitaria europea. Pero estas circunstancias también podrían haber sido consideradas como parte del inciso b) que alude a la manera como el producto ha sido puesto en el mercado. En todo caso, el legislador peruano, habría querido conceder parámetros e incluso, guías o referencias para la autoridad judicial, con la finalidad de que pueda juzgar la defectuosidad.

2.2.4. La clasificación del defecto

La triple clasificación facilita la comprensión y exposición de hipótesis de defectuosidad al proyectar conceptos sobre la deficiencia al ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho.

Conforme al *Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1998)*, hay categorías de productos defectuosos, aludiéndose en artículo 2, que un producto es defectuoso cuando al tiempo de la venta o distribución, a) éste contiene defectos en su fabricación, b) es defectuoso en su diseño, o c) defectuoso a causa de sus instrucciones o advertencias. Debe comprobarse que la condición se hallaba presente cuando el producto defectuoso dejó las manos del productor.

La clasificación del defecto de la manera descrita, tiene su origen en el Derecho de los Estados Unidos de América no habiéndola incorporado ni la Directiva Comunitaria europea ni la generada en los países miembros con la transposición ni tampoco la Ley de Protección a los consumidores de nuestro país. Es reconocida, sin embargo, en el ámbito doctrinario y en la jurisprudencia (347).

Resaltan Henderson y Twerski (348), que los defectos de manufactura (*manufacturing defects, manufacturing flaws*) incluyen los casos en los que uno o más productos se desvían de las especificaciones de diseño. Es un supuesto distintivo de la frustración de las expectativas del consumidor. Se trata de la colocación en el mercado de productos aislados o en un grupo de ellos o serie individualmente considerados que se apartan del modelo o *estándar* debido a la falla en el proceso de fabricación que, en sentido estricto, altera la seguridad esperada; se usa para tales defectos, el nombre de defecto de fabricación (349). Sin embargo, anotan algunos autores, que hay en ellos dos elementos que los caracteriza: la previsibilidad de los mismos en el sentido de que su frecuencia puede ser objeto de cálculo estadístico y su relativa inevitabilidad pues siempre existe un margen, pequeño o no tan pequeño, de que se produzcan estos defectos (350).

-
347. Por ejemplo, en España hallamos que, mediante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1984, se hace clara alusión a la responsabilidad civil del fabricante, la que puede basarse bien en la negligente fabricación, en las faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información, tomándose en cuenta el Convenio de la Haya de 21.10.1972, por la incorrecta fabricación o defectuoso envase de un producto y la falta de instrucciones para la utilización de un producto de alto poder tóxico. De la misma manera se expresa la sentencia dictada también en España por el Tribunal Supremo con fecha 03.10.1991, la que hace referencia a la orientación seguida por la jurisprudencia norteamericana y la doctrina alemana en cuanto a la distinción de defectos de construcción o de proyecto, defectos de fabricación y de información o instrucción. También muestran esa misma referencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 29.05.1993. Estas sentencias se pueden hallar en GARCÍA GIL, Francisco Javier, *El Daño extrcontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*, Madrid, Editorial Dilex S.L., 2000, p.p. 353 a 354. Prácticamente todos los que se ocupan de la responsabilidad civil por productos defectuosos, hacen alusión a la triple distinción.
348. *Ob. Cit.*, p.p. 37 y 38.
349. Bajo la terminología norteamericana, se denomina a estos defectos como *miscarriage in the manufacturing process*, y *Fabrikationsfehler* en la alemana. Sobre el particular, se puede leer a ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 191.
350. Lo interesante del tema radica en verificar las posibilidades de que se pueda eludir aplicar responsabilidad al fabricante en estos casos. Para mayor información, se puede leer a POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, *ob. cit.*, p. 181. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ibidem*, p. 192. Tal interpretación no se ha alejado de nuestros fallos administrativos y quedó en evidencia durante un período cuando INDECOPI rechazó analizar casos en los que se daban defectos de fabricación en algunos productos basados en criterios que

Bajo este último supuesto, habría la posibilidad de considerar que ellos no podrían ser totalmente evitados, siendo normal que se presenten estos defectos.

Constituyen ejemplos del defecto de fabricación o manufactura, aquellos que dan cuenta de la aparición de un tornillo, una tapa o una mosca en una botella de aceite o en una bebida que proviene con tal falla desde el proceso de fabricación.

Por otro lado, se considera defecto de diseño o para algunos de construcción (*defective design o design defect*) a los que afectan las características generales de toda una serie o clase de productos por haber sido diseñados de manera deficiente sea al proyectar el producto, elegir el material o los ingredientes que involucra a la totalidad de la producción o al menos a todos los ejemplares de una o varias series productivas (351). Para el profesor Henderson, el defecto de diseño es inherentemente poli céntrico revelando una discusión sobre la búsqueda de seguridad que tiene diversas facetas. El defecto en éste como en los demás casos, debe afectar la seguridad a que las personas tienen derecho, dañando a los consumidores y a sus bienes. Un ejemplo de defecto de diseño, es el presentado en el caso del producto *thalidomida*. Los defectos de diseño admiten además, distinción adicional en errores de diseño involuntarios (*inadvertent design errors*), elecciones concientes de diseño (*conscious design choices*). En el primer grupo, hallaríamos aquellos defectos cuyos peligros resultan de la no observación en la planificación o en el diseño del producto, de reglas de la técnica, normas jurídico-administrativas, normas industriales las que de cumplirse, no siempre aseguran la no generación del defecto pero constituyen una presunción iuris tantum de que hay un defecto pues hay una razón de ser o sustento en la dación de las reglas o del esquema de planificación o diseño que no se ha cumplido, cuando por ejemplo, se llenan las botellas de refresco con más líquido del requerido y las mismas pueden reventar. En el segundo grupo, encontramos aquellos casos o supuestos en los que el propio fabricante decide la adopción de un diseño dando mayor valor a determinados elementos o factores (utilidad, funcionalidad) en perjuicio de otros como la reducción de goce de la seguridad) en un ámbito en el que puede hacer tal ejercicio apareciendo el conflicto ante la presencia del daño y la discusión sobre si la seguridad es el único valor a considerar (352).

Nos hallamos ante un defecto de prevención o información o avisaje (*warning defect, failure to warn, liability for inadequate instructions of warnings*), cuando no se previene, advierte o informa a los consumidores de las posibilidades de que un producto, genere determinado efecto, consecuencia o interacción afectando el ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho. Tal sería el caso de medicamento como un antipirético que causa daño a quienes sufren males cardíacos, no habiendo sido informados los consumidores de tal contraindicación o una medicina para la gripe o la alergia, que es muy efectiva pero que genera un elevado grado de somnolencia que torna peligrosa la conducción de vehículos, no siendo informado el consumidor de tal efecto. Se carece en este caso, de la instrucción o la información del productor o proveedor hacia los consumidores o usuarios respecto de los riesgos del producto y según el caso, sobre la forma más segura de uso o consumo teniendo en cuenta ciertas modalidades de uso o condiciones del usuario (353).

Henderson y Twerski (354), mencionan que la responsabilidad por omisión en la advertencia (*liability for failure to warn*), supone para el demandante se ha producido en el demandante o en su predecesor, en la cadena de distribución, una falla en las instrucciones o advertencias que eran adecuadas para informar del riesgo; las instrucciones y las advertencias cumplen dos funciones: a) reducen el riesgo de daño, colaborando en que los consumidores y usuarios se conduzcan con mayor cuidado; b) hacen que los consumidores y usuarios se tornen hábiles en la toma de decisiones informadas si hallan riesgos que no pueden eliminar con un cuidadoso uso y

creemos básicamente económicos. Aunque más adelante se analizará la Resolución recaída en el expediente N° 311-94-C.P.C. de 20.10.94 en la denuncia planteada por una bebida con “cuerpos extraños” en su interior, esta es un ejemplo de la vigencia de esa línea interpretativa.

351. Bajo la terminología alemana, citada por ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 192, estos defectos se denominan *Konstruktionsfehler*, Anota dicho autor que el problema probatorio para las víctimas ante este rango o forma de defecto, debido a la carencia de información por parte de la víctima, dio pie a una importante tendencia jurisprudencial de responsabilidad estricta u objetiva frente a la de culpa o negligencia.
352. SOLÉ Y FELIU, *Ob. Cit.*, p.p. 663 a 670.
353. Recurriendo nuevamente a la terminología alemana, vemos que ésta denomina a este tipo de defecto como *Instruktionsfehler*. Ello aparece en ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *Ob. Cit.*, p. 192.
354. *Ob. Cit.*, p. 315.

consumo. De esta manera se apunta a una función de reducción del riesgo (*risk-reduction*). Para tales juristas (355), habría una distinción entre instrucciones y advertencias en la medida que en el primer caso, se le dice a los usuarios qué deberían hacer para reducir los riesgos (cuando se advierte que un producto de limpieza, por ejemplo, es tóxico y por ello, se debe usar guantes para proteger las manos) mientras que en el segundo caso, se describen los riesgos que no serían obvios para personas con una inteligencia y experiencia promedio (cuando por ejemplo se advierte que la parte alta de un producto se transforma en algo sumamente caliente). A menudo, los productos requieren de ambas formas de información.

Alguna cortes en los Estados Unidos, han cuestionado esta distinción por considerar que no hay una distinción racional entre el diseño y la fabricación pues el producto puede ser igualmente defectuoso y peligroso si el diseño somete a las personas a un riesgo irrazonable así como puede hacerlo su fabricación (356). En el caso *Cronin versus J.B.E. Olson Corp* se resaltó que aunque es más fácil advertir el defecto en un solo producto mal elaborado que en toda una línea mal concebida, no es sostenible una distinción entre defectos de fabricación y diseño (357). Por otro lado, se considera que estos casos, pueden involucrar una aproximación al lenguaje de la negligencia (358). Si la negligencia se focaliza en la conducta del demandado mientras que la responsabilidad estricta lo hace en el producto defectuoso dejando de lado la conducta del demandado, las cortes norteamericanas, enfrentan con considerable dificultad, la aplicación de esta distinción teórica en el caso de fallas u omisiones en la advertencia pues ello implica que hay un “alguien” que falló en dar esa advertencia. Esto hace difícil encajar esta clasificación con la responsabilidad estricta en el ámbito del derecho de los Estados Unidos de América. Se reconoce en el Comment and Illustration 2(c) del *Products Liability Restatement*, de manera taxativa, que no hay deber de advertir de lo obvio, de los riesgos generalmente conocidos. Queda la pregunta sobre si hay el deber de informar de lo que no se conoce; si el riesgo estaba en posibilidad de ser conocido poniendo el proveedor, su mayor esfuerzo en avanzar en las investigaciones, podría darse una imputación de responsabilidad. Pero la pregunta pone en evidencia que la discusión sobre el acercamiento a la conducta del proveedor, torna más subjetiva que objetiva la responsabilidad ya que no sea analiza el producto sino las acciones del proveedor.

Se ha afirmado, que la clasificación admitiría un número menor de hipótesis (359). La trascendencia del defecto de fabricación, que abarcaría a una o más unidades de un producto, podría conformar un grupo mientras la segunda categoría, estaría conformada por los defectos de diseño e información que abarcarían la esencia del producto.

Para Henderson y Twerski (360), además del supuesto de defecto de fabricación, existirían los llamados *riesgos genéricos* del producto (*generic product risks*) que abarcan dos importantes categorías en los casos de responsabilidad por productos, por los que se producen reclamos en el diseño del producto que exponen a los demandantes a un riesgo *irrazonable* riesgo de daño (por diseño defectuoso) y aquellos en los que el proveedor o demandado, ha suministrado un producto sin adecuadas instrucciones o advertencias sobre los riesgos de daño no obvios (considerados como de *marketing* defectuoso). Los tópicos en ambas categorías, abarcan riesgos genéricos en los productos, en la medida que la unidad como todos los productos ha sido diseñada y sometidos al mismo marketing lo que conduce a que compartan, de la misma manera

355. *Ibidem*, p. 315.

356. Tal opinión se emitió en el caso *Thomas versus General Motors Corp*, 13 Cal. App 3d. 81, 88, 91 Cal. Rptr. 301, 305 (1970). Comentado también por WOOLCOTT, Olenka, *Ob. Cit.*, p. 145.

357. *Cronin versus J.B.E. Olson Corp*, 8 Cal. 3d 121, 501 P2d 1153, 1163, 104 Cal. Rptr. 433, 443 (1972). WOOLCOTT, Olenka, *Ob. Cit.*, p. 145.

358. HENDERSON y TWERSKI, *Ob. Cit.*, p.p. 315 y 316.

359. Véase las indicaciones sobre las tres formas de defecto que se formula, con indicación de casos, en COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Ob. Cit.*, p. 452. Para aquellas posiciones que discrepan de la triple clasificación, se puede leer a PAYET, José Antonio, *Ob.Cit.*, Tomo II, p.p. 709 y 710. Este autor cita a Gary Schwartz expresando que deben reconocerse solo dos tipos de defectos como son los que se refieren a productos individuales y que son causados por una falla en el proceso de producción o distribución mientras que de otro lado, habría un rango adicional por el que se afectaría a toda una clase de productos y que se originan en la forma como el producto considerado en abstracto, fue concebido y puesto en el mercado afectando a todas las unidades del producto. La ausencia de advertencia o información, ingresaría como un defecto de diseño.

360. *Ob. Cit.*, p. 159 y siguientes.

el mismo riesgo potencial. A diferencia del defecto de fabricación, si se condena una unidad del producto por un defecto genérico, se condena a todos los demás (361). Los citados autores, resaltan que la distinción entre defectos de fabricación, defectos de diseño y de advertencias o información, resulta clara; sin embargo, en los dos últimos grupos antes señalados (referidos a los defectos de diseño y advertencia), se aprecia en el Derecho de los Estados Unidos de América, que los demandantes con frecuencia, combinan ambas reclamaciones. La premisa sería que los productos deben ser designados de la mejor forma a efecto de evitar daños; sin embargo, de no ser ello posible, por darse riesgos que no pueden ser evitados y que, comparados con los beneficios, éstos últimos superan a los respectivos riesgos, debería darse una advertencia hacia el consumidor respecto de lo que puede ocurrir en cualquier caso.

Olenka Woolcott subraya que hay diversas consideraciones que ponen en evidencia las dificultades para precisar los límites de la noción de defecto de diseño, observando que el panorama de la doctrina y la jurisprudencia se muestran bastante vago e impreciso y de allí la presión a que deben enfrentarse los jueces en la resolución de casos con un alto índice de poli centristo (362). Esta última acepción, pondría en evidencia los diferentes pero a veces, hasta caóticos puntos de apoyo o centros de gravedad que adopta la jurisprudencia en los Estados Unidos de América cuando trata de analizar estos casos.

Resalta Solé y Feliu (363), que junto con los defectos antes indicados, la doctrina alemana viene reconociendo, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por culpa, dos nuevas categorías de defectos: a) por observación y vigilancia (*produktbeobachtungs-fehlern*) y los defectos del desarrollo (*Entwicklungsfehlern*). La doctrina escandinava contemplaría una categoría más referida a los peligros generalmente conocidos y aceptados, vinculados a un producto o *systemfehlern*, el que abarcaría la situación del alcohol y el tabaco (364).

Sobre el término que utiliza la doctrina alemana y está referida a “los defectos de desarrollo”, o más bien, a los riesgos de desarrollo, cabe señalar que en este contexto, se alude a la afectación del producto por el hecho de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir o conocer aún los riesgos que generaba. Sin embargo, no creemos que pueda considerarse un defecto sino una circunstancia que afecta la fabricación, el diseño o las instrucciones o advertencias en la medida que los conocimientos de la ciencia y la técnica, no permitían conocer la presencia del riesgo (365). En todo caso, es un tema conectado a la previsibilidad del riesgo y con ello, en nuestra opinión, a la causalidad. Los defectos por observación y vigilancia, conformarían un esquema de responsabilidad para los bienes en serie con vista a un esquema extracontractual pero al que no se le aprecia cercanía o la vigencia en un régimen objetivo. Por otro lado, la jurisprudencia norteamericana lo ubica en el esquema de los defectos de información no obstante que la doctrina alemana insiste en mantenerlo como una categoría autónoma de defecto con vista al deber de seguridad en el tráfico derivado del artículo 823.1 del Código civil alemán (BGB), pudiendo vincularse a cualquiera de los tres defectos ya expuestos, lo que revela que es más un simple deber de diligencia (366) casi accesorio.

Finalmente, cabe señalar que en torno al tema de la tipología básica de los tres defectos antes indicados, Alfredo Bullard mencionaba en sus clases de Análisis Económico dictadas en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú hacia el año 1998, que además, existiría una última clasificación del defecto consistente en el análisis de la idoneidad del uso por el cual el proveedor debe responder por otros usos razonables que puedan concederse al bien y merezcan advertencias o medidas de seguridad. Reconoce Bullard, que éste es más un criterio o pauta o circunstancia que un tipo de defecto. En efecto, no hemos encontrado una referencia similar en el Derecho Comparado ni en el nacional.

2.3. Los “rostros” del defecto en las resoluciones administrativas y judiciales.

361. *Ibidem*, p.p. 59 y 60.

362. WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea. Ob. Cit.*, p. 147.

363. *Ob. Cit.*, p. 570.

364. *Ibidem*, p. 571.

365. *Ibidem*, p. 576.

366. *Ibidem*, p. 578.

Como ya se señaló, del manejo jurisprudencial en materia de productos tiene como marco general, el importante desarrollo industrial al que se sometió la sociedad. Como indicamos, marcó un hito, el precedente dictado en 1962 por la Corte Suprema de California en *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* al aludir que bastaba la “existencia de un defecto en el diseño y la manufactura del cual el consumidor no era consciente que volviera al producto, “inseguro para el uso al cual estaba destinado” para hacer responsable al fabricante de cualquier daño derivado del defecto (367). En el ámbito nacional, las resoluciones de los órganos de protección al consumidor de Indecopi, han ratificado la falta de las características que hacen al producto inesperadamente peligroso confrontándolo con aquellas pautas que moldean, para el caso concreto, la seguridad. La exposición de los argumentos jurídicos utilizados en el caso *Dyazide*, que más adelante analizamos, pone en relieve los criterios adoptados sobre la peligrosidad y a las expectativas del consumidor.

Respecto de los casos atendidos en el ámbito administrativo, exponemos aquellos que permiten apreciar las características de los conflictos que se producen en nuestro país siendo objeto de examen por la Comisión de Protección al Consumidor (368).

2.3.1. Tratamiento administrativo

2.3.1.1. Sobre el defecto de fabricación.

Resulta útil señalar que si bien en los casos que expondremos, la Comisión de Protección al Consumidor de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual-Indecopi, apuntó a incluir bajo su competencia y análisis, los diversos supuestos en los que se analizó una infracción por la colocación en el mercado de un producto defectuoso, ese no fue siempre el criterio imperante. En efecto, como indicamos al tratar los comentarios existentes en doctrina en torno a los defectos de fabricación, se dictaron en el pasado algunas resoluciones como la recaída en el expediente N° 311-94-C.P.C. de 20.10.94 por la que la Comisión antes señalada bajo un criterio que recuerda a lo descrito por autores que manejan el Análisis Económico del Derecho (369), ante la denuncia de doña María del Rosario Corpancho en contra de la fabricante de una bebida gaseosa, precisó que conforme a los artículos 5°, inciso a) y 9° de la Ley de Protección al Consumidor, “el único aspecto vinculado al tema de salud que se encuentra dentro del ámbito de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor, es el verificar que los proveedores de productos o servicios que representen en situaciones normales de uso, un riesgo o peligro para la salud, informen de manera adecuada al consumidor de dicho riesgo y de los modos correctos de utilización del producto o del servicio a fin de evitarlo” (370). La misma resolución aludió a que las aguas potables jarabeadas como aquella que fabricaba la denunciada, no representaban en *condiciones normales de consumo*, (la cursiva es nuestra), una situación de riesgo para la salud o seguridad del consumidor. Se aludió en la resolución que el hecho de encontrar “cuerpos extraños” en un envase de una bebida o agua potable es presumiblemente, una condición anormal en el proceso de elaboración de dicho producto, ello no generaba la obligación de informar sobre los riesgos pues al ser anormal y excepcional la situación, se incurría en altos costos al elaborar y transmitir dicha información al mercado. Estos costos trasladados, finalmente, al producto y por ende, al público consumidor, habrían ocasionado un aumento generalizado de los precios.

Bajo esa línea argumentativa, la Comisión de Protección al Consumidor se inhibió del conocimiento de tal denuncia y remitió los actuados al Ministerio de Salud por considerar que

-
367. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 705. Aunque no se dio una profundización del concepto de defecto, se considera que ésta vendría tiempo después con el *Restatement of Torts (Second)* el que establece en su utilizada Sección 402A, la responsabilidad estricta en razón de daños causados por un producto en una “condición defectuosa irrazonablemente peligrosa”.
368. Por ejemplo, la dictada contra Frigoríficos DEMESA S.A. mediante Resolución N° 275-97-TDC; contra Embotelladora Latinoamericana S.A. a través de la Resolución N° 097-97-TDC y, sobre todo, contra Embotelladora San Bartolomé S.A. por Resolución N° 116-97-TDC. Reviste especiales características es la pronunciada contra ésta última por las razones que se exponen en este trabajo.
369. POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Fourth Edition, *Ob.Cit.*, p. 181.
370. Inciso Nueve de la Resolución citada.

sobre la base del entonces vigente, Código Sanitario y al Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud contenidas en el D.S. N° 002-92-SA, entre otras normas, ésta debía asumir competencia cuando se trataba de casos que involucraran daños potenciales a la salud de la denunciante como para a la salud pública. Cabe preguntar cómo conciliar el uso del término, “peligro potencial” que justificó la derivación del caso a la autoridad de salud y del otro lado, la inhibición de la Comisión de Protección al Consumidor. La única respuesta que hallamos, se vincula al hecho de que para la citada Comisión, si bien estos casos debían ser analizados, no merecían la intervención de dicho órgano por su excepcionalidad y sobre todo, por resultar prácticamente inevitables.

Vemos que ese criterio ha sido dejado de lado por otro que ratifica la competencia del ente administrativo para todas las formas que pueda revestir el defecto. Coincidimos con este último criterio. En todo caso, esta resolución no fue apelada por la accionante por lo que quedó consentido.

2.3.1.2. La historia de un producto riesgoso: El medicamento “Dyazide”.

Un caso particularmente relevante o “emblemático” por el que se establecieron criterios para evaluar la razonabilidad de las advertencias referidas a los riesgos, es el contenido en la Resolución N° 095-96-TDC en el expediente N° 202-1996-C.P.C. en el procedimiento tramitado de oficio, contra Smithkline Beecham I.A.C. Sucursal del Perú y Hersil S.A. Laboratorios Farmacéuticos Industriales, vinculado a la fabricación y puesta en el mercado del medicamento llamado “Dyazide”. Dicho producto estaba destinado a producir un efecto diurético al llevar como componente activo, la sustancia denominada “Hidroclorotiazina”.

Aunque describiremos el caso tal y como ocurrió, es necesario destacar que el artículo 42° de la Ley de Protección al Consumidor, consideraba la intencionalidad del sujeto activo de la infracción, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor en razón del hecho infractor y la reincidencia o reiterancia del proveedor como elementos para aplicar y graduar la sanción. Mediante la Ley N° 27311, en el artículo 41° de la Ley, que se ocupa del tema, se atiende a la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión de Protección al Consumidor.

Hersil S.A. fabricaba el producto mencionado por encargo de Smithkline Beecham I.A.C. Sucursal del Perú, de acuerdo a un contrato celebrado y según la información técnica que proporcionaba la empresa que para mejor comprensión del caso, llamaremos Smithkline mientras que usaremos la simple designación de Hersil para referirnos al otro protagonista de esta historia. El defecto surgió al producirse un error en la fabricación del lote N° 911975 pues se colocó Clorhidrato de Trifluoperazina -de efecto antipsicótico- en lugar de la Hidroclorotiazina-de efecto diurético, poniéndose en el mercado, tabletas de Dyazide con 25 miligramos de Clorhidrato de Trifluoperazina.

Como se señala en la misma resolución, el error fue detectado por Hersil, el 14 de mayo de 1996 como consecuencia de una conciliación física y documentaria al hallarse en sus almacenes, Hidroclorotiazina mientras que faltaba Clorhidrato de Trifluoperazina. Al seguir con las investigaciones, se confirmó pues, que en el mencionado lote del producto Dyazide no había Hidroclorotiazina. Hersil comunicó el hecho a Smithkline con fecha 15 de mayo del mismo año, la que afirmó luego, haber instruido a sus distribuidores para que inmovilizaran el lote defectuoso. Por otro lado, según revelaron las investigaciones, la misma Hersil envió una muestra a un laboratorio para determinar si existía o no, Clorhidrato de Trifluoperazina en la muestra del medicamento remitida por tal empresa. El 17 de mayo, se habría confirmado que la sospecha era correcta. Ese mismo día, los funcionarios de Smithkline informaron del error a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud-DIGEMID, redactando un aviso publicado el 20 de mayo en los diarios “El Comercio”, “Ojo” y “Expreso”. Estos avisos se repitieron además, el 24 de mayo y con posterioridad al inicio del procedimiento por parte de la Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi. Ésta señaló en la resolución respectiva, haber promovido que los denunciados elaboraran un plan de acción para la identificación de los afectados por el medicamento defectuoso como a prestarles asistencia médica para disminuir o desaparecer los efectos perjudiciales del medicamento. El plan de

acción comenzó a ejecutarse el 17 de junio de 1996. El desarrollo y los resultados del mismo, fueron remitidos semanalmente a la Comisión por los denunciados, detectándose 100 casos que merecieron la colaboración respectiva.

Para la Comisión, constituyeron cuestiones en discusión, determinar la existencia de infracciones a la Ley de Protección al Consumidor como consecuencia de la colocación o puesta en el mercado, de un producto defectuoso (calificación que se realiza tomando en cuenta los requisitos de la Ley mencionada); la verificación sobre si los denunciados o proveedores, adoptaron las medidas razonables para eliminar o reducir el peligro derivado de productos en los que posteriormente se detecta la existencia de peligros; y, por último, el confirmar que las empresas denunciadas brindaron información sobre la ocurrencia misma del problema. Se analizaron los artículos 8°, 9° y 10° de la mencionada Ley a fin de disponer la aplicación de sanciones en concordancia con los artículos 39°, 41° y 42° de la misma Ley según texto vigente a la fecha de los hechos.

Resulta obvio que por las características mismas del problema y por lo mencionado en las resoluciones, se debió tomar en cuenta lo previsto en el artículo 32° de la Ley en cuanto a la obligación del proveedor de no colocar en el mercado, productos defectuosos, aspecto en el que, en nuestra opinión, también es competente la Comisión.

Para la Comisión, quedó comprobada la infracción a los artículos 8°, 9° y 10° de la Ley de Protección al Consumidor. De acuerdo a tales normas, los proveedores en principio, no pueden introducir en el mercado, productos que representen un riesgo injustificado o no advertido para la salud o la seguridad de los consumidores. Se precisó, en concordancia con lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia dictada sobre la materia, que “el riesgo para la salud o seguridad de los consumidores debe ser aquél que un *consumidor razonable* espera en circunstancias previsibles o normales.” (La cursiva y las comillas son nuestras).

Se agregó en la resolución, que en aquellos casos en los que se estaba ante bienes que por naturaleza, representaban un riesgo para la seguridad o salud de los consumidores, los proveedores debían advertir de manera adecuada y oportuna acerca del riesgo.

La Comisión consideró que en el ámbito de los medicamentos, los consumidores están sujetos a riesgos previsibles, tales como los efectos secundarios del producto o las consecuencias de una sobredosis. El consumidor debe ser adecuado y oportunamente informado. Todo riesgo adicional es, por definición, injustificado.

La oferta de seguridad no se produjo en forma alguna al introducir un riesgo anormal, irrazonable o impredecible para el consumidor. Si seguimos los criterios vertidos para calificar la seguridad del Derecho de los Estados Unidos de América y concretamente, al año en el que ocurrieron los hechos, a la Sección 402-A del *Restatement (Second) of Torts*, el producto presentó un *riesgo irrazonable*. Las expectativas de un consumidor se orientarían a esperar, cuanto mucho, que se produjeran los efectos secundarios indicados en el folleto informativo del medicamento. No era posible esperar que el diurético recomendado para manejar la hipertensión, no sirviera para ello y, por el contrario, causara, por la elevada dosis de otra sustancia colocada en lugar del antiurético, un intenso efecto antidepresivo.

De manera acertada, la Comisión precisó que el lote N° 911075 del medicamento *Dyazide*, era un producto defectuoso en los términos establecidos en los incisos b) y c) del Artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, incisos que como se sabe, se refieren a la manera en la que el producto fue puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo, el empleo de instrucciones o advertencia; y, al uso previsible del producto.

Los denunciados reconocieron (y ello fue resaltado en la resolución), haber introducido al mercado un producto defectuoso y que la causa del defecto era un error humano en la fabricación. Pero se informó a los consumidores algo que podía calificarse como erróneo al mencionarles que consumían un diurético que no era tal; el producto afectaba la salud de los consumidores de manera totalmente adversa e imprevisible. Según especificó la resolución, el medicamento no producía el efecto deseado y por el contrario, causaba daños adicionales a su falta de idoneidad para el fin propuesto. Quedó claro que también se infringió el artículo 9° de la Ley pues los proveedores no pueden introducir en el mercado, productos que conlleven riesgos o peligros distintos a aquellos impuestos por su propia naturaleza.

Revestía especial gravedad, las deficiencias detectadas al control de calidad el cual no resultaba adecuado para prevenir la existencia de un elemento extraño en dicho producto. Como ya se ha indicado, respecto del proveedor, la posibilidad de un error humano era previsible y por tanto, podía ser evitable. No obstante lo expuesto, los denunciados incumplieron con su deber de cuidado al no adoptar las medidas necesarias y mejorar sus estándares de calidad para evitar tales

errores. Por el tipo de producto, destinado por lo general, a personas de edad avanzada que requieren controlar su presión arterial, la magnitud de los daños que se les causaría era elevado, al ser previsible que el medicamento defectuoso generara la muerte de los consumidores por no surtir efecto la reducción de la presión y por los efectos antidepresivos que afectaban aún más, la capacidad de reacción de estas personas. Un producto defectuoso es siempre aquel que muestra anomalía respecto del referente o *estándar*; para el análisis, reviste particular atención el que esa anomalía sea susceptible de dañar o conllevar una potencialidad dañosa que es lo que ocurrió con el producto *Dyazide*. La falta de aptitud para el uso, unido a la colocación de otro producto, dañaba a los consumidores configurando un producto notoriamente inseguro.

La Comisión analizó la infracción del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 716, el que especifica que de introducirse en el mercado, un producto en el que posteriormente se detecta la existencia de peligros no previstos, el productor o proveedor debe adoptar medidas razonables y oportunas para eliminar o reducir el peligro confirmando que se infringió dicha disposición. La resolución ratificó que en este tipo de casos, se esperan acciones como la comunicación del peligro a las autoridades competentes; el retiro del producto; y, la información a los consumidores. Si el proveedor no cumplía con las disposiciones del artículo 10°, cometía una nueva infracción adicional a la a la introducción misma al mercado del producto defectuoso. Se juzga en este caso, la oportunidad y la razonabilidad de las medidas adoptadas. Se consideró que este problema exigía de medidas acordes o proporcionales a la magnitud del riesgo creado.

Se indicó en la resolución, que los denunciados habían actuado de manera tardía pues pese a detectar el problema el 14 de mayo de 1996 e instruir a sus distribuidores al 15 de tal mes, para la inmovilización del lote, prepararon un aviso el 17 y éste fue publicado recién el 20 del mismo mes. No se justificaba esa demora ya que de por medio se hallaba la salud de las personas.

Pese a que el defecto hacía que el *Dyazide* tuviera un efecto similar o equivalente al medicamento *Stelazine* (nombre comercial atribuido a la Trifluoperazina) y a que el proveedor poseía información sobre las advertencias y contraindicaciones del consumo de dicho producto, las que aparecían en una publicación médica (371), ésta no fue dada al consumidor. Se minimizó el problema pues no se recomendó a los consumidores acudir a un médico o la asistencia al médico que el productor facilitara (si pretendía realmente minimizar las consecuencias del error), sino únicamente, recomendó dejar de consumirlo.

Por otro lado, para la autoridad, publicar un pequeño aviso en tres periódicos era claramente insuficiente. Se debió recurrir a otros medios de difusión y publicar avisos con mayor tamaño y frecuencia.

La Comisión analizó la conducta de los denunciados concluyendo en que ellos cumplieron parcialmente con sus obligaciones al hacer público el problema, lo que evidenció un mínimo de responsabilidad. Su responsabilidad habría quedado agravada de no hacerlo. Se destacó que las autoridades esperan que las empresas actúen diligentemente frente a los consumidores y en este caso concreto, la responsabilidad se habría completado: a) informando con mayor rapidez; b) recomendando a los pacientes acudir a un médico; c) identificando y prestando asistencia médica a los pacientes afectados “de motu propio” y no por insistencia de la Comisión; d) y, brindando toda la información que poseía. Resaltó la Comisión que aunque se tuviera en cuenta los criterios expuestos en el artículo 41° (artículo 42°) de la Ley de Protección al Consumidor (372) referidos a la determinación de la sanción, ello no implicaba asignarle el mismo valor a cada uno de ellos pues son las circunstancias específicas de cada caso las que determinan el peso que corresponde a cada criterio.

Sobre los daños, consideró la Comisión que estos eran de naturaleza muy grave considerando lo expuesto en el reporte médico *Physicians Desk Reference* publicado por la misma Smithkline en los Estados Unidos de América. La noción de daño comprendió en este contexto, tanto las consecuencias sufridas por los pacientes que consumieron el *Dyazide* defectuoso como el riesgo de padecer alguna más en el futuro.

Para la Comisión, la intencionalidad analizada para los efectos de aplicar la sanción, se pone en evidencia cuando el sujeto activo, no obstante hallarse en actitud de prevenir la infracción, no realiza los esfuerzos necesarios para impedir que ella ocurra. Las empresas denunciadas estuvieron en la posibilidad de prevenir y controlar adecuadamente su proceso de producción y

371. Physicians Desk Reference (Medical Economist Data, 1995, Products Information, p.p. 2399-2401.

372. Conviene considerar en este sentido, que el artículo 42° a que se refería la resolución indicada, ha sido modificado por efecto de la Ley N° 27311 de 26 de junio de 2000, publicada el 18 de julio de 2000.

no lo hicieron permitiendo la ocurrencia de un gravísimo error. También hubo intencionalidad en la segunda infracción respecto de proporcionar la información sobre el error ya cometido, de manera oportuna y razonable o adecuada y optaron por no hacerlo.

Mediante resolución N° 5 de 23 de agosto de 1996, la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundado el procedimiento de oficio iniciado en contra de los referidos proveedores por infracción de los mencionados artículos y se sancionó a cada una con 100 Unidades Impositivas Tributarias de multa y con la clausura temporal de sus establecimientos por 7 (siete días) útiles. Se precisaron también, obligaciones de información en beneficio de los consumidores sobre las posibles consecuencias adversas derivadas del consumo de tal producto defectuoso; exhortando a las empresas sancionadas a fin de que cumplan con indemnizar a los pacientes afectados conforme al artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor como a que sometan sus procesos productivos a controles de auditoría externa previa coordinación con la DIGEMID. A su vez, la Secretaría Técnica desarrollaría las investigaciones y adoptaría las medidas pertinentes para identificar casos de reincidencia en la comisión por la infracción sancionada.

La resolución fue objeto de recurso de apelación por parte de los denunciados, impugnación que generó la intervención de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi. A pedido de SmithKline, se suspendieron los efectos de la resolución impugnada.

Si en primera instancia, se debatieron una serie de argumentos de hecho y derecho, en la segunda instancia que incluyeron detalles importantes para una completa evaluación del caso según aparece en la Resolución N° 095-96-TDC.

La Sala recogió los elementos antes expresados subrayando que para DIGEMID, el error se debía a la inobservancia de las buenas prácticas de manufactura por parte del personal de Hersil. La técnica analítica alcanzada por SmithKline a Hersil para realizar el control de calidad de este producto no sirvió para identificar los principios activos contenidos del medicamento. Hersil formuló una explicación técnica en torno a las pruebas realizadas (las que son detalladas en la resolución) como a la remisión de la muestra a la Société Générale de Surveillance – S.G.S. del Perú, la que habría permitido confirmar la información obtenida. Presuntamente, como resultado de las numerosas comunicaciones enviadas, se logró el retiro e inmovilización del producto en un 74% solicitando a DIGEMID, la emisión de una resolución directoral dirigida a todas las farmacias del país para procurar el cese de la comercialización. La resolución se refiere también a las apelaciones. En este sentido, Hersil sostuvo que no había infringido el artículo 9° de la Ley de Protección al Consumidor pues éste se refería al supuesto de bienes que en sí mismos representaba un riesgo para los consumidores no siendo ese el caso de Dyazide cuyo riesgo de consumo había sido generado por un error en la fabricación (interpretación que fue seguida por la Comisión en un tiempo para justificar una inhibición). Señaló por otro lado, no haber infringido el artículo 10° pues actuó razonablemente y con la debida celeridad y diligencia según los recursos a su alcance. Si no intervino antes fue por no tener la seguridad del error y por no querer causar una alarma innecesaria. Esta empresa negó haber actuado con intencionalidad al cometer el error como al informar del mismo a los consumidores y objetó la multa por considerar que la Comisión había sobrepasado el máximo (establecido en 100 U.I.T. por el artículo 41°, inciso b) pues al ser solidaria la obligación por efecto del artículo 32° del Decreto Legislativo N° 716, mal podía la Comisión imponer una multa como la indicada a cada uno de los proveedores.

Finalmente, señaló Hersil que la aplicación del cierre temporal no guardaba relación con lo ordenado por DIGEMID, entidad que luego de comprobar el correcto funcionamiento de su planta, dejó sin efecto la sanción de 60 días de clausura que le impusiera en un primer momento. SmithKline fue más hábil en la disertación pues admitió la infracción de los artículos 8° y 9° de la Ley. Sobre el 10°, expresó, como aparece en la misma resolución, argumentos similares a los empleados por Hersil rechazando ésta última, haber incurrido intencionalmente en mala fabricación y negando haber faltado a sus deberes en cuanto a difundir la información a los consumidores. Reconoció sin embargo, la gravedad de su falta concluyendo en que la sanción era desproporcionada pues había demostrado diligencia y colaboración. De haber actuado dolosa e irresponsablemente, hubiera sido sancionada con el máximo de ley lo que no era lógico.

A este nivel, se consideró como cuestiones en discusión, el análisis de la infracción cometida contra los artículos 8°, 9° y 10° del Decreto Legislativo N° 716 como la validez de la sanción, añadiendo el argumento propuesto por Hersil en torno a la solidaridad de la responsabilidad, el que apuntaba a la reducción de la multa pues ella en conjunto, superaba el tope impuesto por la ley debiéndose aplicar una sola multa dada la solidaridad.

La resolución contiene un detalle sobre los hechos acreditados, revisando la actuación y responsabilidad de los denunciados; los alcances del artículo 9° de la Ley de Protección al

Consumidor, la conducta de las denunciadas en la advertencia al público (análisis que se realiza con relación al artículo 10° de la indicada ley) y las sanciones impuestas por la Comisión.

En plena ejecución del contrato de obra celebrado entre Hersil y SmithKline (acuerdo de fecha 07.10.94), y mientras se elaboraba el llamado “segundo lote piloto” (373), el 12 de diciembre de 1995, se realizó el pesado de la materia prima del *Dyazide* consistente en el diurético, Hidroclorotiazida. Sin embargo, la etiqueta del pesado de esta materia prima consignó un número que correspondía a la Trifluoperazina, componente activo del *Stelazine* con el indicado efecto antipsicótico. Es interesante destacar, y de eso se ocupa la resolución, los indicios del error que se producen en diferentes momentos y pese a ello, pasan inadvertidos. El 19.12.95, durante la elaboración del lote N° 911075, se preparó el documento denominado “Solicitud de análisis” en el que se aludía a la preparación de un “polvo grueso de color anaranjado claro” más oscuro que el lote piloto anterior. No obstante lo indicado, la orden emitida en dicho documento fue la de “pasa a tableteado”. El proceso siguió adelante y el 10 de enero de 1996, se elaboró el documento denominado “Controles en Proceso-Líneas SB” en el que aparece que se verificó la dureza de las tabletas del *Dyazide* del lote en cuestión verificando que ella no correspondía a los límites establecidos en la “Monografía de Control de Calidad” proporcionada por SmithKline en virtud del contrato de obra ya indicado. Pese a ello, el representante de ésta última, destacado en la planta de Hersil, señor Julio Paredes, autorizó el cambio de los límites de dureza establecidos. En la resolución bajo comentario, se explicó que entre medianos de enero y principios de febrero de 1996, se habría realizado un análisis espectro fotométrico como parte del control de calidad no detectándose el defecto presuntamente por razones imputables a una profesional, Dra. Silvia Valencia, Química Farmacéutica, analista de Hersil. Precisó la Sala, que la documentación que aparece en el expediente fue ambigua en ese aspecto pues no permitió acreditar con precisión cuál fue el error en el análisis o, incluso si la prueba mencionada realmente se realizó. Creemos en todo caso, que con dicho examen o sin él, Hersil y SmithKline no logran desaparecer esa sensación de grave negligencia que sugieren estas sucesivas omisiones. De un lado, se colocó una numeración errónea al principio activo del medicamento, observándose una tonalidad diferente en el color del polvo del mismo y un grado de dureza en las tabletas que no respondían a las regulaciones dadas sobre el particular. El 10 de febrero de 1996, se inició el envío del lote en cuestión, a los almacenes de SmithKline, proceso que se llevó a cabo hasta el 09 de mayo del mismo año. La comercialización del producto defectuoso se inició aproximadamente el 11 de marzo de 1996, según comunicación del principal distribuidor, Química Suiza.

Lo demás es historia conocida: al 14 de mayo de ese año, se habría llevado a cabo en los almacenes de Hersil, el inventario por el que se detectó el faltante de aproximadamente cinco kilogramos de Trifluoriperazina (antipsicótico) y un sobrante de Hidroclorotiazida (diurético) así como el error en la colocación del código en la documentación de fabricación del lote N° 911075. La secuencia del proceso de fabricación, aparece en un interesante cuadro cronológico el cual forma parte de la resolución bajo el Anexo A. Las indicaciones que se mencionan a continuación, no difieren de las formuladas anteriormente. La Sala precisó en la resolución, que si bien SmithKline había señalado ante la Comisión, que el 15 de mayo informó telefónicamente a sus distribuidores que debían inmovilizar el producto, enviando cien cartas a Química Suiza para que fueran utilizadas por sus vendedores en el retiro del producto, se observó que las referidas comunicaciones tenían como fecha el 23 de mayo de 1996. Las acciones tomadas luego de detectado el error, aparecen en otro cuadro cronológico que lleva ese nombre y figura en el Anexo B de la resolución. Se ratificó la mecánica seguida por SmithKline y Hersil, formulándose críticas al primer aviso redactado por SmithKline en términos técnicos al hacer referencia a la inclusión de un componente activo por otro en la fabricación del medicamento colocado en el Lote N° 911075 pidiendo a los pacientes, la certificación del lote y suspensión del uso, pidiéndose también a las farmacias, clínicas y hospitales que hagan el canje del producto indicado. Este aviso apareció de la forma ya explicada el 20 de mayo de 1996. La Comisión tras ser informada el 21 de mayo de lo ocurrido, ordenó al día siguiente, tanto el inicio del conocido proceso de oficio con el retiro preventivo del mercado de la totalidad de dicho producto. Con

-
373. La Resolución N° 095-96-TDC bajo comentario, especificó que en contrato celebrado entre Hersil y SmithKline, estaba previsto que por los tres primeros lotes pilotos de *Dyazide*, Hersil entregaría a SmithKline, la cantidad de muestras necesarias para efectuar los respectivos controles analíticos. El lote defectuoso fue el segundo de ellos. Los resultados obtenidos debían ser comunicados a Hersil dentro de los sesenta días útiles de recibidas las muestras por SmithKline.

muy buen criterio, la Comisión indicó como sustento de esa medida, el hecho de que era poco razonable pedirle al paciente, identificar con precisión el número de lote correspondiente. SmithKline procedió a redactar y publicar un segundo aviso el 23 de mayo por el que aludió a su malestar en torno al retiro total del medicamento como a la orden de la Comisión para que cese su comercialización inmediatamente, “en tanto subsistan los riesgos que puedan generar en sus potenciales consumidores el consumo del producto defectuoso.”. El aviso hacía referencia a la necesidad de cesar la comercialización y retirar el producto, difundiéndose a iniciativa de la Comisión, avisos por otros medios de comunicación masiva. Ésta última impulsó acciones directas de verificación, el 29 de mayo de ese año, detectándose que el 36% de farmacias y boticas visitadas contaban con un stock que procedieron a decomisar. Tras consultar el tema con un especialista y con el Colegio Médico del Perú, se confirmó que los denunciados habían subdimensionado la gravedad del caso. Tras una reunión entre las empresas mencionadas y la Comisión, se implementó a partir del 17 de junio de ese año, un servicio de atención médica para los consumidores afectados publicándose nuevos avisos.

La Sala dejó en claro que correspondía a los denunciados, responsabilidad administrativa por los hechos descritos y que el cumplimiento de su deber de asistir al consumidor y de reparar el daño no los liberaba de dicha responsabilidad. Ese principio había sido correctamente evaluado por la Comisión que trató el caso en primera instancia. Añadió, que los términos empleados por el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor aludían tanto a la posibilidad de asumir responsabilidad de índole civil aunque también administrativa, ámbito en el cual actúa Indecopi. La resolución aludió a los planos en los que se mueve la responsabilidad por productos, señalándose que corresponde a los proveedores, como eran y son SmithKline y Hersil, la responsabilidad por la idoneidad y el contenido de sus productos. En este caso, tales empresas debían responder administrativamente pues colocaron en el mercado un producto defectuoso como el medicamento Dyazide, el cual no cumplía con los fines para los cuales fue fabricado (es decir, no era idóneo), no contenía los componentes que los proveedores afirmaban (y, por ende, se generaba una responsabilidad por el contenido) sino que, por añadidura, contenía uno que ponía en riesgo la salud de los consumidores. La Sala resaltó lo elevado del contenido del antipsicótico que confería peligrosidad al consumo. Lejos de contener de 2 a 14 miligramos que es la dosis normalmente utilizada (asumimos que para quien necesita el antipsicótico), este producto tenía 25 miligramos de Trifluoperazina, situación que a criterio de la Sala, no permitía siquiera “predecir qué efectos tendría en los consumidores”.

Otro punto importante fue el considerar que un diurético como el indicado, estaba dirigido a personas de edad avanzada a las que normalmente no se les administraría un producto como el Stelazine “y menos en esas dosis”. La Sala resaltó el impacto que el antipsicótico Trifluoperazina generaba en dosis normales como los efectos secundarios que aparecían detallados en la literatura médica. En condiciones de uso normal, se recomendaba una serie de medicamentos o fármacos que pudieran combatir algunas de esas consecuencias. Surgieron pues, riesgos evidentes y graves por el consumo de un medicamento. No se cumplieron los mínimos requisitos de idoneidad y calidad sino que también se traicionaron las más mínimas expectativas del consumidor y su razonabilidad sobre los efectos y el contenido del producto (374).

Al analizar el artículo 9° de la Ley de Protección al Consumidor, la Sala consideró que no era válida la observación de Hersil en cuanto a que dicho artículo no se aplicaba a su caso. Para dicha empresa, ese precepto rige en el caso que el Dyazide fuera un bien que en sí mismo y en su uso normal, representa un riesgo para la salud de los consumidores. Aquí, se trataba de un producto cuyo riesgo de consumo se produjo por un error en la fabricación pero que en condiciones normales, no genera riesgos en tanto el medicamento fuera prescrito por un médico y se siguieran las instrucciones de su literatura. Sin embargo, la Sala puntualizó que este caso era diferente al propuesto por Hersil pues en el Dyazide si se había incluido una sustancia que generaba riesgos que no eran los que en circunstancias normales se esperaba del producto, siendo injustificados pues pese a ser posible que se presentara un error, no se tomaron las precauciones debidas. Tal supuesto también se hallaba comprendido en el artículo en cuestión el que se refería tanto a riesgos injustificados como a riesgos justificados más no advertidos (que es aquel que se relaciona con un producto que por su naturaleza, tiene riesgos naturales que pueden ser evitados o en todo caso, asumidos por el consumidor según se especifica en la misma resolución la que en este caso, ejerce inclusive, una influencia educativa).

La infracción del artículo 9° tantas veces mencionado, se da en el caso propuesto por la presencia de riesgos injustificados. La Resolución resaltó la secuencia de errores que involucró gravedad

por tratarse de un medicamento. Aunque se hace alusión a la realización de un examen espectrofotométrico, cuyo resultado jamás fue presentado, lo cierto es que con él o sin él, se actuó de manera inadecuada. No se cumplieron siquiera las reglas del contrato de fabricación lo que habría permitido detectar el error. Como bien señala la Sala, aunque tal acuerdo se vincula al desarrollo de las relaciones entre las partes, revela la magnitud de las omisiones. El riesgo fue totalmente irracional y pudo haber sido evitado si no se hubiera incurrido en un alto nivel de negligencia lo que ameritaba la sanción.

Ciertamente, el término “negligencia” causa cierta sorpresa cuando se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Todo parece indicar que se utiliza en un sentido más bien general o cotidiano.

La Sala concluyó en que las denunciadas no actuaron con la rapidez debida conforme al artículo 10° de la Ley en función de la magnitud del riesgo y las posibles consecuencias dadas las altas dosis del antipsicótico colocado en el Dyazide defectuoso. Desde el 14 de mayo ya había información concreta de lo ocurrido y por ello, debieron informar a DIGEMID en dicha fecha y difundir los avisos de manera rápida pero también clara. El artículo 10° alude a la “necesaria proporcionalidad entre el riesgo y el peligro generado por el defecto y las medidas que se adopten”, añadiéndose en la resolución, que “a mayor riesgo, mayores deberán ser las medidas para corregir el problema (375). Una apreciación superficial del anuncio publicado (376) no permitía llamar la atención sobre la importancia del mensaje el que inclusive, podía pasar desapercibido. Es la intervención de la Comisión la que llevó a las denunciadas a personalizar el aviso aludiendo a “los consumidores de Dyazide”. El tamaño y frecuencia de los avisos fue considerado por la Sala como insuficientes e inadecuados dada la gravedad de las consecuencias. No solo se debió recurrir a medidas “más agresivas y amplias” (en este último caso, el término se usa tanto para destacar el tamaño que debió tener el aviso aunque también a un mayor espectro de atención) sino a mecanismos idóneos, rápidos y efectivos como la radio y la televisión. Pese a la gravedad de los efectos, se subdimensionó el problema ante la Comisión ya que la que las empresas denunciadas no dieron toda la información sobre las posibles consecuencias pese a que

375. Tales menciones aparecen en el punto III.4 de la Resolución N° 095-96-TDC.

376. Resulta conveniente hacer una precisión en torno al término “análisis superficial” citado por el Decreto Legislativo N° 691 que establece que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta que el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Ese concepto fue interpretado por la Sala de Defensa de la Competencia de Indecopi a través de la Resolución N° 052-96-TRI-SDC de 18 de setiembre de 1996, la que a su vez confirma la Resolución N° 017-96-C.P.D. por la que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal había declarado fundada la denuncia seguida de oficio contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda. Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A. por no haberse acreditado la veracidad de las afirmaciones vertidas en la publicidad del producto MANNAX J. GOLD. La Resolución es publicada en el diario oficial “El Peruano” el 03 de octubre de 1996 y establece lo siguiente: “...El término “análisis superficial no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como un reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial.”. Es menester señalar que no obstante el uso del concepto, se reconoce que el anuncio se analiza en forma conjunta toda vez que es de esa manera como un consumidor aprehende el mensaje publicitario que podría influir en sus posteriores decisiones de consumo. Este último criterio aparece en la Resolución N° 0027-1998/TDC-INDECOPI recaída en el expediente N° 125-96-C.C.D. en los seguidos por Editores de Medios Publicitarios S.R.Ltda., Editores de Medios Exclusivos S.R.Ltda. y Gianfranco Bacigalupo Giuliano contra Inter World Network Perú S.A. y Orestes Bacigalupo Giuliano. Esta cita es útil al revelar también, la posibilidad de recurrir a algunos principios de la norma en materia de publicidad, para evaluar los supuestos que involucran a los consumidores en la medida que no sean incompatibles con el tema a tratar.

la misma SmithKline las había reconocido en un reporte médico llamado *Physician's Desk Reference, SmithKline Beecham* conociéndose el problema con mayor profundidad gracias a la ayuda de un informe médico elaborado por el doctor Alberto Arregui. La actitud de las denunciadas, impidió la adopción de medidas más agresivas por parte de las autoridades. La terminología técnica empleada en la confección del primer aviso difundido por las compañías infractoras, exigía que los consumidores tuvieran conocimientos avanzados sobre el tema para captar la gravedad del mensaje siendo éste incomprensible para un “consumidor común y corriente”. Es posible advertir pues, la confección de un perfil de consumidor razonable con el que concordamos. El aviso en cuestión, es desde cualquier ángulo, inocuo e inadecuado según se señala en la misma resolución. No hubo una advertencia en torno a la certidumbre del riesgo o peligro previsible de acuerdo a todo lo mencionado. El aviso de 20 de mayo al que nos referimos ni siquiera recomendó a los consumidores acudir al médico indicando que su salud estaba en peligro sino que solo sugirió suspender su consumo. La Sala precisó de esa manera, que la razonabilidad de una advertencia debe ser analizada con relación a algunos elementos básicos que indiquen su idoneidad para corregir el problema de proveer al consumidor de la información relevante.

Se evaluó finalmente, las sanciones de 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias por multa y la clausura temporal. La Sala precisó que se había producido negligencia inexcusable por parte de Hercio y SmithKline la que se vio agravada por una “conducta consciente de demora” en tomar acciones.

Pese a esa referencia que alude a un elemento subjetivo, se precisó en la resolución bajo comentario, que la responsabilidad administrativa (como también la civil), es objetiva. Como vimos, se atiende al análisis concreto del producto y a sus consecuencias y efectos tras su colocación en el mercado y no a la conducta del proveedor. Sin embargo, producida la infracción, dicha conducta fue evaluada para graduar la sanción de acuerdo al artículo 42° de la Ley de Protección al Consumidor según texto vigente a la fecha de los hechos.

La Sala determinó en este caso, que el término “intencionalidad” bajo los alcances del artículo 42°, no debía ser entendido como sinónimo de “doloso”. Aquí se dieron “una serie de actos inexcusablemente negligentes de manera voluntaria”. Aunque las denunciadas no buscaron las consecuencias, dejaron voluntariamente de tomar las precauciones recomendables.

La precisión era válida en términos jurídicos al rescatar la esencia de la responsabilidad por productos en el ámbito administrativo, es decir, su carácter rigurosamente objetivo. Para la sanción sin embargo, la autoridad administrativa si se asoma al “fuero interno” del agente. La Sala, no exigió la “intención de dañar” o la realización de un acto “a sabiendas”, elementos que configuran el dolo en materia civil (377) sino la omisión consciente de la diligencia que habría minimizado o evitado el daño aunque no se “quisiera” el resultado (378). Aunque puede darse el dolo, importa también la culpa en sus niveles de inexcusable y leve, cuando se trata de considerar la sanción. La Sala consideró que procedía confirmar las aplicadas contra las denunciadas pues resultaba conveniente desincentivar estas conductas y del otro lado, otorgar los incentivos para premiar la actitud de los infractores destinada a mitigar los daños una vez que se produce la infracción lo que justificaba no extender el cierre por un plazo mayor. Adviértase en el lenguaje, el manejo de un criterio interpretativo funcional y concretamente, de análisis económico del derecho el que como indicamos, se constituye en herramienta fundamental del trabajo de Indecopi.

La gravedad de los hechos como lo inadecuado de las acciones de Hersil y SmithKline se habría constituido en un elemento relevante para mantener la multa no obstante que se reconoció el valor de la denuncia. Se subrayó que en este caso, el cierre dispuesto por la Comisión buscó sancionar mientras que DIGEMID trató de prevenir.

Sobre la solidaridad, la Sala especificó que ésta se aplica para los efectos de la responsabilidad civil por los daños causados por el defecto en los productos más no para la determinación de las sanciones. En este sentido, se marcaron las diferencias concretas entre la responsabilidad civil del artículo 32° de la Ley y los supuestos de los artículos 9° y 10° del mismo dispositivo que se refieren a la administrativa y por la cual, se analizan “comportamientos irresponsables” de los proveedores con relación a los consumidores. La solidaridad se explica en tal ámbito, con un claro efecto resarcitorio por parte de cualquiera de los proveedores involucrados. Ello determina

-
377. Sobre el particular, es de interés resaltar los comentarios que aparecen en ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Civil, Límites de la reparación civil, ob. cit.*, p. 96.
378. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Ibidem*, p. 96.

que se mantenga la sanción consistente en la multa al evaluarse la conducta de cada infractor de manera particular.

Cabe indagar si esa responsabilidad civil solidaria, abarca la posibilidad irrestricta de recurrir a todos los proveedores incluidos en el proceso de fabricación y distribución en busca de una indemnización dada la revisión funcional que expone la Sala en esta resolución. Aunque concordamos con el hecho de que la norma busca el beneficio de la víctima al ampliar el “círculo” de responsables, no creemos que dicha extensión pueda prescindir de determinados elementos tendientes a buscar precisamente, ese juego de incentivos y desincentivos en las conductas de los que intervienen en el mercado. En efecto, somos de la opinión que en la medida que una de las partes integrantes o proveedor interviniente en el proceso de fabricación y comercialización del producto defectuoso, pueda individualizar y atribuir el defecto a una causa que él no pudo prever por la naturaleza misma del defecto, quedará excluido de responsabilidad y en consecuencia, respecto de él, no se aplicará solidaridad alguna.

Resulta útil resaltar casos que nos causaron particular atención hacia el hecho de que hay circunstancias en las que debe tenerse bien clara, la improcedencia de la solidaridad. Ello aparece detallado en una interesante sentencia de Casación dictada por la Corte Italiana el 24 de mayo de 1964, al señalar que el revendedor de unas galletas en mal estado causantes de daños a una pareja, no debía responder solidariamente en tanto había vendido el producto en la confección original de fábrica la que había estado cerrada. En este caso, debió corresponder la responsabilidad al fabricante y/o demás proveedores en caso de que se pudiera determinar la inobservancia del deber de diligencia sea por una deficiente conservación o en la venta posterior al límite temporal de la garantía. Habría que admitir la prueba exoneratoria sobre la posibilidad de control intermedio (379). La responsabilidad se mantiene en todo caso como solidaria, salvo que se pruebe la imposibilidad de adoptar, por la naturaleza del caso, medidas que permitan detectar o advertir el defecto y la imposibilidad de haberlo introducido.

Conforme al artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807 y en la medida que mediante la Resolución en cuestión, se interpretaron de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, se declaró que la resolución del caso *Dyazide*, constituía en un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los principios que se enunciaron en su parte resolutive (380). Es decir, quedaron establecidos en el fallo administrativo, elementos importantes para analizar la razonabilidad de una advertencia (supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 9° del Decreto Legislativo N° 716) como a los no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación del producto en el mercado (es decir, la obligación contenida en la última parte del artículo 10° de dicha ley). Dichos elementos aludieron a la necesidad de que las advertencias se difundan de la siguiente manera: con la debida celeridad; mediante señales adecuadas al riesgo o peligro que se advierte; en un tamaño y frecuencia que sean los adecuados según las circunstancias a efecto de procurar su recepción por la mayoría de los consumidores afectados; especificando la naturaleza del riesgo o el peligro que se advierte; bajo un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable por lo cual, debía descartarse el uso de uno excesivamente técnico o científico y recurrirse al lenguaje del consumidor común u ordinario; con una adecuada descripción del nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro precisándose sin embargo, que cuando el riesgo fuera potencial, ello podía indicarse en el aviso recurriéndose a expresiones condicionales mientras que cuando se tratara de riesgos ciertos y precisos, se debía utilizar un lenguaje que traduzca tales aspectos hacia el consumidor.

Ciertamente, este caso fue extenso y por su valor interpretativo, creímos conveniente incluir sus diferentes ángulos.

2.3.1.3. La noción de “producto riesgoso”, de “consumidor razonable” y otros.

2.3.1.3.1. "Peligrosidad" y "riesgo".

379. Caso citado por ROJO y FERNANDEZ –RIO, Ángel, *Ob. Cit.*, p.p. 107 y 108.

380. Por contener elementos de importancia para lograr una eficaz protección de los consumidores, se ofició al Directorio a fin de que éste ordene la publicación de la resolución en cuestión, la misma que confirmó la de primera instancia.

Las condiciones que otorgan peligrosidad o confieren el carácter de “producto riesgoso” a un bien, quedó en evidencia a través de la Resolución N° 116-97-TDC pronunciada en el expediente N° 353-95-CPC en los seguidos contra Embotelladora San Bartolomé S.A. en donde se analiza un grave defecto de fabricación. Como parte de los antecedentes, se menciona que la Comisión de Protección al Consumidor resolvió iniciar procedimiento de oficio por la presunta violación de los artículos 7° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión encargó al laboratorio International Analytical Services S.A. –INASSA– en diciembre de 1995, la realización de una serie de exámenes microbiológicos y organolépticos de distintas muestras de agua mineral de mesa, adquiridos por personal de la Secretaría Técnica de la Comisión en dos conocidos supermercados. Las muestras obtenidas por técnicos calificados detectaron que el producto presentaba un recuento de microorganismos superiores a los estándares contenidos en la norma técnica peruana 214.003 (agua potable) y 214.004 (agua de mesa). Aunque la resolución aludió a que la planta perteneciente a la denunciada, contaba con una infraestructura adecuada para la elaboración del agua de mesa, existían en ella algunas deficiencias higiénico-sanitarias y de buenas prácticas de manufactura que podrían en algún momento generar una contaminación y alteración de las características del producto. Por lo tanto, debían seguir las recomendaciones para evitar problemas posteriores de contaminación del producto y mantener un nivel sanitario adecuado en la planta. En dicha oportunidad, participaron representantes de INASSA y de INDECOPI. Se llevaron muestras para ser analizadas en los laboratorios de la citada INASSA cuyos resultados, revelaron que de doce botellones de 20 litros cada uno, solo cuatro, cumplieron con las especificaciones de las normas dictadas sobre agua mineral, agua de mesa y agua potable. El resto no solo no cumplió con las especificaciones sino que por el contrario, la presencia de diversos microorganismos además de coliformes totales, indicaron contaminación fecal, un proceso deficiente de fabricación y falta de calidad sanitaria en dicho producto. El 25.01.96, mediante el Informe Técnico N° 2, la Comisión con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio, tras los análisis de INASSA, solicitó la colaboración de un especialista en medicina interna, Dr. Juan Villareal Menchola quien consideró que el consumo de esa agua podría producir un cuadro de enfermedad diarreica aguda en los consumidores. Se precisó en la Resolución, que los Protozoos de vida libre pueden producir enfermedades gastrointestinales e infecciones del sistema nervioso como meningitis, encefalitis y en ocasiones hasta abscesos cerebrales. Por la presencia de Pseudomonas aeruginosa, se señaló que esa infección puede ser letal aún sin que se disemine por el cuerpo por la gran cantidad de toxinas que producen las que según el médico contratado, podía llevar fácilmente a cuadros de septicemia o infección generalizada. El profesional mencionado, Dr. Villareal concluyó en que dichas aguas no eran aptas para el consumo humano. En febrero de 1996, la Dirección General de Salud Ambiental –DIGESA – DEL Ministerio de Salud, en atención a una carta enviada por la Comisión concluyó en que las muestras del agua de mesa de “San Bartolomé” tampoco cumplían con los criterios de calidad microbiológica, no siendo aceptables para consumo humano.

Tras estos hechos, la Comisión emitió la Resolución N° 03 de 02 de febrero de 1996 mediante la cual se sancionó a la empresa mencionada con una multa equivalente a cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias por infracción de los artículos 5° inciso a), 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor tomando como base el informe médico y los resultados de los análisis de INASSA. A efecto de imponer la sanción. Se mencionó haber tenido en cuenta la gravedad de la infracción cometida. Con fecha 26.02.96, San Bartolomé presentó un recurso de reconsideración contra la resolución emitida por la Comisión, impugnación que tiempo después fue calificada como una de apelación. San Bartolomé objetó el análisis de INASSA afirmando que no hubo intervención de su parte lo que es ajeno a toda ética y contrario a los reglamentos y atribuciones de los funcionarios de una entidad del Estado. Cuestionó la imparcialidad de los análisis pues alegó que la muestra podía haber sido cambiada, o que se había producido una adulteración o que “a sus espaldas terceras personas con malos funcionarios habrían pretendido sacar del mercado a dicha empresa.” Se objetaron las inspecciones sanitarias en el sentido que en éstas se tomaron muestras que no estaban destinadas a la comercialización (con lo cual rechaza la posibilidad de colocación del producto en el mercado) resaltando que tres bidones de 20 litros habían sido cerrados y sellados en forma manual por personal de INDECOPI lo que determinaba, en su opinión, que los defectos se debían a ella como fabricante. Embotelladora San Bartolomé objetó sobre la base de una particular interpretación del artículo 40° de la Ley de Protección al Consumidor (381), la posibilidad de recurrir a un procedimiento de oficio y sin la denuncia del

381. La Resolución bajo comentario efectúa una cita del Artículo 40° de la Ley, el que especifica que

consumidor. Afirmó tal persona jurídica que la acción de Indecopi evidenciaría una manifiesta intención de derrumbarla. Como cuestiones en discusión, la Sala asumió el análisis de un aspecto procesal referido a la validez de la calificación del recurso; a si la denunciada infringió los señalados artículos 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor; si la sanción fue la adecuada. Si bien la Embotelladora presentó pruebas instrumentales, la Sala consideró que éstas ya habían sido analizadas por la Comisión y aún cuando la denunciada tuviera opinión divergente sobre ellas, no tenían el carácter de nuevas para los efectos de la calificación procesal del recurso. En cuanto al segundo punto, se reconoció como primera premisa, aquello que señala el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor en cuanto a la responsabilidad que corresponde a los proveedores por la idoneidad y la calidad de los productos que ofrecen de lo que se infiere que a San Bartolomé corresponde tal responsabilidad. La Sala evaluó la validez de los análisis de INASSA y del especialista de medicina interna, Dr. Juan Villareal como el hecho de que las muestras tomadas y selladas por personal de INDECOPI debido a la falta de máquinas para hacerlo de otra manera, no merecieran objeción del personal de la denunciada. Dicho órgano centró su atención, en el hecho de que las muestras recogidas de producto colocadas en dos conocidos supermercados y por tanto, puestos en el comercio, arrojaron los mismos resultados que los demostrados a través de los análisis efectuados con muestras de la planta. Tales muestras no cumplían con los márgenes de tolerancia de dos Normas Técnicas Peruanas las que si bien no tienen el carácter de obligatorias según reconoce la Sala, servían para determinar conjuntamente con el informe del Dr. Juan Villareal Menchola y la carta de DIGESA N° 415-96/DG que el producto no era apto para consumo humano. Se tuvo en cuenta que San Bartolomé no presentó a través del proceso ninguna prueba o análisis técnico de descargo, que manifieste lo contrario... Para la Sala quedó en evidencia lo que constituye la esencia de la responsabilidad: que las aguas de mesa “San Bartolomé” no respondían a la calidad que se espera, debía tener un producto destinado al consumo directo de las personas. Por ello, dicha empresa debía responder por la calidad del producto que ofrece frente a quienes puedan verse afectados al consumirlo y por tanto, debe responder administrativamente por haber puesto en el mercado, un producto defectuoso que ponía en riesgo la salud de los consumidores.

La sala hace una explicación repetida en diversas resoluciones: según el artículo 9° de la Ley de Protección al Consumidor o Decreto Legislativo N° 716, “los productos no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud de los consumidores, y en caso que el riesgo en este producto sea previsible se deberá advertir a los consumidores de dicho riesgo” (382).

Se precisa en esta resolución, las formas que puede adquirir la defectuosidad respecto de los productos colocados en el mercado agregándose que en ocasiones, el producto conlleva un riesgo que puede ser evitado (por ejemplo, las instrucciones que se proporcionan para el uso de una sierra eléctrica) o ser asumido por el consumidor, siempre que se le advierta adecuadamente. El riesgo en ese supuesto, adquiere el carácter de natural (que traduciríamos como inherente, originario o inevitable pudiendo ser un ejemplo de dicha circunstancia, el consumo del tabaco). En tales casos, el producto se torna defectuoso si la advertencia no se hace o se hace de manera inadecuada. Como se especifica en la resolución, ello ocurre, por ejemplo, con las contraindicaciones o con los eventuales efectos secundarios previsible, normales o esperable, los que reiteramos, deben ser objeto de advertencia. La Comisión se refiere en este último supuesto, al defecto de avisaje, información o instrucción.

Otra hipótesis de defecto que se reseña en la resolución que comentamos es aquella que en su diseño o configuración normal no conlleva un determinado riesgo, pero por un defecto de fabricación se torna en riesgoso para el consumidor. Este fue el supuesto aplicable al agua de mesa “San Bartolomé”. Como bien se señala en la resolución, “allí no había nada de advertir previamente pues el defecto no es uno de advertencia sino uno de fabricación. En términos del artículo 9° que venimos analizando, no se trata de riesgos no advertidos, sino, de riesgos injustificados, derivados de deficiencias higiénicas sanitarias y de buenas practicas de manufactura en la planta embotelladora del producto lo que causó la contaminación del mismo. Todo ello determina que la Sala concluya en que se había producido la infracción de los artículos 8° y 9° ya mencionados y en consecuencia, se debía aplicar una sanción a la empresa procesada.

el procedimiento administrativo se inicia a solicitud del consumidor agraviado o de oficio por decisión de la Comisión de Protección o su Secretaría Técnica.

382. Cita textual del Apartado III sobre “Análisis de las cuestiones en discusión”, y concretamente, el punto III.2 sobre “La infracción de los artículos 8° y 9° del Decreto Legislativo 716” de la Resolución N° 116-97-TDC sometida a comentario.

Concordamos con los elementos que sustentaron la graduación de la sanción en el caso concreto. En este sentido, la Sala detalló que para los mencionados efectos, se enfrentaba la propuesta del artículo 42° del Decreto Legislativo N° 716 por el que se consideraba, entre otros elementos, la intencionalidad del sujeto infractor (383). San Bartolomé demostró que no deseaba aclarar el tema y más bien, pretendía mantener en riesgo la salud de sus consumidores. Esa intención quedó de manifiesto en la comunicación de fecha 12 de febrero de 1996 que dirige tal empresa a sus clientes y por la que manifiesta lo siguiente: “Les adjuntamos copia del análisis tomado en nuestra planta de 4 botellones que están en óptimas condiciones y lo acreditan INDECOPI e INASSA. Esta es pues la garantía de pureza del agua que están tomando ustedes”.

Resulta hasta jocoso el hecho pues la procesada pretendiera “rescatar” como ejemplo de calidad, solo lo expuesto mediante el Certificado de Conformidad 118/96 emitido por INASSA el 18 de enero de 1996 en referencia a las muestras tomadas el 09.01.96 “olvidando” el universo de muestras tomadas y los resultados generales. Como se señaló, en dicha oportunidad, si bien parte de la muestra (cuatro botellones de 20 litros) cumplieron con las especificaciones de las normas técnicas, el resto de las muestras que se tomaron en la misma oportunidad (5 bidones de 20 litros y 3 botellones también de 20 litros) no cumplieron con las especificaciones de las normas técnicas no siendo aptos para consumo humano. Fue evidente el intento de “San Bartolomé” por ocultar la verdad sobre los resultados del análisis de las muestras conduciendo a sus clientes y por esa vía, a los consumidores, hacia un riesgo para su salud que no sería advertido por un afán de ocultar los hechos y mejorar su imagen por encima del bienestar del público consumidor. Con un gracioso cinismo, en la misma carta, el fabricante precisa que no había sustento para una sanción y “Próximamente INDECOPI haría una publicación aclaratoria ya que se excedieron en sus facultades”. Después de todo lo manifestado al tratar este caso, se puede observar que si bien constituía un argumento de defensa de “San Bartolomé”, sus objeciones a la competencia de Indecopi para asumir la revisión de un caso sin denuncia de parte, en ningún momento durante el procedimiento se dispuso (ni había la posibilidad de que ello se diera), la publicación de una aclaratoria. Esa afirmación era falsa conduciendo a error a los clientes y, en consecuencia a los consumidores. Por lo expuesto, la Sala confirmó la sanción impuesta por la Comisión que sancionó a Embotelladora San Bartolomé con 40 (cuarenta) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sobre la calificación de "producto riesgoso" encontramos también, a la Resolución N° 193-97-TDC en el expediente N° 311-96-C.P.C. sobre un proceso iniciado de oficio por la Comisión contra la Gran Botica La Romana de Barranco S.A. Según se menciona en el citado fallo administrativo, funcionarios de la Comisión realizaron una inspección de oficio a la botica en cuestión, para verificar si comercializaba productos que pusieran en riesgo la salud de los consumidores. Según se mencionó en dicha resolución, la Comisión detectó infracciones al artículo 5° inciso a) como los artículos 8°, 9° y 15° del Decreto Legislativo N° 716 por lo que aplicó una multa de 5 (cinco) Unidades Impositivas Tributarias. Al ser apelada la resolución, la Sala se avocó a la revisión del caso. La Comisión sustentó la imposición de sanciones en el hecho de que la botica habría comercializado muestras médicas y habría modificado la fecha de vencimiento de los productos farmacéuticos vencidos comercializando tales productos. La Sala consideró que el hecho de que se comercialice un producto que constituye “muestra médica” o que se haya pretendido borrar tal indicación, no involucra una infracción a las normas de protección al consumidor pues la calidad de “muestra médica” no constituye información que podría poner en riesgo la salud de los consumidores. La información sobre el contenido, las propiedades y demás características relevantes son las mismas en el caso de un producto que lleva el sello de “muestra médica” y el que no la lleva dicha indicación. Esta mención busca limitar la transferencia de estos bienes por razones comerciales. Distinto sería al caso de que se hubiera borrado información relativa a los ingredientes que componían los productos farmacéuticos o los relativos al modo de utilización, información que tiene el carácter de relevante. Una omisión en estos aspectos, pone en riesgo la salud del consumidor.

-
383. Cabe señalar que el texto del Artículo 42° del Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor, ha cambiado sustancialmente. En este sentido, es importante analizar el texto actual del artículo 41° de la ley indicada. A la fecha de ocurridos los hechos, el texto era el siguiente:
- Artículo 42° .- La aplicación y la graduación de la sanción será determinada por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, atendiendo a la intencionalidad del sujeto activo de la infracción, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor por razón del hecho infractor y la reincidencia o reiterancia del proveedor.”

Sobre la reetiquetación de productos farmacéuticos vencidos, es obvio que la Sala coincide con la Comisión en la gravedad del hecho de que se pueda producir alteraciones en las etiquetas de los productos farmacéuticos pues ello induce a error al consumidor sobre las cualidades que dice tener el producto generando riesgos a la salud de los consumidores. Sin embargo, si bien se dio cuenta en la resolución que en la botica se habían hallado productos farmacéuticos vencidos, es decir, con la fecha de vencimiento caduca, no se había probado ni la alteración de las fechas de vencimiento ni la comercialización de los productos con fecha vencidas. Por ello, aunque se expresan en la resolución, aspectos de interés sobre la peligrosidad de los productos, se concluyó en que la denuncia debía declararse infundada por falta de pruebas ordenándose la devolución de los productos decomisados según lo manifestado en tal fallo administrativo.

También en esta línea, es importante analizar el caso tramitado bajo el expediente N° 0270-2004/TDC-INDECOPI. Allí, aparece la denuncia formulada por don Carlos Ibañez Vignolo contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.C siendo la materia, la aplicación de las reglas de protección al consumidor, la presencia de producto o servicio riesgoso y los medios probatorios. En su denuncia el señor Ibañez señaló que adquirió los productos “Pan Pyc Dieta Integral” y “Pan Bimbo Multicereal” fabricados por Bimbo, los cuales contenían “cáscaras indigeribles” en forma de “estilete”, que le provocaron un sangrado al momento de evacuar. Para acreditar los hechos denunciados, el señor Ibañez solicitó se realice una “pericia biológica y/o compatibilidad y afinidad de ADN vegetal en las muestras del pan”, lo cual debería correr por cuenta de la denunciada. El denunciante solicitó que Bimbo le entregue la suma de S/. 18 0000, en calidad de indemnización, que deje de elaborar “cáscaras formato estilete” y que le pague los costos y costos del procedimiento ascendentes a S/. 7000.00. En sus descargos, Bimbo negó los hechos denunciados por el señor Ibañez manifestando que sus productos son elaborados bajo los más altos estándares de calidad y sometidos a diversas pruebas que garantizan ser óptimo para el consumo humano, cumpliendo con todas las normas de sanidad, rotulado, elaboración y manipulación de alimentos. Se discutió la aplicación del artículo 9° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró infundada la denuncia pues consideró que no había quedado acreditado que los productos materia de la misma, tuvieran cáscaras indigeribles. La Sala, mediante Resolución N° 0270-2004/TDC confirmó la resolución de la Comisión que declaró infundada la denuncia, pues para ella, el denunciante no había acreditado que los productos elaborados por Bimbo que supuestamente consumió, hayan sido las causantes del sangrado que alega haber tenido. No se demostró que dichos productos se hayan encontrado en estado defectuoso, ya que Bimbo presentó una serie de documentos que garantizan la calidad de los productos que ofrece al mercado, ni que se ofrecieran al denunciante, productos que pusieran en riesgo su salud. No se tomó en cuenta lo manifestado por el denunciante con relación a la supuesta obligación de informar que tendría *Bimbo* respecto de la presunta y no probada peligrosidad de su producto siendo importante resaltar que, al parecer, no se brindó pruebas sobre el presunto defecto ni sobre el daño.

2.3.1.3.2. La concepción de consumidor razonable.

La figura del consumidor razonable se enlaza, como ya vimos, con la construcción o representación mental que el individuo realiza para configurar una expectativa de seguridad que, sin embargo, no debe ser subjetiva sino más bien objetiva. Involucra requerir que el sujeto o consumidor en concreto, muestre que actúa con un criterio racional y con ello, que su proceso para la toma de decisiones, es el resultado de una evaluación bajo un juicio de razonabilidad o exigencia de sentido común sobre lo que se debe esperar de acuerdo a las circunstancias.

La Comisión de Protección al Consumidor de Indecopi recogió en buena parte, los principios adoptados por el Derecho norteamericano, incluyendo en algunos casos, el concepto de *consumidor razonable*, arrastrando el debate al ámbito jurídico, al recepcionar un esquema importado. Sin embargo, aunque advertimos los peligros en torno al uso de la figura, no hemos observado que el criterio adoptado por la Comisión, haya sido rígido ni tampoco creemos que se haya logrado construir un *estándar* con un elevado criterio de razonabilidad de las expectativas sino que se ha apelado a las de un sujeto más bien promedio. No se ha llegado, aún, a una construcción distorsionada del *peruano razonable*. Sin embargo, resulta claro que la Comisión del Indecopi tiene, por ahora, un espectro reducido a determinadas zonas del país y a un sector socio económico de clase media y alta. Habrá que ver cómo se maneja el tema en el futuro. En líneas generales, coincidimos con los criterios vertidos por dicho órgano, no obstante las críticas planteadas sobre la figura por su origen. No habría problema para construir o reconstruir el

concepto de buen padre de familia que aborde un manejo menos patriarcal, con una visión que incorpore igualdad pero también con una visión solidaria con un adecuado manejo de los recursos económicos lo que es reclamado por un mundo de mundo en donde hay escasez de los mismos. En todo caso, al interior de Indecopi, ha habido receptividad en el término siendo importante más la aplicación justa o acorde con el un esquema de equilibrio que las denominaciones.

Las resoluciones citadas, no necesariamente se ubican en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos pero permiten, por la vía inductiva, configurar principios generales.

Una de las resoluciones dictadas en el ámbito nacional, es la N° 258-97-TDC recaída en el expediente N° 816-94-C.P.C. en los seguidos por don Miguel David Lovatón Palacios contra Inmobiliaria S.R.Ltda. (la que se denominará, C.V.O. mientras que el denunciado será llamado señor Lovatón). En esta caso, el denunciante adquirió un inmueble (departamento) por un valor que se especifica en la resolución, analizándose si se había o no ocultado información en torno al bien vendido pues éste carecía del servicio de energía eléctrica y no se informó al adquirente de la necesidad de que éste realice los gastos propios de la conexión de los servicios públicos como si se indicó respecto de la necesidad de instalar el medidor. Se aludió a que la “adquisición e instalación de una subestación eléctrica para ampliar el sistema de distribución primaria”, según la denunciada, debían ser asumidos por los propietarios de los departamentos. A ello, se sumaron otros reclamos respecto del carácter de residencial ofrecido y no cumplido por la empresa denunciante mientras que de otro lado, el bien tenía numerosas fallas que lo distanciaban de las características ofrecidas según los planos presentados al momento de la venta. La Sala aludió a que la cuestión en discusión estaba constituida por el deber de información previsto en la Ley de Protección al Consumidor por la cual el proveedor estaba y está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor, aquella información relevante sobre los productos ofertados tal y como se menciona en el artículo 5° de dicha Ley (384). Se explicaron en la resolución, aquellas circunstancias que habían afectado la posibilidad de que le empresa denunciada pudiera incluir en el precio de venta de cada departamento, el valor de la conexión eléctrica. Se resaltó que en los contratos constaba una mención en el sentido de que solo el medidor de luz sería de costo y cuenta de los compradores pudiendo el vendedor coadyuvar en la obtención del respectivo medidor sin responsabilidad para él. Fue acertado el razonamiento de la Sala en cuanto a subrayar aquello que espera un consumidor razonable como que en el precio de venta, se incluya el costo de conexión de todos los servicios públicos como el agua y desagüe. Lo contrario, debía ameritar una mención expresa del vendedor. Un consumidor razonable, tiene una expectativa fundamental, y espera que un bien como el indicado sirva o sea idóneo para ser habitado. Todo aquello que impida al producto, cumplir con la mencionada finalidad, impidiendo la posibilidad de que se cumpla el fin para el que se adquiere el predio, debe ser expresamente indicado como ocurrió en este mismo caso, al tratar lo relativo al medidor. El bien había sido entregado pues, en estado defectuoso. Ello determinó que se declarara fundada la denuncia y se impusiera originalmente una multa de 20 Unidades Impositivas Tributarias que fue reducida a 10 U.I.T. por la Sala al considerar ésta que no había quedado comprobado que la empresa denunciada haya obtenido un beneficio económico significativo al no incluir en el costo de venta de los departamentos, el valor de la conexión. Esta resolución describió todo lo tratado cuando se analizó el concepto de consumidor razonable. Ciertamente el estándar, no es en ninguno de los casos mencionados, uno que eleve la categoría de consumidor a niveles alejados de la realidad sino que mantiene una razonable lógica en torno al sujeto que corresponde evaluar según las circunstancias. También en este caso, se recurre al precedente de Tori contra Kouros E.I.R.L.

Otro procedimiento administrativo que alude al tema del consumidor razonable aunque en el ámbito de los servicios (situación que en todo caso, es importante para aproximarnos a la concepción de consumidor razonable que se maneja), es el contenido en la Resolución N° 0906-2004/TDC-INDECOPI de fecha 07 de diciembre de 2004, seguido por don Segundo Plascencia Bazan contra el Banco Continental (Expediente N° 174-2004/CPC). Las materias en controversia, fueron, en términos generales, la idoneidad del bien o servicio, el concepto de

384. Artículo 5°.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos y servicios.

consumidor razonable y a la relación del proveedor y consumidor. El 13 de febrero de 2004, el señor Plascencia denunció al Banco por infracciones a las normas de protección al consumidor por negarse a devolverle, a su valor actual, los depósitos de la cuenta de inversión acumulativa, abierta el 22 de mayo de 1990 en la Financiera San Pedro, entidad que fue absorbida por el Banco Continental en el año 2000, asumiendo éste último sus derechos y obligaciones. El denunciante señaló que el depósito inicial de cuenta fue de I/. 1000.00 con un interés de 27,25% mensual y que de acuerdo al último estado de cuenta del 31 de julio de 1990 dichos ahorros se incrementaron a I/. 404 783, 004.00, incluyendo abonos e intereses. Asimismo, informó que el 2 de julio de 2002 al tomar conocimiento de la absorción ocurrida, solicitó al Banco información sobre el saldo de su cuenta, informándole éste último que dicho saldo ascendía a S/. 1.10, monto que resultaba contrario a los S/. 451, 274 469.00 calculados sobre la base de la información proporcionada por el Banco Central de Reserva. En sus descargos, el Banco señaló que de acuerdo al contrato suscrito por el denunciante, éste se encontraba obligado a efectuar por lo menos un depósito mensual, siendo el caso que el último movimiento registrado el 31 de enero de 1991 no involucraba depósito alguno, y, por el contrario, consignaba un saldo de I/M 1.10. Para acreditar sus afirmaciones, presentó copia del "Estado de Cuenta de Inversiones FINSAPESA" del 31 de enero de 1991, emitido por la Financiera. Se aludió a la infracción del Artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor por parte del proveedor. La Comisión de Protección al Consumidor, declaró infundada la denuncia pues consideró que la suma de S/. 451 274 469, 04 pretendida por el denunciante fue calculada sobre la base de los depósitos que mantenía en julio de 1990 y no sobre la base del último estado de cuenta de enero de 1991 que registraba un saldo de I/M 1.10 que, convertido a nuevos soles, es de S/. 1.10. Asimismo, consideró la Comisión, que dicho saldo tampoco podría haberse incrementado con los intereses ya que el Banco sólo estaba obligado a pagarlos si el denunciante efectuaba un abono mensual de I/, 1000.00, que no fue realizado. La Sala declaró fundada en parte la denuncia: al considerar que no se había acreditado la cancelación del contrato de depósitos del señor Plascencia, la relación de consumo establecida debe entenderse vigente y en tal sentido, válida para sustentar la devolución de los depósitos por parte del Banco. Se precisó que la expectativa tutelada por las normas de protección al consumidor, es la que se genera en un consumidor razonable, entendido como aquel consumidor que actúa con *una diligencia ordinaria y previsible* para las circunstancias en que se encuentre, criterio interpretativo sobre el cual la Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades.

Bajo el expediente N° 123-99-CPC, se tramitó la denuncia de don Juan Ricardo Ugalde Gonzales contra el Banco de Crédito del Perú, por incumplimiento de la obligación de informar, idoneidad del servicio, carga de la prueba, prueba indiciaria, sucedáneos de los medios probatorios, consumidor razonable y la responsabilidad del proveedor. Si bien también en este caso, se analizan los servicios, el análisis es importante, como hemos indicado, para obtener una línea interpretativa en materia de consumidor razonable. El denunciante manifestó ser titular de cuentas de ahorro en moneda nacional y extranjera, en las que habían efectuado operaciones de retiro de dinero en efectivo sin su autorización: Indicó que al presentar su reclamo al Banco éste le había informado que no tenía suma alguna que reembolsarle, puesto que dichos retiros habían sido efectuados siguiendo sus instrucciones, por lo que no existían fondos. El denunciante indicó en su reclamo, que, además había entregado al Banco diversos valores en custodia, cuyo movimiento no le había sido debidamente informado. Concretamente, respecto a este punto, el señor Ugarte señaló que, pese a su reclamo, el Banco no había dado ninguna explicación sobre el movimiento de dichos valores. En sus descargos, el Banco señaló que los retiros cuestionados por el denunciante fueron utilizando las distintas tarjetas Redimas que le había entregado al denunciante, junto con sus respectivas claves secretas. El Banco señaló que en el contrato correspondiente, que se encontraba suscrito por el señor Ugarte, le había informado que las tarjetas que obtuviera eran personales e intransferibles y que para su utilización era imprescindible el uso de la clave secreta proporcionada por el sistema de cómputo, la misma que no era conocida por ninguno de los dependientes del Banco y le era entregada en un sobre cerrado y lacrado, por lo que no podía alegar el desconocimiento de tales condiciones para evadir la responsabilidad por los consumos cuestionados. Respecto al manejo de los valores entregados en custodia por el denunciante, el Banco afirmó que se había realizado en estricto cumplimiento de las órdenes del cliente contenidas en el poder otorgado a favor del señor Haroldo Cavero Portilla, por lo que no podía alegar responsabilidad alguna del Banco por dichas operaciones. En el análisis, se hizo referencia a la aplicación de los artículos 5°, inciso b), 8° y 15° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión de Protección al Consumidor, declaró fundada la denuncia pues se desprendía de los informes periciales que en varios de los comprobantes de

retiro de las cuentas del denunciante, su firma había sido falsificada, por lo que en estas circunstancias, un consumidor razonable esperaría que el Banco asuma las consecuencias derivadas de la violación de sus sistemas de seguridad. Por ello, el Banco debía ser responsable por la pérdida de dinero que dicha violación hubiera ocasionado. El Banco no cumplió con informar oportunamente al señor Ugarte sobre los movimientos de los valores dados en custodia, pues recién brindó dicha información durante la tramitación del presente expediente. La Sala, mediante Resolución N° 0328-2001/TDC-INDECOPI de 25 de mayo de 2001, confirmó la resolución de la Comisión que declara fundada la denuncia, pues el Banco denunciado no brindó al denunciante información suficiente, apropiada y oportuna respecto de los movimientos y operaciones de los valores dados en custodia. Había indicios suficientes para concluir que un funcionario del Banco estuvo directamente relacionado con la realización de retiros en efectivo por una persona distinta al denunciante, en su cuenta de ahorros. Se determinó que la conducta negligente del denunciante contribuyó a la producción de los hechos materia de denuncia, ya que firmó documentos en blanco que fueron utilizados para la realización de los servicios cuestionados. Sin embargo eso no eximió de responsabilidad al Banco.

Otro caso, tramitado bajo el Expediente N° 066-2003-CPC, tiene como denunciante a doña Sheila Hilda Pelaez Vásquez contra Segundo Bardales Anticona, sobre protección al consumidor, idoneidad del servicio, producto o servicio defectuoso. Se puede citar como hechos relevantes los que se mencionan a continuación. La denunciante refirió que el 05 de diciembre del año 2002, adquirió en el establecimiento del denunciado un televisor marca Sony de 25", pantalla plana por la suma de US\$. 500,00 como si se tratara de un producto nuevo; sin embargo manifestó que al llegar a su domicilio pudo comprobar que el televisor presentaba una serie de detalles que evidenciaban que no se trataba de un artículo nuevo. En sus descargos el señor Bardales manifestó que el televisor que vendió a la denunciante era nuevo, conforme ella pudo comprobar al hacerle la demostración del artefacto, en las que enseñó el manejo y funciones del televisor. Se discutió la aplicación del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala, mediante Resolución N° 0381-2003/TDC-INDECOPI, declaró infundada la denuncia, señalando que aún cuando los defectos alegados por la denunciante se hubieran encontrado presentes en el televisor desde el momento de su compra, éstos pudieron ser advertidos por un consumidor razonable, quién tiene la diligencia de verificar las cualidades del bien que está comprando, así como su funcionamiento. Esta revisión debió ser rigurosa aún considerando que la consumidora estaba adquiriendo el bien en un establecimiento que no es representante autorizado de la marca Sony, siendo el propietario del local, y no el fabricante, quien le brindaría la garantía por cualquier desperfecto que el producto pudiera presentar.

Otro proceso es el iniciado, bajo el expediente N° 167-2004/CPC, teniendo como denunciante por doña Marlene Ivonne García Ordóñez, siendo Saga Falabella S.A. y Ivax Perú S.A, las denunciadas. La materia en discusión estuvo referida a la protección al consumidor, la idoneidad del bien o servicio, rotulado y la presencia de un producto o servicio riesgoso. Como detalle de los hechos relevantes se observa que el denunciante adquirió de Saga Falabella S.A. un bloqueador solar de marca "No-Ad N 45", el cual indicaba ser un producto Hipoalérgico. Sin embargo, al séptimo día de su uso notó que la piel de sus brazos y piernas estaba tensa y acartonada, siendo diagnosticada de dermatitis química con quemaduras superficiales debido al uso del bloqueador solar. Ivax S.A., importador del producto, indicó que el citado bloqueador marca No-Ad es un producto hipoalérgico, lo cual significa que tiene la bondad de reducir al máximo los efectos alérgicos que puede causar a las personas, resaltando la denunciada, que la empresa cuida de explicar a sus clientes el correcto uso del bloqueador solar, incluyendo en el rotulado la advertencia de que "si aparece irritación o sarpullido suspenda su uso" por lo que cualquier consumidor razonable que experimenta reacciones adversas al uso del producto tendría que haber suspendido su uso. Se discutió la aplicación de los artículos 7°, 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala confirmó, mediante Resolución N° 0701-2004/TDC-INDECOPI de 27 de octubre de 2004, la resolución dictada por la Comisión que declaró infundada la denuncia. Se señaló en la resolución, que en el presente caso ha quedado demostrado que el rotulado del producto materia de denuncia incluía la advertencia: "Si aparece irritación o salpullido suspenda su uso", por lo que un consumidor razonable entendería que de presentarse algún tipo de alteración en su piel a consecuencia del uso del producto, esté debe suspenderse de inmediato, situación que no fue cumplida por la denunciante. Se indicó que no ha quedado demostrado que el producto vendido ocasionara la afección dermatológica padecida por la denunciante; en todo caso, se había advertido adecuadamente, los riesgos que podía suponer el uso del producto denunciado para la Sala.

Bajo el expediente N° 942-2001/CPC, se encuentra a la denunciante, doña Juana Mendiola Novelli de Nava quien denunció a Servicios Electrónicos Integrales S.A. (SEISA), discutiéndose la aplicación de las reglas de protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, carga de la prueba, producto o servicio defectuoso así como la obligación de informar. Entre los hechos relevantes, se aprecia que el 22 de noviembre de 2001, la denunciante denunció a Seisa S.A. por infracciones a las normas de protección a la consumidor en la prestación de servicios técnicos de reparación de una refrigeradora marca Samsung, ya que no obstante las reiteradas revisiones efectuadas, no solucionó la falta de enfriamiento en la parte baja del electrodoméstico. En sus descargos la denunciada señaló que desde un primer momento se observó que la puerta de la refrigeradora se encontraba descentrada y en varias oportunidades se encontró mal cerrada, lo cual definitivamente dañaba el electrodoméstico degradando sus componentes y originando desperfectos, haciendo que el motor pierda compresión y realice mayor esfuerzo. Asimismo señaló la denunciada que cumplió con informar a la denunciante que ya no existían en fabrica los repuestos para el modelo de la refrigeradora que poseía superaba los cinco años de antigüedad. Se discutió la aplicación del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala confirmó mediante Resolución N° 292-2004/TDC-INDECOPI de 09 de julio de 2004, la resolución de la Comisión que declaró fundada la denuncia. Para la Sala, la idoneidad de un servicio de reparación técnica no siempre implica que el producto reparado alcance el estado de un producto nuevo, o que se solucionen los desperfectos que dieron origen al servicio, pues ello dependerá de la naturaleza de los desperfectos de los mismos; de no ser, así un consumidor razonable tendría la expectativa de que los desperfectos son susceptibles de ser superados en totalidad. En el presente caso, la denunciada no ha acreditado haber informado al denunciante de las limitaciones que suponía la reparación de su refrigeradora.

Otro procedimiento, seguido bajo el expediente N° 889-2002/CPC, es el que involucró como denunciante a doña Judith Aurora Romper Grandez de Vela y como denunciado, al Banco de Crédito del Perú, siendo la materia, la protección al consumidor, la idoneidad del bien o servicio y el concepto de consumidor razonable. El 05 de octubre de 2002 la señora Domper denunció al Banco por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor originadas en un préstamo dinerario así como el cierre arbitrario de su cuenta corriente y la apropiación de los fondos existentes en ella. En mayo de 1999, suscribió un contrato por S/. 77 000,00 cuya última cuota de S/. 75 636,80 fue refinanciada por un contrato ascendente a S/. 75 500,00. El 9 de julio de 2001, solicitó al Banco un nuevo cronograma de pagos obteniendo como única respuesta la cancelación de su cuenta corriente y la apropiación de los S/. 4 443,00 que había en ella. En sus descargos el Banco señaló que en virtud del mutuo otorgado y ante la existencia de un saldo deudor pendiente procedió a protestar el pagare a la vista y, que la cuenta corriente fue cancelada de acuerdo a los dispuesto en el contrato de Cuenta corriente suscrito por la denunciante y que el dinero existente en la cuneta fueron destinada al pago de los intereses de la deuda. La discusión se centró en la aplicación del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró fundada la denuncia, considerando que Banco sólo se encontraba facultado a cerrar la cuenta de la denunciante por alguna causal expresamente señalada en contrato o en caso de libramiento indebido de cheques, y no por causales que permitan la cancelación de las cuentas cuando el Banco lo estime conveniente. La Sala, mediante Resolución N° 0006-2004/TDC-INDECOPI, confirmó la resolución de la Comisión en la parte que declaró fundada la denuncia respecto del extremo del cierre arbitrario de la cuenta corriente, toda vez que la decisión de cerrar la cuenta corriente de la denunciante se encontraba sustentada en lo pactado por ambas partes. El Banco no observó el plazo de treinta días establecido en el artículo 1355° del Código Civil para dar finalizado dicho contrato, norma de cumplimiento obligatorio tratándose de contratos de adhesión.

Otra denuncia es la interpuesta por doña Mary Elena Quiroga Anticona y otros contra Boulevard Contratistas Generales E.I.R.L, bajo expedientes acumulados que corren del N° 262-2002/CPC por infracción de las reglas de protección al consumidor, obligación de informar, idoneidad del bien o servicio, consumidor razonable, definición de proveedor, cumplimiento de la oferta y responsabilidad del proveedor. Desde el mes de enero de 2002, a través de anuncios difundidos por medios de comunicación masiva como televisión, radio y prensa escrita, se promovió la realización de un concierto del cantante Rod Stewart en Lima presentado por Tim Perú y programado para el 2002. Sin embargo el referido concierto fue cancelado. Boulevard informó que debido a la magnitud del evento, había contratado los servicios de la compañía de seguros Ropner Insurance Service Limited, reasegurada por Lloyd Insurance y Reinsurance Brokers. Agregó que una vez confirmada la cancelación del concierto inicio los tramites para hacer efectivo el cobro de la póliza de seguros emitida por Ropner Insurance Services Limited, en la

cual se consigna como beneficiarios del seguro al señor Ricardo Adrián León Velarde Matto y/o a la empresa Tim Italian Mobile Telephone System of Perú. Finalmente, Boulevard manifestó que informó a los consumidores acerca de la realización de dicho trámites fijando como fecha posible de devolución del dinero pagado por las entradas el 26 de marzo de 2002. Se discutió la aplicación del artículo 5º, inciso b), 15º y 8º de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión resolvió declarar que Boulevard era responsable por infringir los artículos 5, inciso b) y 15 de la Ley de Protección al Consumidor, en la medida que publico comunicados dirigidos a los Consumidores que contenía informático falsa y responsable de infringir el artículo 8 de la Ley, al considerar que prestó un servicio no idóneo al condicionar la devolución del dinero correspondiente a las entradas, al pago de la cobertura del seguro, pese a que no era beneficiaria del mismo y que, aun en el supuesto de que la póliza cubriese, tampoco podría condicionar a ello el pago de la taquilla correspondiente. La Sala, mediante Resolución N° 0809-2002/CPC de 18 de octubre de 2002, confirmó la resolución de la Comisión en el sentido que Boulevard era responsable por infringir el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, revocándola en el extremo que declaró que Boulevard era responsable por infringir los artículos 5º inciso b) y 15º de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala consideró que la información con respecto a la forma y oportunidad en que sería reembolsado el dinero pagado por los consumidores por las entradas del concierto no constituye información relativa a las características o condiciones del servicio de espectáculos contratado, sino que forma parte de las acciones a cargo del proveedor una vez cancelado el concierto. Así, la referida información no era relevante para que el consumidor adopte una adecuada decisión de consumo con relación a la adquisición de las entradas ni para que accediera al servicio contratado, toda vez que responde a situaciones derivadas de la falta de realización del concierto. La Sala coincidió con la Comisión en que un consumidor razonable, al adquirir entradas para un concierto, es decir, al contratar un servicio de espectáculos, esperaría que el espectáculo se lleva a cabo, y de no ser así tendría la expectativa de que el proveedor le devuelva en un plazo razonable el dinero que pagó por la entrada y no que el reembolso se encuentre condicionado a determinadas circunstancias. Conforme ha señalado la Sala, es importante tener en cuenta que la Ley de Protección al Consumidor parte del supuesto de que los proveedores debido a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, suelen adquirir y utilizar de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre diversos factores involucrados en los procesos productivos y de comercialización. Por ello, los artículos 5º, inciso b) y 15º de la Ley de Protección al Consumidor, imponen a los proveedores el deber de consignar en forma veraz, suficiente y apropiada la información sobre los bienes y servicios que ofrecen en el mercado. Este deber de información implica que los proveedores deben poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios que ofrecen en el mercado, de manera tal que pueda ser conocida o conocida por un Consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Cabe precisar que los proveedores no están obligados a poner en conocimiento de los consumidores toda la información de que dispongan acerca de los productos o servicios que ofrecen en el mercado. La obligación de informar de los proveedores debe entenderse, entonces, como la obligación de poner en conocimiento de los consumidores toda la información relevante para efectos de que estos puedan realizar una adecuada decisión de consumo o un uso correcto de los bienes y servicios que han adquirido. En cuanto a la garantía implícita, es una presunción contenida en el artículo 8º de la Ley de Protección al Consumidor que de todo proveedor debe ofrecer una garantía implícita por los productos o servicios que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren en el mercado. Ello según *lo que esperaría normalmente un consumidor razonable*, considerando las condiciones en las cuales los productos o servicios fueron adquiridos o contratados. Se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor, por lo que en el análisis de la idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que se le informó. El hecho de que la ley contenga una garantía implícita y objetiva a favor de los consumidores no significa que el proveedor tenga siempre que responder cuando el producto o el servicio no resulten idóneos para la finalidad a la cual están destinados. Para que la responsabilidad se traslade al proveedor y surja para este la obligación de responder frente al consumidor, es necesario que exista una relación de causalidad entre la conducta y la falta de idoneidad en el bien o servicio. En efecto, la garantía implícita y objetiva no convierte al proveedor siempre en responsable, pues podría suceder que la falta de idoneidad en el bien o servicio materia de la comercialización haya sido causada por un factor diferente, como puede

ser el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las que, obviamente, el proveedor no puede ser considerado como responsable de lo ocurrido. Así, corresponde al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el bien o servicio, demostrando dicho defecto, corresponde al proveedor acreditar que el defecto no les imputable, es decir, que no es un defecto incorporado en el bien o servicio como consecuencia de las actividades involucradas en poner el producto o el servicio al alcance del consumidor, sea porque se produjo como consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor, acto de terceros o por la negligencia del propio consumidor. En este sentido, el concepto de consumidor razonable, será aquel hombre que actúa con la diligencia ordinaria, y deberá ser analizado en cada caso concreto, dependiendo de la naturaleza de las circunstancias y conforme al criterio que la autoridad administrativa de turno adopte en su momento.

2.3.1.3.3. Tratamiento de la garantía implícita.

Sin perjuicio de lo ya indicado al analizar otras resoluciones, hacemos un detalle de los pronunciamientos en torno al tema citado, el que apunta a establecer un criterio de las garantías inherentes a la relación de consumo en general.

También en este caso, se citan resoluciones que no necesariamente, están referidas a los supuestos de productos defectuosos pero que permiten contar con criterios generales sobre la garantía implícita.

Bajo el expediente N° 341-2001-CPC, aparece don José Fernando Saravia Garrido Lecca interponiendo denuncia contra el Banco Wiese Sudameris y Saga Falabella por infracción de las reglas de protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, *garantía implícita* y medida correctiva. El señor Saravia con fecha 02 de mayo de 2001 denunció al Banco Wiese y a Saga por presuntas infracciones a la Ley de Protección al Consumidor que habrían sido cometidas con ocasión de la prestación de servicios de tarjeta de crédito. En su denuncia, el señor Saravia indicó ser titular de las tarjetas Mastercard, en soles y dólares, obtenidas a través del Banco Wiese. El denunciante manifestó que el 03 de noviembre del 2000 sufrió el robo de todos sus documentos, incluidas las tarjetas de crédito antes mencionadas, por lo que procedió a su bloqueo, el mismo que se realizó a las 1.16 horas del 4 de noviembre de 2000. El denunciante señaló que el 11 de enero de 2001 el Banco le cursó una comunicación en la que se indicaba que entre el 3 y 9 de noviembre de 2000 se habían producido operaciones con las tarjetas de crédito robadas por un total US\$ 3, 244.54 y S/. 6, 299.55, y que las operaciones realizadas después de la hora y fecha el reporte de robo no serían de su responsabilidad, pero que las demás operaciones tendrían que ser asumidas por él. El señor Saravia indicó que el 03 de noviembre de 2000 se realizaron consumos en Saga por un total de US\$ 1,858.00 y S/. 2729, 50, pero que en las fotocopias de las Órdenes de compra correspondientes podía apreciarse a simple vista que las firmas eran distintas a las consignadas en su libreta electoral, por lo que la persona que aceptó estas operaciones no cumplió con su deber de exigir la acreditación de la identidad del portador. El denunciante, manifestó que venía pagando un seguro de protección que conforme al artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, está destinado a cubrir las transacciones no autorizadas realizadas antes o después de la comunicación de la sustracción o extravío de las tarjetas de crédito, pese a lo cual el Banco pretendía desconocer esta cobertura. El denunciante solicitó como medida correctiva y como medida cautelar que ordene al Banco se abstenga de ejecutar la obligación de pago en su contra por los consumos cuestionados. Saga, indicó que su responsabilidad se extiende únicamente a la calidad de los productos y servicios que ofrece, así como de aceptar la adquisición de los mismo a través de las diversas tarjetas de crédito, siendo dichos cargos de exclusiva responsabilidad del cliente y de la entidad financiera con la que suscribió el contrato de apertura de crédito. Además, el proveedor Saga manifestó que las compras realizadas en sus locales, cuya validez se cuestiona, se efectuaron con anterioridad al bloqueo de las tarjetas, por lo que en sus sistemas éstas seguían vigentes, igualmente señaló que conforme al artículo 28° del Reglamento de Tarjetas de Crédito, su personal estaba obligado a comprobar que la firma del usuario en la tarjeta de crédito corresponda con la que aparece en la boleta de venta que se firma, pero que no era posible exigir a dicho personal que determine en calidad de perito la identidad exacta entre las firmas que confronta. El Banco manifestó que cumplió con informar al denunciante respecto al procedimiento a seguir en caso de sustracción robo o pérdida de sus tarjetas de crédito, lo cual se acredita por el hecho de que éste procedió de

acuerdo a dicho procedimiento. Asimismo, indicó que conforme a lo establecido en el artículo 15° del Reglamento de Tarjetas de Crédito, el cliente asume las transacciones no autorizadas que se realicen con anterioridad a la comunicación de extravío o sustracción de su tarjetas de crédito. De otro lado, manifestó que el seguro que ofrecía a sus clientes un seguro de protección que se activa mediante una llamada telefónica a su central FonoWiese, y da cobertura a las transacciones no reconocidas por los clientes que sufren la pérdida o robo de sus tarjetas de crédito, previa evaluación de fecha y hora de reporte o pérdida o robo de sus tarjetas de crédito, previa evaluación de fecha y hora de reporte de pérdida o robo de la tarjeta, para determinar si el cliente llamó a tiempo. Posteriormente indicó que se evaluaba el hecho de si el establecimiento tenía la tarjeta reportada como anulada, pues de haber atendido la venta correspondía al establecimiento asumir la responsabilidad económica. Los dispositivos legales invocados por las partes y por la Comisión y la Sala de Defensa de Competencia fueron el artículo 15° del Reglamento de Tarjetas de Crédito que establecía que “A fin de evitar que se produzcan transacciones no autorizadas, la empresa deberá poner a disposición de los titulares y usuarios autorizados de tarjetas de crédito, sistemas que permitan comunicar de inmediato su extravío o sustracción. Una vez recibida la comunicación, la empresa anulará la tarjeta y dará aviso de tal situación a los establecimientos afiliados. Las transacciones no autorizadas que se realicen con anterioridad a dicha comunicación, serán de responsabilidad de los titulares o usuarios. Los titulares y usuarios no asumirán responsabilidad por las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la referida comunicación”. Conforme al artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde”. La Comisión de Defensa de la Competencia declaró fundada la denuncia siendo sus fundamentos principales los referidos a que se había acreditado que el Banco denegó la solicitud de cobertura de los consumos cuestionados por el señor Saravia sobre la base de una limitación que nunca le fue informada, por lo cual se generaron falsas expectativas en el denunciante, al ofrecerle un beneficio por el cual éste pagó una contraprestación y no cumplir con otorgárselo. Saga infringió el deber de idoneidad al proceder diligentemente a fin de constatar la similitud razonable entre la firma consignada en la tarjeta de crédito con la firma consignada en el voucher de consumo, pudiéndose apreciar diferencias evidentes entre ambas. Como medida correctiva la Comisión ordenó al Banco que cumpla con cubrir los consumos cuestionados por el señor Saravia y, en consecuencia, abstenerse de cobrarle dichos consumos e intereses. El Tribunal por su parte fijó mediante Resolución N° 0389-2002/TDC-INDECOPI, como cuestiones en discusión, el determinar si el Banco es responsable por brindar un servicio no idóneo al denunciante, en los términos del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, al denegar la cobertura del Seguro de Protección al Consumidor, solicitado por el señor Saravia según lo esperaba un **consumidor razonable**; también se avocó la Sala en determinar si Saga era responsable por brindar un servicio no adecuado de verificación de identidad y firma del titular de una tarjeta de crédito al momento de aceptar la orden de pago por un consumo efectuado, en términos de lo que esperaba un consumidor razonable, según lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. En el Análisis de las cuestiones en discusión el Tribunal señaló que, el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de servicios a los consumidores, sino simplemente el deber de prestarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

Así, corresponde al proveedor sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de la responsabilidad objetiva; correspondiéndole al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el servicio contratado o en el producto adquirido. *Se producirá un supuesto de falta de idoneidad cuando no exista coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe, pero a su vez lo que el consumidor espera dependerá de la calidad y cantidad de la información que ha recibido del proveedor, por lo que en el análisis de idoneidad corresponderá analizar si el consumidor recibió lo que esperaba sobre la base de lo que se informó* El Tribunal manifestó que el Contrato de Cuenta Corriente Especial de Tarjeta de Crédito Bancaria-Persona Natural del Banco no contiene ninguna referencia al seguro de protección en caso de robo y/o extravío de las tarjetas de crédito, limitándose a establecer el

procedimiento de comunicación a seguir en caso de extravío. No habiendo sido informado de lo contrario, un consumidor razonable esperaría que al haber cumplido con pagar las cuotas del seguro de protección, le corresponde obtener un beneficio adicional al de la garantía legal que concede el artículo 15° del Reglamento de Tarjetas de Crédito; es decir, que el seguro de protección cubra todos los consumos fraudulentos efectuados con su tarjeta de crédito, ya sean estos anteriores o posteriores al bloqueo de la misma.

No quedó acreditado que esta limitación en la cobertura del seguro de protección haya sido debidamente informada al denunciante al momento de contratar la tarjeta de crédito, por lo que se produjo un supuesto de falta de idoneidad en el servicio prestado. La Sala de Defensa de la Competencia consideró que las firmas de los vouchers de consumos realizados en Saga cuya validez se cuestiona, si resultan parecidas a simple vista a la que figura en sus documentos de identidad, por lo que no ha quedado acreditado el defecto en la prestación del servicio. En la presente resolución se consideró que se debe tener en cuenta como aspectos importantes, que un consumidor razonable al contratar un seguro para el caso de pérdida, robo o extravío de su tarjeta de crédito, tiene la expectativa que dicho seguro cubra los consumos que se hubieran realizado antes de que el consumidor efectúe la comunicación de tal hecho al Banco así, como los que se hubiera realizado posteriormente. La falta de información por parte de la Entidad Bancaria al consumidor de la cobertura del seguro de protección de tarjeta de crédito, lo que se considera como una falta de idoneidad en el servicio prestado por Banco

Otro caso es el seguido bajo el expediente N° 173-2001/CPC, en el que el denunciante, don Luis Hector Arce Espinoza denuncia al Citibank N.A. Sucursal Lima. La materia fue la protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, garantía implícita, En su denuncia el señor Arce manifestó ser titular de la tarjeta de crédito Visa Gold AA N° 4487-0301-0078-4207 emitida por el Banco, la misma que le fue robada el 19 de noviembre de 1999. El denunciante refirió que ese mismo día informó lo sucedido al Banco, procediéndose al bloqueo de la tarjeta. De acuerdo a lo señalado por el de denunciante, el Banco le entregó un listado de las transacciones efectuadas con su tarjeta de crédito robada, en el que figuraban 14 transacciones fraudulentas por un total de S/. 14 051, 31. Refirió que días más tarde recibió su estado de cuenta mensual cobrándole la referida suma mas US\$ 193 por un sobregiro en su línea de crédito, originado por los consumos fraudulentos, por lo que hizo llegar al Banco su observación al estado de cuenta, adjuntando al formulario de reclamos por consumos no reconocidos utilizado por esa entidad bancaria. El denunciante indicó que el Banco se negó a su solicitud de hacer efectivo el Fondo de Protección que venía pagando con el fin de dar cobertura a los consumos fraudulentos realizados con anterioridad al bloqueo de su tarjeta, en caso de robo, pérdida o extravío de la misma. El denunciante manifestó que antes de atender su reclamo por los consumos no reconocidos, el Banco derivó la deuda que le atribuía por estos conceptos a su Departamento de Cobranzas, iniciando las acciones de cobro en su contra. Igualmente, refirió que había sido reportado ante la Central de Riesgo de la SBS con las calificaciones de “Dudoso” y “Pérdida”. En su descargos el Banco señaló que había sido oportunamente informado que el Fondo de Protección brindaba cobertura a todos los consumos fraudulentos realizados a partir del bloqueo de su tarjeta de crédito; que en tanto el señor Arce no había cumplido con pagar los consumos realizados con su tarjeta de crédito con anterioridad al bloqueo, se había visto obligado a iniciar las gestiones de cobranza correspondientes. Añadió que los reportes a la SBS se habían realizado dando cumplimiento a las normas de ese organismo y que había sido la propia SBS la que le había otorgado una calificación al ser informada que no se habían registrado pagos de la deuda del denunciante. Se discutió la aplicación del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró fundada la denuncia en cuanto había quedado acreditado que el Banco no cumplió con entregar al denunciante la clave secreta de la tarjeta de crédito que le otorgó en reemplazo de la que le había sido robada, que el Banco no otorgó al denunciante la cobertura del Fondo de Protección contratado por éste, a pesar que de acuerdo a lo que se esperaría un consumidor razonable, éste había sido establecido para cubrir las transacciones fraudulentas efectuadas con anterioridad al bloqueo de la tarjeta. Por otro lado, el Banco no había cumplido con acreditar que limitó la cobertura del fondo a los consumos efectuados después del bloqueo de la tarjeta de crédito; el Banco requirió al señor Arce el pago de una deuda que le había atribuido indebidamente, sin antes responder al reclamo que presentó el denunciante con relación a su determinación, reportándolo como deudor a la Central de Riesgos de la SBS por una deuda que debió ser cubierta con cargo al Fondo de Protección. La Sala mediante Resolución N° 0502-2002/TDC-INDECOPI, confirmó la resolución de la Comisión que declaró fundada la denuncia por considerar que, al asumir el consumidor el pago de un Fondo de Protección un consumidor razonable entiende, en tanto no se le comuniqué expresamente lo contrario, que esté cubrirá su

riesgo como titular de una tarjeta de crédito. Vale decir, que con cargo al Fondo se pagarán los consumos fraudulentos que pudieran realizarse con su tarjeta de crédito robada o extraviada, dentro del período durante el cual éstos son de su responsabilidad. En el presente caso, el Banco no acreditó que al momento de contratar el Fondo de Protección, hubiera informado al denunciante, en forma expresa e indubitable acerca de la cobertura del Fondo, ni de que, en todo caso, el usuario debía asumir el pago de un seguro en beneficio de la entidad bancaria. Por tanto al no existir coincidencia en lo que un consumidor razonable espera y lo que recibe, se entiende que se ha producido un supuesto de falta de idoneidad en el servicio prestado por el Banco al negarse a cubrir con Fondo de Protección los consumos fraudulentos efectuados con anterioridad al bloqueo de la tarjeta de crédito del señor Arce.

Bajo el expediente N° 708-2004/TDC, se tramitó la denuncia del señor Walter Francisco Gutiérrez Camacho siendo el denunciado, Divermotors S.A, por la aplicación de las reglas sobre protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, garantía implícita, obligación de informar, bien o servicio defectuoso y medidas correctivas. El caso fue resuelto mediante Resolución N° 0365-2004(TDC-INDECOPI. Con fecha 07 de julio de 2003, el señor Gutiérrez denunció a Divermotors S.A. por infracciones al deber de idoneidad y de información previstos en los artículos 8°, 5° inciso b) y 15° de la Ley de Protección al Consumidor, cometidas en la venta de un automóvil Mercedes Benz modelo c200 Kompressor, adquirido el 28 de noviembre de 2001 por la empresa Gaceta Tecnológica e Información S.A. para su uso exclusivo, en su calidad de Director Gerente. El denunciante manifestó que a los pocos días de entregado el automóvil, éste presentó fallas en el sistema de suspensión. No obstante lo indicado, Divermotors postergó reiteradamente sus revisión técnica hasta el 22 de abril de 2002, omitiendo señalar los problemas reales que le dieron origen. Asimismo, señaló que además del problema de suspensión, que generó el cambio de bielas del lado derecho y del lado izquierdo del vehículo, el automóvil presentó ruidos en la tracción y la pérdida de aceite así como fallas en el motor afectando el tablero electrónico de inyección, defectos que resultaban poco previsibles en un vehículo nuevo. El señor Gutiérrez solicitó como medida correctiva la devolución de los US\$ 44 800,00 pagados por el vehículo a Divermotors, así como el pago de costa y costos del procedimiento. Divermotors indicó que el vehículo materia de la denunciada fue entregado al señor Gutiérrez en perfectas condiciones y que las deficiencias señaladas se presentaron luego del año de garantía, no obstante lo cual efectuaron las reparaciones necesarias al vehículo. Asimismo, señaló que los desperfectos de suspensión, tracción y fallas en la corona, podrían deberse a roturas por los impactos que habrían recibido las ruedas delanteras del vehículo debido a los huecos y rompemuelles de las pistas en el país, más aún considerando que el vehículo ingresó a su talleres el 19 de agosto de 2002 para trabajos de planchado y pintura en el guardafango delantero derecho, servicios que fueron pagados por la Compañía Rimac Seguros. Con respecto a las fallas en el tablero electrónico de inyección, Divermotors, señaló que se debían a la calidad de los combustibles comercializados en el Perú, cuya calidad no correspondía a la requerida por Euro IV, y que ello no le era imputable ya que los vehículos Mercedes Benz son fabricados de acuerdo de acuerdo a un estándar común, sin considerar las condiciones propias del mercado al que se destinan. La Sala invocó como normas aplicables al caso lo referido a las infracciones al deber de idoneidad y de información establecido en los artículos 5 inciso b), 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró infundada la denuncia del señor Gutiérrez contra Divermotors resaltando que, las fallas se presentaron después de vencida la garantía, no obstante lo cual Divermotors cumplió con brindar un servicio de reparación adecuado. Asimismo, con respecto al deber de información, la Comisión consideró que exigir a los vendedores de vehículos que informen a sus clientes que las pistas y carreteras del país pueden dañar su performance resulta excesivo, y que en presente caso debía tomarse en cuenta que el automóvil Mercedes Benz no poseía las características de un vehículo *off road* sino que requería de un cuidado mas prolijo, **resultando razonable que la calidad del combustible a utilizar sea del tipo premium y no común, sin necesidad que ello sea informado por el proveedor** La Sala declaro fundada la denuncia y estableció como cuestiones en discusión: Determinar si el vehículo Mercedes Benz E-320 adquirido por Gaceta Tecnología e Información S.A. a Divermotors, a favor del denunciante, resulto idóneo en los términos del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, tomando en cuenta que Divermotors debió brindar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 5° inciso b) y 15° de dicha ley. En el análisis de las cuestiones en discusión la Sala señaló: La Sala considera que la existencia de pacto con relación a los términos de la garantía brindada por el proveedor no puede operar como un mecanismo de exoneración de responsabilidad respecto a los desperfectos que se originen por situaciones preexistentes a la venta del vehículo, salvo que éstas hayan sido debidamente informadas al

consumidor a fin de que pueda adoptar la decisión de consumo más adecuada a sus intereses y necesidades. Refiere que como ha señalado la Sala en distintas oportunidades, los defectos de fábrica u otros defectos ocultos en el bien adquirido deben ser reparados necesariamente por el proveedor al margen de la oportunidad en que estos sean percibidos. Así, el proveedor siempre resultará responsable por dichos defectos aún cuando medie un periodo de garantía determinado y estos se hagan perceptibles con posterioridad a él, de lo contrario se configuraría en la práctica una exención de responsabilidad por partes del proveedor con relación a este tipo de defectos, lo que a su vez contravendría la garantía implícita prevista en la ley. Así, un consumidor razonable que adquiere un vehículo nuevo de una marca reconocida en el mercado internacional, a través de un proveedor formal cubra los desperfectos sobrevivientes en el automóvil durante su uso ordinario, y no que sirva como un eximente de responsabilidad respecto de las fallas generadas por situaciones preexistentes a la venta. En este último caso, rige permanentemente la garantía implícita prevista en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor ya que el bien debe ser idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquiere en el mercado, considerando las condiciones en las que operó su adquisición, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible del bien vendido. La Sala considera que Divermotors incurrió en un infracción al deber de información previsto en los artículos 5° inciso b) y 15° de la Ley de Protección al consumidor, debido a que no informó al señor Gutiérrez que el normal desempeño del vehículo Mercedes Benz modelo C200 Kompessor se vería afectado por condiciones regulares en el país. Es importante destacar que como medida correctiva la Sala dispuso que Divermotors devuelva la contraprestación pagada por el vehículo, y ordenó que Divermotors, que un plazo de diez días hábiles cumpla con devolver a Gaceta Tecnología e Información S.A, la suma de US\$ 44 800, 00. En relación al caso materia de análisis conviene resaltar como aspectos importantes que la Sala declaró fundada la denuncia en razón de que Divermotors, no cumplió con informar al señor Gutiérrez sobre el desempeño que tendría el vehículo en condiciones regulares en el país. El denunciante como un consumidor razonable tenía la expectativa que al adquirir un vehículo nuevo de una marca reconocida, esperaba que la garantía cubra los desperfectos sobrevinientes al automóvil durante su uso ordinario. Por lo que debería aplicarse lo dispuesto en la Ley de Protección al Consumidor respecto a la garantía implícita.

También en este tema, existe el proceso administrativo seguido bajo el expediente N° 210-1998-CPC por la denunciante, doña Lea Virginia Porcile de Blume contra San Charbel Representaciones S.A. y Eurootors S.A., sobre protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, garantía implícita, servicio defectuoso, responsabilidad del proveedor, medidas correctivas. El 3 de junio de 1998, la señora Porcile denunció a San Charbel y Euromotors por presuntas infracciones al Decreto Legislativo 716, cometidas en ocasión de la venta y reparación de un vehículo marca Volkswagen modelo Vento Europa, año 1997. En su denuncia la señora Porcile señaló que el 05 de diciembre de 1996 adquirió de Automóviles Miraflores S.A- AMSA (empresa que posteriormente transfirió su marca a favor de San Charbel) un vehículo marca Volkswagen, modelo Vento Europa, año 1997, el mismo que presentó fallas desde el día en que le fue entregado, motivo por el cual se vio obligada a encargar la revisión del vehículo en el taller de San Charbel hasta en 26 oportunidades. Asimismo, la denunciante indicó que Euromotors se había negado a cubrir la reparación de los desperfectos por considerar que éstos estaban fuera de la cobertura de la garantía ofrecida. Debido a las reiteradas fallas, la señora Porcile solicitó a San Charbel el cambio de automóvil, solicitud que le fue rechazada por la empresa, ofreciendo a cambio una extensión de la garantía. Euromotors manifestó que todos los vehículos Volkswagen se encontraban protegidos por una garantía de fábrica desde el momento de la compra, la misma que comprendía la reparación de los conjuntos afectados, la sustitución de piezas defectuosas y el costo de la mano de obra, en caso que se presentaron defectos de montaje o fallas de fábrica determinados por el Departamento Técnico. Euromotors indicó que los desperfectos se habían producido por la negligencia del conductor. San Charbel manifestó que el automóvil se encontraba en óptimas condiciones al momento de ser entregado a la señora Porcile y que solo brindaba garantía por los repuestos que colocaba en el auto y por los servicios que prestaba. De otro lado, señaló que los desperfectos encontrados en el automóvil eran producto del mal uso y negligencia del conductor del vehículo, y no atribuibles a un problema de fabricación del mismo. Como aspecto jurídico relevante se debe tener en cuenta el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró fundada la denuncia y determinó que un consumidor razonable esperaba que, de presentarse algún problema con el automóvil adquirido, éste sería solucionado por el servicio técnico del proveedor del vehículo, en cumplimiento de una garantía ofrecida. Asimismo indicó que si la reparación no fuese posible un

consumidor esperaba que el servicio técnico cambie el repuesto que generaba la falla y, si finalmente tal acto no solucionara el desperfecto, se proceda al cambio de vehículo por otro de iguales características o de lo contrario se devuelva la cantidad pagada por el mismo. Asimismo, la Comisión señaló que correspondía a San Charbel y Euromotors acreditar que el automóvil vendido a la señora Porcile era un bien idóneo para los fines para los que fue adquirido, o en todo caso, que los desperfectos del mismo se debieron al mal manejo o a la negligencia del propietario. Sin embargo al no haber cumplido con acreditar tales situaciones, la Comisión consideró que las empresas denunciadas habían infringido lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Sala confirmó, en parte, mediante Resolución N° 0008-2000/TDC-INDECOPI, lo resuelto por la Comisión, que declaró fundada la denuncia, reformándola en cuanto a la multa. Como cuestiones en discusión, se estableció la determinación en torno a si el servicio de reparación y mantenimiento ofrecido por Charbel y Euromotors a la señora Porcile resultaba idóneo en los términos del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. En el análisis de las cuestiones en discusión se estableció que en materia de la actividad probatoria que corresponde a las partes en conflicto, el proveedor, por su propia posición en el mercado, cuenta con los elementos necesarios para poder generar los medios de prueba adecuados que acrediten que las fallas detectadas en el auto de la señora Porcile no le eran imputables. La Sala consideró que ni las órdenes de venta ni el informe presentado constituyen un medio idóneo para determinar si las fallas se produjeron como consecuencia de la negligencia del conductor o por defectos propios del vehículo adquirido.

Se desprende que la cantidad y la frecuencia de ingresos a los que fue sometido el automóvil de la señora Porcile, no resultaba típica, teniendo en consideración lo que un *consumidor razonable* esperaría en circunstancias como las que el caso bajo análisis plantea. Este hecho ratifica que la necesidad de acreditar el motivo por el cual el vehículo ingreso a reparaciones en una manera poco usual, pudo ser prevista por los proveedores del servicio, cosa que no ha ocurrido en el presente caso. En este caso y como se viene repitiendo en las resoluciones anteriores, considero que el aspecto mas importante en las resoluciones emitidas tanto por la Comisión y la Sala resalta lo que esperaría un consumidor razonable en una circunstancia concreta y en este caso cual es la expectativa de alguien que adquiere un automóvil nuevo respecto a la idoneidad del bien. Cabe resaltar en este caso el aspecto probatorio, se señala que la carga de la prueba se encuentra en el proveedor dada su posición en el mercado, se está en mejor condición de aportarla, lo que no ocurrió en el caso.

Otra denuncia es la tramitada por don Raúl Matin Berrios Tapia contra Choice Air Courier del Perú S.A.C sobre protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, garantía implícita y responsabilidad del proveedor, seguido bajo el expediente N° 622-2004-CPC, siendo ésta resuelta por Resolución N° 0804-2004/TDC-INDECOPI de 17 de noviembre de 2004. Con fecha 27 de mayo de 2004 el señor Berrios denunció a Choice Courier por infracciones a las normas de protección al consumidor en la prestación de servicios postales. El denunciante señaló que el 29 de diciembre de 2003, contrató a Air Choice para el transporte de una encomienda a Canadá que contenía entre otros artículos un reloj y joyas de oro y plata (una cadenas de oro de 18 K y aretes de plata) tal como lo acreditaba la Guía Nro 01800837914 que adjuntó a su denuncia, siendo el caso que dicho envío no había llegado a su destino. Solicitó como medida correctiva la devolución de los objetos entregado a la denunciada o en su defecto el valor de los mismos, ascendentes a US\$ 1,000.00. En sus descargos, Choice Courier señaló que de acuerdo a las condiciones generales de transporte señaladas en la Guía Nro 01800837914, no transportaba joyas ni dinero en efectivo siendo responsables sólo de los envíos efectuados bajo dicha limitación, sin perjuicio de lo cual el límite de la indemnización por pérdida de envíos ascendía a US\$ 100.00, Indicó que al solicitar el servicio el denunciante se hizo responsable en el caso de que las joyas y el reloj no llegaran a su destino, precisando que el valor de dichos objetos ascendía a US\$. 45, 00 y no a los US\$ 1000.00, señalados por el señor Berrios en su denuncia. No obstante ello, indicó que la encomienda fue entregada el 2 de enero de 2004, tal como lo acredita el documento POD (Proof of Delivery "Prueba de entrega"), en el que se consignaba como peso del envío entregado 2,9 Kg., que coincidía con el indicado en la Guía. Finalmente mediante carta de fecha 06 de enero de 2004, el señor Berrio reconoció que la encomienda si llegó a su destino aunque sin el objeto y las joyas indicadas en su denuncia. Se discutió la aplicación al presente caso, del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaró infundada la denuncia presentada por el señor Berrio así como la medida correctiva solicitada y el pago de las costas y costos a su favor, por considerar que, si bien Choice Courier no cumplió con entregar la encomienda del denunciante con las joyas y el reloj que contenía, éste asumió la responsabilidad en caso de que dichos objetos se extraviasen. Por su parte el Tribunal

revocó la resolución de la Comisión, como cuestión en discusión se estableció: Si Choice Courier cumplió con entregar la encomienda del señor Berrios y, de ser el caso si incurrió en una contravención al deber de idoneidad en la prestación de servicios postales, tomando en consideración la responsabilidad asumida por el denunciante por el eventual extravío del reloj y las joyas que formaban parte de la encomienda postal a entregar. En el análisis de la cuestiones de discusión se estableció: La Sala considera que un servicio postal no será idóneo en la medida que no se satisfaga la finalidad básica del mismo, cual es entregar, en el destino acordado, los bienes que el consumidor confió para el envío. Tratándose de servicios postales, el marco normativo de protección al consumidor, consagrado constitucionalmente, no puede sustentar la posibilidad de que los consumidores renuncien o acepten anticipadamente la pérdida de los bienes que constituyen el objeto de los servicios contratados, dado que la expectativa más elemental que un proveedor genera en un consumidor, cuando acepta prestar el servicio postal requerido, es entregar los bienes confiados para el envío. Por lo que, se ha acreditado que Choice Courier incurrió en una infracción a deber de idoneidad previsto en el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor aceptar el servicio postal requerido por el señor Berrios y no obstante ello, incumplir con entregar íntegramente los bienes confiados para tal efecto. En el presente caso el análisis de la Sala se centra en la expectativa que genera un proveedor en el consumidor, y el presente caso la expectativa estaba referida a la prestación de servicios postales consistentes en la entrega de bienes, lo cual no fue cumplido por la denunciada, en consecuencia el servicio prestado por ésta no resultaba idóneo a la naturaleza de la prestación,

Bajo el expediente N° 0095-2002(TDC-INDECOPI, aparece como denunciante, el señor Luis Velásquez García, denunciando a Macrotec Data S.R.L por incumplimiento de la normativa de protección al consumidor, idoneidad del bien o servicio, garantía implícita y servicio defectuoso. El 14 de julio de 2000, el señor Velásquez denunció a Macrotes por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor, que se habría cometido con ocasión de la venta del programa informático AutoCad 2000. En su denuncia el señor Velásquez manifestó que era estudiante de ingeniería y que el 11 de marzo de 2000 adquirió de Macrotec Data el programa informático AutoCad 2000, con la finalidad de adquirir conocimientos y técnicas de diseño necesarios en su especialidad. Sin embargo, al utilizar el programa, éste presentaba una serie de errores que lo hacían poco confiable, los cuales iban aumentando. De acuerdo al denunciante, el programa no cumplía con lo informado en la documentación y lo estipulado en la licencia. El señor Velásquez adjuntó a su denuncia, el desarrollo de cinco (5) casos donde se evidenciarían los errores del programa AutoCad, específicamente respecto a la utilización del comando CAL, solicitando el cambio de dicho software en su denuncia. Por su parte Macrotec manifestó que era un distribuidor autorizado de Autodesk Inc en el Perú, dedicándose a la venta del programa AutoCad, que era dicha empresa como la fabricante del programa debía ser la que conozca de dicha denuncia, asimismo señaló que el comando Cal estaba diseñado como una calculadora simple y que no era un comando decisivo para el proceso de diseño sino mas bien como apoyo para el calculo simple, además manifestó que Autodesk Inc exponía y orientaba el uso del comando Cal en su manual de usuario y el comando ayuda en línea durante el uso o funcionamiento de sistema, donde se indicaba la forma de ingresar los datos. Se discutió la aplicación del artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor. La Comisión declaro fundada la denuncia por considerar que un consumidor razonable que adquiriría un programa informático esperaba que este cumpliera con todas las características señaladas en el manual y otros medios de información que se brindaban para el manejo del programa de diseño; era razonable esperar que las herramientas de dicho programa pudiesen realizar operaciones geométricas. En ese sentido el comando CAL al no realizar determinadas operaciones geométricas por lo que no cumplía con la expectativa de un consumidor razonable. La Sala revocó este extremo mediante Resolución N° 0095-2002/TDC-INDECOPI, y declaro infundada la denuncia estableciendo como cuestión de discusión, el determinar si el programa AutoCad adquirido por denunciante resultaba idóneo a lo exigido por el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor, teniendo en consideración las funciones para las cuales habría sido diseñado el comando Cal. En el análisis de las cuestiones en discusión se estableció que no ha quedado acreditado que el comando Cal del programa adquirido, no resultara idóneo, ellos por cuanto en el manual del programa AutoCad se señaló que las expresiones que reconoce el comando Cal son operadores matemáticos comunes, de lo cuales se deduce que dicho comando no realiza operaciones matemáticas complejas y un consumidor razonable hubiera podido prever que para obtener resultados correctos utilizando el comando Cal debe ingresar los datos de acuerdo a la convención establecido en el manual.

2.3.1.3.4. Los lineamientos respecto de la carga de la prueba y otros temas.

Las múltiples resoluciones dictadas hasta el momento por la Comisión de Protección al Consumidor como por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi, han apuntado a fijar criterios sobre el carácter riesgoso que éste puede tener, según hemos podido observar. Tras ellas, aparece el complemento fundamental de todo este análisis, la figura del consumidor razonable. Aunque las resoluciones están referidas en muchos casos a situaciones que no revisten la potencialidad dañosa que nos ocupa en este ámbito de la responsabilidad, hay en ellas una serie de elementos importantes para formarse un perfil en torno a los lineamientos interpretativos de la Comisión de Protección al Consumidor y del Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi.

Con los temas antes indicados, adquiere importancia el tema de la carga de la prueba. Una aproximación al mismo se desprende del análisis contenido en la Resolución N° 085-96-TDC de 13 de noviembre de 1996 publicada el 30.11.96 en el diario oficial "El Peruano" en los seguidos por don Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. En este proceso administrativo se evaluó la comercialización de un par de zapatos vendidos por Kouros E.I.R.L. al señor Tori, bienes que se deterioraron sustancialmente al poco tiempo de su uso y se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. Allí se establecieron principios o reglas importantes referidas a la carga de la prueba (que es tratada más adelante y corresponde al proveedor) y otras cuestiones procesales como el valor de las ofertas de conciliación.

Tal precedente, de observancia obligatoria, estableció el principio por el cual se presume que los proveedores ofrecen una garantía implícita, que el bien o el servicio materia de la transacción comercial con el consumidor, es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado según lo que esperaría un consumidor razonable considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración de los bienes vendidos que resulte razonablemente previsible. Las exclusiones o limitaciones deben constar de manera expresa en los documentos, recibos, envase o demás instrumentos, o ser conocibles usando la diligencia ordinaria. Solo entonces, son oponibles a los consumidores.

El caso del señor Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L. ha sido y es citado en diversas resoluciones por las que se detallan además, los elementos que definen la idoneidad a partir de las expectativas de un consumidor razonable de acuerdo a las circunstancias y a los usos como a las costumbres comerciales existentes en esa plaza.

Conforme consta en tal resolución, el señor Tori adquirió el 22 de julio de 1995, en un establecimiento comercial de la denunciada, un par de zapatos de cuero. En setiembre del mismo año, el denunciante presentó un reclamo al vendedor manifestando que dicho artículo presentaba problemas pues se había roto el cuero en la parte superior de uno de los zapatos. La reparación efectuada no dejó satisfecho al Sr. Tori pues según señaló, había una gran diferencia entre el zapato reparado y el que originalmente adquirió. Tras verificar el mal arreglo del bien, optó por no recogerlo comunicando lo ocurrido al gerente de la empresa. Días después, se puso en contacto con otro funcionario de Kouros S.A. quien se comprometió finalmente, a darle un descuento del 30% para la compra de cualquier otro producto, lo que fue rechazado por el denunciante. Ante la Comisión de Protección al Consumidor, el proveedor no negó ninguno de los hechos. Por el contrario, reconoció y aceptó de manera expresa, la adquisición de los zapatos por parte del denunciado y de manera tácita, la calidad defectuosa de por lo menos uno de dichos bienes. En la Audiencia de Conciliación y Pruebas, el denunciante planteó la restitución del costo del procedimiento administrativo (S/. 40,00) más los honorarios del abogado (determinados en U.S.\$ 250.00); a su vez, la parte denunciada se limitó a proponer la restitución del valor de los zapatos, materia de la denuncia, comprometiéndose a comunicar posteriormente a la Comisión de Protección al Consumidor, la decisión de la Gerencia General respecto de la propuesta relativa a los demás gastos. No consta en la resolución que las partes llegaron a un acuerdo. Por ello, la citada Comisión, dispuso otorgar a las partes, el plazo de diez días hábiles para la presentación de las pruebas pertinentes. El denunciante argumentó que se había acreditado la falla en sus zapatos al ofrecer hacer efectivo el valor del mismo. Kouros E.I.R.L. por otro lado, manifestó no haber infringido el Decreto Legislativo N° 716 en lo referido al derecho a la información, equidad comercial y demás recogida en tal norma, ratificando su

interés por cambiar el calzado o en su defecto, hacer efectiva la devolución del valor de los zapatos.

La Comisión hizo una reseña de hechos resaltando que se había comprobado que el proveedor comercializó y vendió al denunciante, un par de zapatos que se dañaron seriamente a las pocas semanas de haber sido adquiridos sin otra justificación que su mala calidad. Pese a que la denunciada tuvo en su poder los zapatos durante un largo período y no obstante contar con la experiencia necesaria para determinar la causa probable del desperfecto, no ha esgrimido ningún argumento que pudiera ser razonable y legítimamente justificar este defecto. Aunque se pudo haber insistido en cualquier otra causa como el mal uso de los bienes por el consumidor, no se dio ninguna razón para atribuir el desperfecto o concretamente, el defecto a otra causa que no fuera intrínseca al bien.

La Comisión señaló que “El carácter defectuoso salta a la vista si se hace una simple comparación entre las expectativas de un consumidor razonable al adquirir el producto y el tipo de producto adquirido”. Había pues, responsabilidad administrativa que justificaba la adopción de medidas por parte de Indecopi de manera independiente a las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios ocasionados. Aquí, la denunciada no solo no atendió el reclamo oportunamente sino que ofreció un descuento del 30% para la adquisición de nuevos productos sin respetar su propia política en cuanto a reemplazar la mercancía que no fuera del completo agrado del consumidor. La actitud de la empresa revestía gravedad en opinión de la Comisión la que, sin embargo, evaluó el hecho de que el daño al consumidor y el beneficio obtenido por el proveedor eran mínimos o sumamente reducidos. Ello se dedujo del valor del bien aunque también del hecho de que no se estuviera ante un hecho generalizado que pudiera afectar a un mayor número de consumidores.

La denuncia fue declarada fundada y la empresa denunciada fue sancionada con multa del 50% de la Unidad Impositiva Tributaria conforme al Decreto Legislativo N° 716. Ante lo manifestado Kouros E.I.R.L. interpuso apelación cuestionando el fallo debido a que supuestamente había sido sancionada sin que se probara la infracción habiéndose resuelto sin tener en cuenta que no se estableció la causa del deterioro presumiéndose que éste se produjo por una causa ajena al denunciante cuando podría haberse debido al mal uso de los zapatos. Agregó la denunciada que las expectativas del consumidor fueron salvaguardadas al haber sido debidamente informado sobre el producto antes de su adquisición y que no había sido determinada la finalidad para la que el producto fuera adquirido por el señor Tori quien podría haberlo destinado a un uso diferente al de calzado de vestir causando así su deterioro. Discute en su apelación, que su intención de llegar a un acuerdo no puede ser considerado como indicio de reconocimiento de responsabilidad así como el monto de la multa la que afirma, era “exorbitante” considerando que los daños para la víctima y los beneficios para la denunciada fueron “sumamente reducidos”.

Cabe destacar en todo caso, que el denunciante resaltó en el proceso que la simple revisión del calzado podría demostrar su poco uso dado el estado de las suelas y tacos. Pese a que la empresa denunciante tenía dicho bien en su poder no los mostró y menos aún presentó informes técnicos tendientes a demostrar ese “uso inadecuado” en el que ahora pretendía fundar su apelación y defensa.

La Sala en su Resolución N° 085-96-TDC, subrayó que el artículo 8° de la Ley de Protección al Consumidor contempla que los productos y servicios deben responder a la finalidad para la cual el bien fue fabricado o el servicio ideado.

La garantía implícita sin embargo, no involucra que el proveedor deba responder cuando el producto no tiene la mejor calidad posible pues ello podría, como bien precisa la resolución, elevar los costos en perjuicio del consumidor en la medida que los proveedores se verían obligados a ofrecer en todos los casos, esa “calidad ideal”. Los consumidores pueden escoger entre diferentes calidades y precios y no corresponde a la Comisión y obviamente, de la Sala mencionada, el decidir sobre ello. Resulta claro que ello no se hace extensivo a aquellas situaciones en las que el proveedor ofreció y no dio una calidad en concreto. Para estos efectos, el ámbito de acción de Indecopi se centra en verificar que los proveedores otorguen la indicada garantía implícita, respondiendo en consecuencia, cuando el bien o el servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado debiendo considerarse las condiciones en las que se produce la adquisición o contratación. Como ejemplo, la Sala señala que un lapicero se adquiere para escribir razonablemente por un tiempo igualmente razonable dadas las circunstancias en las que se produce la adquisición. La idoneidad del bien o del servicio se analiza como regla, en abstracto, tomando en cuenta lo que espera un consumidor razonable cuya percepción es moldeada como se reconoce en esta resolución, por circunstancias como es el lugar de compra, la información

dada en el momento de la adquisición, la publicidad existente, la presentación del producto, o los términos y condiciones ofrecidas entre otros, todo lo cual puede generar expectativas particulares o distintas en el consumidor razonable. Esos elementos se toman en cuenta para forjar los términos de la garantía explícita. El zapato de Kouros sin embargo, no respondía al período que razonablemente se considera como mínimo según las condiciones que rodearon la adquisición. Se considera que las partes acuerdan explícita o implícitamente que el bien o el servicio deben resultar idóneos para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de tales expectativas.

La idea en cuestión aunque se relaciona con el precedente de *Tori contra Kouros E.I.R.L.*, ha sido explicitada en otros casos (385) en donde se agregó que la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual.

La Sala consideró que correspondía atribuir al proveedor la carga de demostrar que la causa del defecto no era una imputable al proceso de fabricación. A ello agregaríamos según lo indicado al tratar la solidaridad en el caso *Dyazide*, que corresponde al proveedor respectivo, demostrar sea la inexistencia del defecto como el que éste, de existir, no le es imputable sino que es trasladable a otra causa. Como bien se señala en la resolución, se barajaron dos posibilidades: el que la carga de la prueba recaiga en el denunciante o el consumidor o en el proveedor, debiendo probar este último, que existió otra causa distinta, es decir, que el tipo de falla no puede ser atribuida a la fabricación, al manipuleo o a la comercialización del bien.

La Sala se inclinó por la segunda opción que implicaba colocar en el proveedor, la carga de determinar que el defecto no puede serle atribuido en tanto su control y manejo sobre el proceso productivo y/o de comercialización, como su propia experiencia, lo coloca como regla, en la mejor posibilidad o posición de probar a un costo menor, que el defecto o falla no puede serle atribuida como la idoneidad de su producto. Es evidente que el consumidor, no contará con los mismos elementos o con misma la misma información para producir la prueba lo que afecta la posibilidad de defensa de una de las partes. La idea no es demostrar de manera concreta cuál es la causa del defecto sino que éste no es atribuible al proveedor. Como bien señala la Sala, exigir al consumidor que demuestre la mala calidad o la falta de idoneidad, elevaría excesivamente los costos de prueba del consumidor.

Aunque nos preocupa la posibilidad de encarecer en nuestro país, los procesos de colocación del producto a partir de la necesidad de atender a los elementos probatorios, en la medida que en ciertos casos, el productor o proveedor podría verse obligado a incurrir en gastos extras para demostrar que el defecto no le es imputable con el consiguiente traslado de los costos al producto, concordamos con esa opción (es decir, aquella por la que la carga de la prueba descansa en el proveedor) teniendo en cuenta que lo contrario, representa que el consumidor soporte el peso de dicha actividad pese a carecer de información que la otra parte, el fabricante posee con mayor solvencia, colocando al proveedor en una posición ventajosa. Es altamente deseable por otro lado (y eso no lo dice la resolución) que sobre la base de la experiencia de este último, se generen los mecanismos necesarios para controlar el proceso de producción y consumo con la consiguiente posibilidad de comprobar la idoneidad y la seguridad de los productos, situación que es altamente deseable.

Si se hubiera optado por el camino contrario, se estaría desincentivando la interposición de estas acciones como resultado de la poca información a la que accedería el consumidor frente a su contraparte, el proveedor.

Kouros E.I.R.L., no pudo comprobar la idoneidad de su producto por lo que se concluyó que el defecto le era imputable y debía responder administrativamente por ello.

Sobre los ofrecimientos conciliatorios, la Sala retomando la interpretación funcional en forma apropiada, incide en que éstos no deben ser considerados como reconocimientos tácitos de responsabilidad en tanto dichos ofrecimientos pueden responder a la voluntad de llegar a un arreglo o resolver el conflicto de intereses al menor costo posible o a políticas empresariales de atención al cliente. Con muy buen criterio, la Sala consideró que se debía procurar proveer al sistema de los incentivos para que las partes alcancen soluciones armoniosas a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos vía conciliación. Reforzar esa opción supone permitir que se formulen ofertas.

385. La cita en cuestión corresponde a la Resolución N° 102-97-TDC en la denuncia planteada por Liliana Carbonel Cavero contra *Finantour S.R.L.* la misma que también se basa en el caso *Tori contra Kouros S.A.*

No se niega sin embargo, el que el reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien lo formula, pueda generar efectos jurídicos que faciliten la aclaración del conflicto. Ocurre que si se concede a cualquier ofrecimiento de cambio de los productos sin expresión de causa, las consecuencias de una “confesión” de responsabilidad lo que debilitaría “la institucionalización de la conciliación”. La Sala completa este análisis considerando que los ofrecimientos de buena fe inclusive pueden ser merituados al momento de graduar la sanción. Si bien este último elemento es considerado en el caso en cuestión, el previo desinterés de Kouros E.I.R.L., adquirió un peso gravitante para confirmar la sanción. La resolución será clara al estipular los principios que hemos detallado y que han sido reproducidos apropiadamente en diferentes ocasiones.

Aunque hay cierta similitud entre la regla de inversión de la carga de la prueba que se encuentra en el artículo 1969° del Código Civil respecto de la responsabilidad extracontractual, creemos que hay aquí un análisis relativamente autónomo que prescinde de la distinción sobre si la relación de consumo se produce en el marco de un contrato o no. La carga de la prueba no compete en ningún caso al consumidor sino al proveedor quien debe estar en capacidad de trasladar la presunción de responsabilidad en torno al defecto, fuera del ámbito de su competencia para eximirse de responsabilidad. Para tal efecto, debe recurrir a la experiencia y en general, a los conocimientos que tiene en torno al proceso productivo.

También se recurrió al caso *Tori contra Kouros E.I.R.L.* al analizar la denuncia en torno a los desperfectos del automóvil del denunciante. El auto había sido sometido a una serie de pruebas técnicas sin acreditarse la veracidad de los defectos que según el denunciante, tenía el bien. Lo interesante de este último caso, radica en que se halló finalmente, un extraño “silbido” que no motivó sanción alguna declarándose infundada la denuncia en tanto no se comprobaron las fallas denunciadas por el reclamante mientras que el “silbido” no había sido ni detectado ni denunciado por el actor. Este último habría aceptado tácitamente, que ese “silbido” no afectaba la idoneidad del bien o más bien, no alteraba sus expectativas en torno al mismo.

Además del caso *Tori contra Kouros S.A.* resultan de utilidad los principios expuestos en la Resolución N° 102-97-TDC en el expediente ° 327-96-C.P.C. en los seguidos por doña Liliana Carbonel Cavero contra *Finantour S.R.L.* estipulándose en tal fallo administrativo, que los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores, toda la información relevante respecto de los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos de manera tal que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria recurriéndose en caso de silencio, a los usos o costumbres, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se considere relevantes.

2.3.2. Poder Judicial y responsabilidad civil: entre la realidad y la ficción.

A continuación, señalamos las resoluciones judiciales que hemos podido hallar y que tocan el tema del producto defectuoso. Pretendemos indicar igualmente, aquellas situaciones que marcan pautas en torno al comportamiento de nuestros operadores en el ámbito judicial, revisando casos que, aunque no están referidos a la responsabilidad civil por productos, ponen en relieve la forma en la que se trabajan ciertos temas.

Como ya se indicó, la autoridad judicial no suele recurrir al término “defecto”. El manejo de los casos es menos técnico y en ocasiones, se percibe como más general y meramente intuitivo. En todo caso, no hemos hallado hasta el momento, resoluciones que recurran a la Ley de Protección al Consumidor la que ha sido considerada como instrumento reservado a Indecopi mientras que el Código Civil se ha constituido en estos casos, como única herramienta del Juez

2.3.2.1. Resoluciones judiciales sobre productos defectuosos.

Nuestro análisis de las resoluciones judiciales se inicia con un caso que concluyó con sentencia favorable de la Corte Superior. No llegó a la Corte Suprema por no permitirlo la normatividad de la época (el antiguo Código de Procedimientos Civiles limitaba el que las sentencias dictadas en procesos sumarios pudieran ser objeto de Recurso de Nulidad, medio impugnativo que se planteaba a fin de que la Corte Suprema se avocara a la revisión de un proceso). Sin embargo, creemos que el caso es suficientemente ilustrativo para analizar el tratamiento que dicho órgano

confiere a la materia resultando válido para tratar lo relativo al defecto pero también a cuestiones como la carga de la prueba, causalidad y daño.

Con fecha 13 de noviembre de 1992, don Elías Espinoza Rivera interpuso una demanda contra el fabricante de una conocida bebida gaseosa a fin de que ésta última lo indemnizara por los daños que según decía, había sufrido él y su hijo por la ingestión de producto defectuoso. Argumentó el demandante que él y su hijo, había sufrido daños y perjuicios por un monto de dos millones de dólares americanos por daño moral y quinientos mil en la misma moneda, por lucro cesante. Decía que los daños se habían generado como resultado del consumo de una bebida gaseosa el 14 de marzo de 1992 en una bodega cercana a su casa.

A través del proceso, tramitado bajo el expediente N° 88-92, ante el Duodécimo Juzgado Civil de Lima, se hallarían algunas contradicciones sobre las circunstancias en las que se produjo el consumo en tanto al parecer, la esposa de la presunta víctima consumió la bebida con su esposo y con el hijo de éste sin manifestar jamás molestia alguna ni ser incluida como víctima en la demanda. Afirmó el accionante, que él adquirió en la bodega, dos botellas de bebida consumiendo una de ellas en el mismo local a fin de “aplacar la sed” llevando el resto a su domicilio para el almuerzo. Es obvio que en tal oportunidad, no sintió que la bebida fuera desagradable. Utilizando un lenguaje en plural, agregó el demandante que “Al llegar a mi domicilio, procedimos a beber el resto de la botella destapada”, resaltando que ya en su casa, bebió el producto percibiendo un sabor raro que atribuyó al vaso. El demandante subrayó que todo los que consumieron la bebida, entre ellos su hijo, sintieron el sabor extraño y desagradable. El señor Elías Espinoza afirmó que de la revisión realizada en ese momento, pudo verificar que las dos botellas tenían “cuerpos extraños” en su interior los que podían comprobarse a simple vista. Supuestamente, a los pocos minutos de ingerir la bebida, pero ya en su casa, él y su hijo se habrían sentido mal y con “síntomas inequívocos de estar sufriendo alguna dolencia gástrica”. Antes de ser atendido en un hospital, reconoció el citado señor Elías Espinoza haberse acercado a la bodega para formular un reclamo verbal, oportunidad en la que habría conversado con personal de la empresa productora de la bebida sin resultados concretos. Afirmó en su demanda el actor, que tras dejar la “sala de emergencias del hospital” y sentirse un poco mejor, mantuvo conversaciones con otras personas vinculadas al proveedor insistiendo en que se cubrieran los gastos suyos como los de su hijo, por medicinas e internamiento en el referido hospital por los días dejados de trabajar. El demandante afirmaba haber sufrido tanto él como su hijo menor de edad, fiebres altísimas cuyas causas exactas, afirma, no pudo determinar. Inclusive, decía que su hijo había mostrado un cuadro de infección urinaria. En todo caso, según el demandante tanto él como su hijo, habrían contraído un virus desconocido que provocaba en el demandante, “excoriaciones en la parte posterior de los muslos los cuales tampoco pueden ser diagnosticados correctamente y no se ha podido averiguar hasta el momento la causa de su aparición” repitiendo que todo ello había comenzado después de ingerir la bebida gaseosa. Pero si no sabía qué tenía, llamaba la atención que pretendiera determinar una relación de causa y efecto entre el consumo de la bebida y sus presuntos daños. Indicó que debido a “su mal estado de salud”, su hijo había “bajado” casi en un 90% su rendimiento académico con relación al año anterior en el que se hallaba, afirmaba el demandante, entre los mejores alumnos de su clase demostrando tal afirmación, con la constancia entregada por su escuela respecto de sus bajas notas aunque no de su calificaciones pasadas.

Al aludir al daño emergente, subrayó el actor que el consumo de la bebida afectó su situación económica pues al hallarse en mal estado, el consumo de la misma afectó su salud impidiéndole desempeñar a cabalidad sus actividades profesionales de empresario a consecuencia del daño sufrido. Nunca probó sus ingresos ni su presunta calidad de empresario.

Se pretendía probar el daño con el resultado de un examen realizado por el recurrente según el Dictamen Pericial de Medicina N° 8833 al 8834/92 emitido por el Laboratorio Central de la Policía Nacional (que no mostró con la demanda), dictamen que habría determinado “signos dermatológicos de reacción tipo hipersensibilidad alérgica” por lo que su estado físico no sería el adecuado para la labor que realizaba (que nunca se probó en el expediente) toda vez que tenía que desplazarse continuamente. A ello se agregaba el presunto daño moral sufrido pues según se señaló en la demanda, continuamente recordaba el demandante lo ocurrido con él y con su hijo. Como se indicó, éste último sufría “estados febriles constantes y prolongados” afectando terriblemente la formación de su personalidad y mentalidad lo que se acreditaba con un Dictamen Pericial de Psicología Forense N° 178/92 de 24 de agosto de 1992 emitido por el Laboratorio Central de la Policía Nacional (pero que tampoco se adjuntó u ofreció en original con la demanda) en el cual se recomendaba que el menor evaluado reciba tratamiento psicológico para lograr supuestamente, el “adecuado” desarrollo de su personalidad. No había

sin embargo, conexión entre la aparición del problema y el consumo de la bebida derivada del informe. En todo caso, todo ello había generado gastos “enormes” al demandante para lograr su total recuperación y la de su hijo.

Con relación al daño moral, el demandante argumentaba que éste se relacionaba con las circunstancias en las que se había producido el consumo causante de “dolencias extrañas y casi imposibles de diagnosticar” que los afectaban al crearles temor de sufrir males futuros como resultado de la ingesta de bebidas gaseosas además de los mencionados perjuicios. Por ello, la parte demandante consideró que la reparación no podía ser inferior a dos millones de dólares americanos debiendo agregarse los intereses y gastos.

Con la demanda, se adjuntaron constancias a nombre del accionante y de su hijo, del Hospital Periférico de las Fuerzas Policiales figurando en ambos documentos que la atención se debía a “intoxicación alimenticia post ingesta de bebida gaseosa”. Pero tampoco se acompañó pruebas de análisis que sustentaran este diagnóstico. Acompañó la parte demandante, recetas vales de medicinas que incluían antibióticos y vitaminas, resultados de análisis médicos en los que se controlaba el nivel de hemoglobina, la realización de una prueba de hemocultivo, una prueba a la vista y certificados en donde se daba descanso médico por una semana a su hijo, menor de edad del 07 de abril de 1992 (pese a que los hechos habían ocurrido el 14 de marzo de ese año). Se adjuntó como anexo, la carta-testimonio de 16 de marzo de 1992 suscrita por el dueño de la bodega, señor Roberto Pérez, en donde se adquirieron las bebidas quien declaraba haber vendido al señor Elías Espinoza Rivera, dos botellas de bebida bebiendo tal persona el contenido de una de ellas en su bodega con su esposa e hijo llevándose el resto a su domicilio. Se decía en la carta, que el citado señor Espinoza había regresado a la tienda quince minutos después, en compañía de su hijo argumentando que después de consumir parte de la bebida, presentó un cuadro de náuseas y “bómitos” (según redacción textual de la carta en cuestión). Al mostrar las botellas, una abierta y la otra sellada, advirtió el señor Solano que en el interior de las mismas aparecían sustancias extrañas a la apariencia normal de la bebida. La carta hacía alusión a que el demandante se había retirado para dirigirse al hospital de la Policía Nacional acercándose un representante de ventas de la empresa a quien formularon el reclamo verbal.

La demanda se sustentó sin mayor referencia jurídica, en los artículos 1219°, 1322°, 1969°, 1985°, 1984° y VI del Título Preliminar del Código Civil así como los artículos 936° y demás pertinentes del Código de Procedimientos Civiles. Es interesante subrayar que el señor. Elías Espinoza citó en primer lugar, el artículo 1219° que regula las acciones con las que cuenta el acreedor como efecto de las obligaciones; agregando el artículo 1322° que trata sobre el daño moral como parte del Título IX del Código Civil referido a la inejecución de las obligaciones. Tras dicha referencia, el demandante invocó los artículos sobre responsabilidad civil extracontractual para abordar, el artículo 1969° sobre la responsabilidad de carácter subjetivo, es decir, el supuesto general planteado por nuestro régimen en el que se plantea, además, la inversión de la carga de la prueba.

Conviene recordar que cuando esta demanda fue planteada, ya se hallaba vigente la Ley de Protección al Consumidor aprobada por Decreto Legislativo N° 716 publicada el 9 de noviembre de 1991. Pese a ello, ni esta ley ni la referencia al carácter de producto o la posibilidad de un factor de atribución de carácter objetivo, aparece en la demanda (pero tampoco aparece en los fallos judiciales). Se citaron los artículos 1984° y 1985° que tratan respectivamente, el daño moral y el contenido de la indemnización como la teoría de causalidad adoptada por nuestro Código Civil. Finalmente, se incluyó como sustento jurídico, el Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil a efecto de que se considere el interés que el accionante considera tener para el ejercicio de la acción.

Como se puede apreciar, no hay una clara concepción respecto de los argumentos que sustentaban o debían sustentar una demanda indemnizatoria vinculada a los productos aludiéndose constantemente a la “culpa” del productor. Si bien el actor formuló una recargada indicación de los hechos, no incidió en el ámbito probatorio en los documentos que permiten comprobar el daño y el defecto del producto como serían los informes técnicos que revelen la falta de seguridad o la peligrosidad concreta del producto para su consumo y menos, una clara referencia a los hechos que acreditaban la relación de causalidad del producto presuntamente defectuoso y los daños que según afirma, sufrieron él y su hijo a consecuencia de la ingestión de la bebida. Es más, como indicamos, si sus aludidos males no tenían un diagnóstico completo, sorprendería el hecho de que pudiera atribuirlos al producto.

Como veremos, la falta de percepción sobre el tema en discusión y la fundamentación jurídica que le correspondía, se hará extensiva también a la primera instancia judicial. Aunque el 12 Juzgado Civil de Lima como la Primera Sala de la Corte Superior declararon infundada la

demanda, se pudo observar por parte de la primera instancia, una revisión superficial del caso a la que contribuyó el demandante con su evidente desconocimiento del tema. En esta instancia se hizo referencia a que no se había acreditado la “responsabilidad culposa” de la demandada. En segunda y última instancia, se dictó un fallo que aunque escueto, centró la discusión en torno a la prueba del nexo de causalidad entre el acto de ingerir la bebida gaseosa y las afecciones padecidas por él y por su hijo. Resaltó la Sala, la presencia de problemas probatorios, impidió que se imputara al fabricante la responsabilidad por el producto en la medida que se mostraron indicios de alteraciones en la tapa del envase que fue presentado aludiéndose a que se no hallaba herméticamente cerrado al momento de la venta.

Si bien el accionante aludió a un Dictamen Bromatológico N° 030/92 del Laboratorio Central de la Policía Nacional del Perú el que se señalaba que una de las botellas de bebida no habría sido apta para consumo humano, ese documento no se ofreció como prueba en la demanda y menos aún, insistió el señor Elías Espinoza en resaltar en qué consistían el defecto del producto planteando una relación directa con los males que señalaban en la demanda. La pericia, sin embargo, fue ofrecida tiempo después por el actor como medio de defensa ante la contestación de la demanda. Aunque en ella se aludía a que la bebida no era apta para consumo humano, también se indicó que el envase se encontraba abierto. En la demanda, el actor no incidió sustancialmente en la hermeticidad de la segunda botella la que figuraba en el detalle de hechos, como cerrada.

La empresa que fabricaba el producto cuestionado, contestó la demanda interponiendo una reconvencción de dos millones de dólares en contra del demandante en la medida que éste venía perjudicando el nombre de su compañía al desprestigiar su producto. Tiempo después, demandó al dueño de la bodega, Sr. Roberto Solano aduciendo que al emitir la carta que el señor Elías Espinoza utilizó en su demanda, sin efectuar mayores verificaciones, había afectado a su compañía. Ese proceso, que fue acumulado al planteado por el referido señor Espinoza, permitió ampliar sobre todo, el panorama probatorio. El fabricante proveedor, destacó las contradicciones del demandante en cuanto a cómo se produjo el consumo de la bebida. Se preguntaba la empresa en su contestación, sobre las razones por las que si el malestar de los consumidores era tan grave, porqué insistieron en formular reclamos verbales ante el dueño de la bodega perdiendo tiempo para acercarse al hospital. Otro elemento importante estaba constituido por el hecho de que uno de los envases de la bebida consumida fuera abierto y llevado de esa manera, por el demandante hasta su casa, fuera del ámbito de control del único “testigo” del consumo. La otra botella, aparentemente cerrada también fue llevada al domicilio del actor para aparecer después, mientras el demandante efectuaba los reclamos al bodeguero. Lo concreto es que la demandada incidió en probar que su producto fue fabricado, según los más rigurosos estándares de calidad ofreciendo una inspección ocular a su fábrica para verificar como se llevaba a cabo el proceso de fabricación. Asimismo, ofreció parte de lo actuado en el expediente penal en donde se verificó respecto de la botella aparentemente “cerrada”, que aunque la bebida de la misma no se hallaba apta para consumo humano, habían indicios de oxidación en la tapa que revelaba haber estado expuesta a una recoronación (es decir, la tapa del envase que contenía la bebida, habría sido abierta y vuelta a tapar). De esa forma, se limitaba el imputar la alteración del contenido del producto al proceso de fabricación afectando la prueba sobre la presencia de un defecto en la esfera del fabricante. Para confirmar tal aspecto, éste incidió en la presentación de un dictamen Pericial del Laboratorio Central de la Policía Nacional del Perú el que se resaltaba tal aspecto. Un aspecto interesante radica en el hecho de que la botella cerrada superara una primera prueba de hermeticidad con un calibrador manual. En función de esto último, el actor había impulsado un proceso penal que fue rechazado finalmente.

Al ofrecer pruebas vinculadas a dicha investigación, la empresa demandada reforzó el elemento probatorio tratando de desvirtuar la validez de la prueba de hermeticidad manual la que si bien se llevaba a cabo para realizar una primera revisión o evaluación de los hechos, no era infalible y requería de otros análisis como la medición del nivel de gasificación de la bebida y sobre todo, el examen sobre el estado de la tapa y con ello, de su hermeticidad. Ofreció pues, las declaraciones del demandante y la testimonial del bodeguero pero sobre todo la de los técnicos que participaron en esa primera prueba de hermeticidad como en el examen sobre el estado del envase. Se presentaron informes médicos relativos a la naturaleza de las dolencias insistiendo en que no guardaban relación con la ingestión de una bebida.

Como elemento anecdótico, habría que resaltar que durante el proceso judicial y cuando éste se encontraba para ser sentenciado en primera y segunda instancia, aparecieron publicaciones en un diario de poco tiraje en la capital el que hacía alusión al proceso y al perjuicio que supuestamente el producto había causado.

Aunque el demandante tachó el informe que hacía referencia a los signos de recoronación en la tapa del único envase que aparentemente estaba cerrado y se aferró a la prueba de hermeticidad del calibrador manual, cuestionando diversos aspectos como la inspección ocular al local de la demandada, no pudo evitar que se declarara infundada la demanda interpuesta contra la empresa fabricante. La planteada por ésta última contra el bodeguero como la reconvencción fueron declaradas infundadas.

La sentencia de primera instancia dictada el 04 de mayo de 1994, aludió en sus considerandos que todo aquel que alegue un hecho debe probarlo salvo aquello que se presume conforme a ley, insistiendo en precisar como elementos de una acción indemnizatoria, el daño como la necesidad de que se acredite “la responsabilidad culposa y el dolo o mala intención” con que actúa el responsable de dicho evento. El fallo alude a la necesidad de que se establezca desde el punto de vista objetivo (término que parece aludir solo a la comprobación más no al factor de atribución), si los resultados de las pruebas aportadas por ambas partes, se lograba establecer la responsabilidad “dolosa”. El Juzgado resaltó el hecho de que los exámenes médicos no revelaban una relación siquiera temporal con la fecha en la que ocurrieron los hechos según el mismo demandante pues buena parte de dichos exámenes eran de mediados de abril de 1992 pero sobre todo de junio del mismo año. Aludió a que la inspección ocular revelaba el proceso higiénico en que se producía la bebida. Rechazó la validez absoluta de la prueba pericial como la del calibrador manual para probar la hermeticidad y los exámenes bromatológicos en tanto siendo pericias, tenían según las normas procesales de la época y las actuales, el valor que les asigne el juzgador. No insistió sustancialmente en las declaraciones de los técnicos.

La Segunda Sala resolvió con fecha 30 de diciembre de 1994, confirmando la sentencia apelada por considerar que no se había acreditado fehacientemente, la presencia de una relación causal como ya se indicó. Resaltó la Sala, que la frondosa prueba graficaba como el contenido de una de las botellas fue consumido sin que se percibieran sensaciones desagradables ni tampoco se había probado exhaustivamente que la botella no consumida no fuera recoronada. Asimismo, dadas las circunstancias, se evidenciaba una tardía y pasiva reacción del accionante frente a los hechos que se presentan con caracteres de suma gravedad lo que también revelaba la inconsistencia de la acción. La acción penal interpuesta por el referido señor Elías Espinoza fue también desestimada. La forma de analizar el tema ilustra lo que poco que se conocía de la responsabilidad por productos. Aunque el caso permite más comentarios, destacamos que el mismo ilustra bastante bien el tratamiento del tema en donde hay mucho de desconocimiento del régimen.

Pudimos conocer dos casos que se presentaron y son citados a continuación, siendo tratados en la vía penal en la provincia Constitucional del Callao y en Cusco también por la existencia de presuntos defectos en bebidas gaseosas. Rescatamos la revisión que se realizó en el ámbito de la prueba no obstante reconocer las diferencias en el tratamiento civil y penal. En ambos, la sola presencia de defectos en los productos que los hacían no aptos para consumo humano, condujo al inicio del proceso penal sobre la base de prueba sobre la hermeticidad de la botella lo que hacía que el presunto defecto fuera imputable a la esfera de acción del proveedor. El caso que se presentó en Cusco (y que es explicado más adelante), reveló que la evaluación sobre el contenido del producto se produjo en pésimas condiciones técnicas lo que atenta contra los derechos de las partes a una evaluación seria. También en este caso, es de destacar el deficiente manejo de los profesionales, peritos, vinculados al tema. Por otro lado, en líneas generales, no se suele determinar en qué consiste el defecto por la poca preparación o poca experiencia de las autoridades las que suelen pronunciarse sin detallar los elementos que confieren peligrosidad al producto, como si ocurre en las pruebas impulsadas en el marco de los procesos administrativos seguidos ante Indecopi. Hay pues especialización en el manejo del tema que no es compartida por otras autoridades.

Aunque en el ámbito penal, la breve investigación que citamos, revela la poca seriedad con la que se tratan los casos vinculados a los productos. Hacia el año 1994, se interpuso ante las autoridades del Callao bajo el número de ingreso 195-94-I, una denuncia por presunto delito contra la Salud Pública. También en este caso, el denunciante señor Eduardo Berríos Luna, médico de profesión, afirmaba haber consumido con fecha 22 de marzo de 1995, una bebida gaseosa en la que detectó la presencia de cuerpos extraños. La persona que vendió el producto, señor Javier Barrientos, precisó que cuando el denunciante terminó de beber el producto, observó residuos u objetos extraños en el interior de la botella formulando un reclamo verbal y después, la denuncia penal ante la Policía del sector. Si bien se realizó una prueba o peritaje toxicológico a lo poco que al parecer quedaba de la bebida (lo que se contradecía con el hecho de que quien le vendió la bebida, afirmaba que el producto fue consumido prácticamente de manera

total), la prueba demostró que el líquido no era apto para consumo humano. Pero no se sabe si el producto sometido a la prueba era el mismo que consumió la presunta víctima. Luego del consumo el señor Berríos Luna afirmó haber sufrido un cuadro de gastroenterocolitis. No aparecía en los antecedentes, sin embargo, ninguna prueba de su mal. Las investigaciones policiales buscaron demostrar que el producto había sido vendido por la que aparecía como fabricante en la etiqueta o envase y en ese sentido, se insistió en confirmar a través de los comprobantes de pago de la bodega que vendió el bien, la veracidad de la venta. Ello fue aclarado. Sin embargo, también en este caso, la botella fue remitida para análisis, totalmente abierta, desapareciendo la tapa la cual suele incluir un código computarizado indispensable para identificar si el producto realmente pertenecía al fabricante. De esta manera, se afectaba también la posibilidad de imputar al productor, los defectos del producto lo que determinó que la denuncia planteada a nivel del Ministerio Público fuera archivada definitivamente con fecha 24 de julio de 1996 sin que el denunciante planteara impugnación alguna.

Accedimos a información sobre otra denuncia que, por delito contra la Salud Pública, fue planteada en Cusco a fines de 1996 por el Presidente de la Asociación de Padres de Familia del Colegio Educandas del Cusco quien afirmaba haber hallado en una revisión de rutina, una botella de bebida gaseosa en uno de los kioscos del colegio con objetos extraños en su interior. La botella habría estado abierta y en tales circunstancias fue trasladada a Lima para la realización de las pruebas de toxicidad confirmándose obviamente, que el producto no era apto para consumo humano. En la investigación que en este caso, llegó al Cuarto Juzgado Penal del Cusco, y se tramitó hasta el año 1998. Se impulsó la declaración del representante legal de la empresa fabricante del producto quien explicó de manera detallada la forma en la que se producía la bebida siendo cuidadoso al describir el control de calidad llevado a cabo en el lavado de las botellas y colocación del producto como sellado de los envases. El acento estaba en comprobar que el deterioro del producto se debía a causas ajenas al productor. El representante en cuestión, aludió a que muchas veces, los dueños de bodegas o comercializadores en general, entregaban el producto y cuando el consumidor lo rechazaba por no ser la bebida solicitada, trataban de sellar el envase con lo cual alteraban el contenido en tanto como consecuencia del ingreso de oxígeno, se formaban hongos en el interior de la botella. Insistió el fabricante en la verificación sobre la hermeticidad de la tapa. Por otro lado, la denuncia del representante legal del colegio, aludió a que la botella se hallaba herméticamente cerrada y que por este caso, debía generarse una indemnización de, por lo menos, un millón de dólares. No apareció en el expediente, ninguna acta sobre la forma en la que se entregó el envase a las autoridades. Se constató sin lugar a dudas, que la botella estaba abierta cuando fue analizada por la Policía Nacional en Lima. Pese a lo manifestado, la denuncia concluyó en primera instancia con fecha 18 de agosto de 1998 con una condena del Juez Penal quien estableció la responsabilidad del representante legal de la empresa fabricante, imponiéndole dos años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución aunque bajo reglas de conducta; se estableció una reparación de diez mil soles de manera solidaria con su empresa, la que debía beneficiar a la asociación de padres de familia de la escuela mencionada pese a que en ningún momento se acreditó daño alguno a efecto de determinar algún valor de referencia. Como quiera que el inculpado apeló de esa resolución, el caso fue evaluado por la Sala Penal del Cusco la que con fecha 23 de octubre de 1998, consideró que no se habían reunido suficientes elementos probatorios para imputar responsabilidad penal máxime en tanto la pericia no solo no había sido ratificada o reconocida por los que los suscribieron sino que había quedado demostrado que la tapa del envase fue manipulada. El tema es que habría sido deseable un mejor manejo de la prueba.

Por lo general, opera el principio procesal por el cual, quien alega prueba conforme al artículo 196° del Código Procesal Civil, salvo los supuestos del artículo 190° de dicho código y no los principios de interpretación a favor del consumidor.

Se halló un expediente judicial N° 2001-0436, tramitado ante el Primer Juzgado Civil de Chimbote, en los seguidos por don Christian Nazario Villalva contra Embotelladora Rivera S.A. y otros por indemnización derivada de daños por un envase de bebida gaseosa presuntamente defectuoso. La demanda, interpuesta con fecha 17 de mayo de 2001, en contra de los que trabajadores de Embotelladora Rivera S.A., señores Manuel Serapio Ortiz Palomino, Wilson Roberto Bulnes Cavero incluyó a dicha empresa bajo la calificación de “tercero civilmente responsable” pidiendo que, en forma solidaria se le pague la suma de S/.400.000.00 como indemnización de daños y perjuicios. El demandante señaló que con fecha 18 de marzo de 2000 al promediar las 12:45 p.m. los trabajadores de la Empresa Embotelladora Rivera, responsable de la comercialización de los productos Pepsi y Concordia, llegaron al inmueble de propiedad de sus padres, lugar donde se ha acondicionado una Bodega de propiedad de los mismos. Dejaron el

pedido de las bebidas solicitadas en el depósito, el cual se encuentra contiguo a la bodega. Luego de dejar la mercadería, tanto el demandante como su padre, comenzaron a ubicar las bebidas gaseosas en sus respectivos lugares de la bodega cuando de pronto, una de las botellas explotó, según el demandante, por haber estado expuesta mucho tiempo en el camión repartidor, llegando a “combustionar y explotar”. Ello ocasionó al demandante, la pérdida de la visión del ojo derecho, dejando de trabajar y truncando su desarrollo profesional. Al contestar la demanda Embotelladora Rivera S.A. manifestó que el evento o la “explosión”, no se ha debido por la manipulación de los empleados encargados de bajar del camión repartidor de las cajas de gaseosa, ni a un defecto de fabricación o embotellamiento de la bebida Pepsi Cola, sino por haber manipulado el demandante negligentemente las cajas de gaseosas, al trasladar las mismas de lugar en el cual fueron dejadas a otro ambiente del inmueble. Descartaron que el evento culposo se haya producido por algún defecto de fabricación, en la medida, que nunca se ha reportado en la misma ciudad de Chimbote u otras ciudades en las que la demandada vende sus productos, situaciones similares. En tal sentido, manifestó que al no tener el demandante el cuidado debido al trasladar las cajas de gaseosas de un lugar a otro y que ocasionó la supuesta “explosión”, no se podían atribuir los daños corporales sufridos como responsabilidad de los recurrentes, máxime se dicho evento se produjo cuando el camión repartidor ya se había retirado del lugar de los hechos. El demandante fundamentó su pretensión en lo dispuesto por los artículos 1969° (responsabilidad subjetiva) y 1985° (contenido de la indemnización) del Código Civil. La demandada fundamentó su contestación en lo establecido en los artículos 1969° (responsabilidad subjetiva), 1986°, y 1972° del Código Civil. Ciertamente, podría haberse discutido la calidad de consumidor de la víctima considerando la [Ley de Protección al Consumidor](#). La discusión se centró en la aplicación del Código Civil, en la relación de causalidad invocada por uno de los demandados y en la presencia de un proceso penal en el que el demandante ya se había constituido en parte civil lo que generaba la improcedencia de la acción según señaló la embotelladora demandada. Lo interesante es que mediante resolución N° 28 de 17 de octubre de 2002, el Tercer Juzgado que finalmente fue el que resolvió el caso, declaró fundada la demanda interpuesta por Christian Nazario Villalba en contra de Embotelladora Rivera S.A, e infundada en contra de Manuel Serapio Ortiz Palomino y Wilson Roberto Bulnes Cavero en consecuencia ordenó que se cumpla con pagar al demandado a suma de S/. 80.000.00. Los argumentos principales de la decisión judicial no muestran claridad; pueden resumirse en lo siguiente: a) El factor de atribución se constataría por la fabricación defectuosa del producto, que ha ocasionado la lesión, consistente en la pérdida de la visión del ojo derecho; y el factor de atribución consistente en la negligencia incurrida en la fabricación del producto, por lo que la empresa debe responder por ello; b) Que de las pericias realizadas se ha determinado que la botella sufrió explosión por acción de la presión interna; c) para el juez, la causa de la explosión de la botella lo fue o bien un defecto de la botella o bien un defecto en el embotellado de la bebida gaseosa, de tal manera que en un momento determinado bastó un simple movimiento de la botella para generar su explosión. Por esta vía, entró al tema de la fabricación de un producto, aludiendo a que la responsabilidad civil del fabricante se basaría en la negligente fabricación del producto que elaboró, lo que también trajo como consecuencia de que el responsable de la explosión sea el fabricante, esto es, la empresa demandada. Según el juzgado, quien fabrica una botella o embotella una bebida gaseosa, lo hace previniendo la presencia de distintas temperaturas. El tema de la fabricación involucra el deber de “no causar daño a nadie”. Inclusive, de sostenerse que habría sido un factor determinante “la alta temperatura” como dice el demandante, habría un defecto relacionado con el tema de la fabricación. La causalidad se habría constatado por la fabricación defectuosa (sin que se haga mayor referencia sobre el tema), mientras que el factor de atribución consistiría en “la negligencia incurrida” en la fabricación del producto (sin mencionar las razones por las que la embotelladora responde también por el envase en el que colocó la bebida que fabrica). El juzgador de manera expresa, señaló que no cuestionaría los fundamentos de la sentencia penal en donde ya se había producido la reserva del fallo condenatorio pues asumía que no se había producido en tal proceso, la debida tutela real y efectiva recurriendo a la Constitución para justificar el que ampara el pedido. Recurrió a un informe técnico para justificar su fallo en la excesiva presión del gas en la botella como la causa de la explosión. El juzgado aludió al defecto de fabricación pero sin definirlo. Para efectos procesales, se apoyó en el artículo 277° del Código Procesal Civil sobre los sucedaneos de los medios probatorios recurriendo a aspectos doctrinales sobre el riesgo de la empresa que determinó que solo responda Embotelladora Rivera S.A. Esta sentencia fue luego anulada dictándose otra de 20 de octubre de 2004 por la que se declaró improcedente la demanda pues para la autoridad judicial, ya se había obtenido una

indemnización por los mismos hechos pero en la vía penal. La sentencia de 30 de enero de 2006, confirmó tal fallo. Con los S/. 3,000.- pagados por la empresa antes citada, en el proceso penal, “el íntegro de la reparación civil habría sido cancelado”. Se nos ha informado que está en trámite la casación.

2.3.2.1. Aproximación a la conducta de los operadores jurídicos en otras resoluciones judiciales.

Los siguientes casos, además de los ya citados, pretenden resaltar diversos aspectos de la conducta de nuestros operadores aunque los casos no se refieran a la responsabilidad civil por productos defectuosos.

Bajo el expediente N° 60867 – 1997, en los seguidos por doña Gisela Pía María Arbulu Vélez de Centurión se halló una demanda por indemnización de daños y perjuicios, interpuesta contra don Darío Mesía Espejo, Courier el Veloz S.R.L, y Rimac Internacional Seguros, para que cumplan en forma solidaria con el pago de la suma de \$ 450, 000.00, por haber causado la muerte del esposo de la demandante. El 02 de junio de 1997 aproximadamente a las 10:00 a.m. a la altura de la cuadra 35 de la Av. Paseo de la República, se produjo el accidente de tránsito (atropello) que causó la muerte del esposo de la demandante, don Cesar Abel Centurión Makthon, quien fuera atropellado por el vehículo de placa QI-2711, año 1996, Camioneta de cabina simple, color blanco, de propiedad de la codemandada el Veloz S.R.L y conducida por el chofer Darío Mesia Aspajo, empleado de la misma. El atropello se produjo en circunstancias en que dicho vehículo se desplazaba a excesiva velocidad por la cuadra 35 de la Av. Paseo de la República, en Lima, en sentido de Norte a Sur, ocupando en carril derecho, circunstancia en que el peatón ingresaba a la calzada por su lado derecho en sentido de oeste a este, dispuesto a subir la escalera del puente peatonal que existe en ese lugar, siendo en ese preciso momento investido por la camioneta y que de acuerdo a las conclusiones del Atestado Policial respectivo, el factor predominante que motivó el citado accidente de tránsito fue la excesiva velocidad con la cual el vehículo se desplazaba por ese sector. Como consecuencia del accidente de tránsito, la víctima sufrió lesiones graves que le ocasionaron dolor y sufrimiento, y posteriormente su muerte. Manifestó la demandante que la muerte imprevista de su esposo, ha producido severos daños patrimoniales, así como daños morales irreparables a la demandante y a sus menores hijos. Por concepto de daño patrimonial, lucro cesante, demanda la cantidad de \$ 200,000.00, en razón de que su esposo era abogado de profesión, quien ejercía independientemente en el patrocinio de diversos procesos de naturaleza civil y laboral, así como en la asesoría legal de diversa empresas, obteniendo ingresos que cubrían ampliamente las necesidades de u familia, habiendo de la misma forma truncada la culminación de su carrera profesional la misma que era solventada por su esposo, así como la culminación de la su casa, así como lo gasto que le demandaran la manutención de su menor hija. Como daños extrapatrimoniales, solicitó la suma de \$ 250,000.00, por el daño moral sufrido por la muerte de su esposa, al haber quedado viuda y huérfanos sus hijos. La demandada fundamentó su demanda en lo dispuesto en el los artículos 1970° (responsabilidad objetiva), 1981° (responsabilidad del empleador), 1984° (daño moral), 1985° (contenido de la indemnización) y 1987° (responsabilidad del asegurador) del Código Civil. EL Juez falla declarando fundada en parte a la demanda, en consecuencia ordena que los demandados Darío Mesia Aspajo, El Veloz S.R.L y Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros paguen solidariamente a la demandada la suma de Cien Mil Dólares Americanos. Los principales argumentos del juez para sustentar su decisión son que la pretensión indemnizatoria se sustenta en la responsabilidad objetiva a que se refiere el artículo 1970 del Código Civil, debiendo destacarse que un vehículo motorizado constituye peligro por el solo hecho de ponerlo en funcionamiento, descartándose de la concurrencia de un caso fortuito de tratarse de un hecho previsible, habida cuenta que no se ha aportado prueba alguna respecto a una supuesta acción temeraria del peatón fallecido. Para la fijación del monto indemnizatorio debe considerarse la condición de profesional que ostentaba el causante bajo cuyo status social era el sostén de la familia. La Sala confirmó la sentencia que declara fundada la demanda y la revocó en cuanto al monto fijado como indemnización, reformándola fijan como monto indemnizatoria, la suma de S/.100,000.00. Los argumentos que utiliza la Sala son los mismos utilizados por el juzgado. En el caso materia de análisis, al solicitarse la indemnización por daños y perjuicios derivada de un accidente de tránsito, nos encontramos bajo el régimen de la responsabilidad civil extracontratual y específicamente en un supuesto de responsabilidad objetiva, al ser considerado los vehículos motorizados como bienes peligrosos o riesgosos, y por estar establecido así por el Reglamento de Transito, en consecuencia el demandante responderá

por el daño causado al existir una relación de causalidad con la conducta dañosa, lo que se da en el presente caso, motivo por el cual se fija una indemnización, debiendo destacar las dificultades que tienen los jueces para fijar los montos indemnizatorios.

Bajo el procedimiento tramitado bajo el expediente N° 518- 96, en los seguidos por don Juan Barreto de Osma contra la Clínica Anglo Americana y otros, se aprecia que los demandantes interpusieron demanda por indemnización de daños y perjuicios en contra de la Clínica Angloamericana y contra los médicos Ernesto Miguel Bancalari Benavides, Enrique Sabogal Morzan y José Luis Diez Canseco Castañeda, a efecto que los indemnicen en forma solidaria con la suma de \$ 10.000.00 millones de dólares, por concepto de daño moral y económico ocasionado por la muerte de Juan Francisco Barreto Novoa. Con fecha 09 de abril de 1994, Juan Francisco Barreto Novoa de 19 años de edad, hijo del demandado, sufrió un accidente de tránsito, siendo conducido a la Clínica Javier Prado en donde al examinarlo se estableció que el cráneo no presentaba heridas ni deformación, que abría los ojos al estímulo doloroso, localizaba el dolor y no había déficit motor; asimismo los movimientos oculares conservados y no presentaba signo de meníngeo. Se estableció con las radiografías que en el cráneo existía fractura parietal derecha. Luego de pruebas y exámenes, se dispuso que al paciente se le hiciera una tomografía, la misma que no podía hacerse en la Clínica debido a que esta no contaba con el equipo de tomografía, lo que motivo su traslado a la Clínica Anglo Americana el mismo 09 de abril de 1994. En la Clínica Anglo Americana se le practicó una Tomografía Axial Computarizada, dando como resultado hematoma subdural agudo fronto-parietal derecho, fractura parietal derecha, contusión hemorrágica fronto-parietal izquierda. Señala el demandante que no obstante de la gravedad del paciente, según los resultados de la tomografía, lo que ameritaba un intervención quirúrgica inmediata, los médicos se limitaron a suministrarle medicamentos y a observar al paciente, sin practicarle la intervención que el caso requería, *“pasividad y actitud de los médicos que constituye negligencia e irresponsabilidad inexcusable, que ha dado lugar a que nuestro hijo falleciera por su culpa”* El día 11 de abril de 1994, se le hace al paciente un examen neurológico que arroja como resultado un estado de coma, presentaba signos de descerebración, en estas circunstancias que se decide intervenirlos quirúrgicamente, donde participaron el Dr. Sabogal, el Dr. Iberico, y como anestesiólogo el Dr. Diez Canseco. Después de la intervención quirúrgica el paciente se mantuvo en estado de coma profundo y con respiración artificial falleciendo el 18 de abril de 1994. Señaló el demandante que ha existido culpa y negligencia por parte de los médicos, por lo que existe responsabilidad extracontractual por el daño moral y económico que se les ha irrogado por la muerte de su hijo de 19 años de edad. Los demandados al contestar la demanda señalaron que de la tomografía que se le tomo a Juan Francisco Barreto Novoa, se encontraron dos hematomas uno subdural agudo y otro en la región temporal, sin desplazamiento de la línea media del cerebro. Refieren que el hecho de presentar un hematoma agudo no denota severidad, esto quiere decir que la aparición del hematoma ocurre a las 24 horas del trauma y el cuadro clínico del paciente estaba dado por el edema (hinchazón) del cerebro; ante este cuadro los médicos procedieron a suministrar el tratamiento medico antiedema. La demandada señala que frente a un cuadro de edema cerebral, una intervención quirúrgica puede llevar a que este al continuar su crecimiento se hernie (se salga), por ello se decide se decide no intervenirlos quirúrgicamente al momento de su internamiento en la clínica. De otro lado, la Clínica Anglo Americana reconviene solicitando se le pague la suma de \$ 3, 720.93 dólares americanos, cantidad adeudada por los demandantes por concepto de los gastos de atención médica y hospitalaria del occiso Juan Francisco Barreto Novoa; además solicitan una indemnización de \$ 50,000.00 dólares por el daño moral irrogado a la Asociación Benéfica Anglo Americana conductora de la Clínica Angloamericana. Se fundamentó la demanda en los artículos 1969° (responsabilidad subjetiva), 1970° (responsabilidad objetiva) y 1985° (relativo al contenido de la indemnización) del Código Civil. Es relevante hacer notar que el demandante en la parte de la fundamentación jurídica solo hace meras citas legales y no una subsunción de los hechos a la norma jurídica. La demandada Clínica Anglo Americana fundamenta su contestación en el inciso 2 del artículo 1971 del Código Civil que señala: “No ha responsabilidad extracontractual en el caso de legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguardia de un bien propio o ajeno; manifiestan además que en caso del paciente optaron por recurrir al tratamiento mas idóneo y que la ciencia medica en esto casos aconseja. Mediante sentencia de primera instancia, se falló declarando improcedente la reconvenición e infundada la demanda. El considerando principal de juez para fundamentar su decisión es que, se trata de una responsabilidad de carácter contractual, derivada de atención médica o prestación de servicio entre las partes intervinientes, que de la pericia se refiere de la tomografía axial computarizada, efectuada al paciente, se estableció que entre otras lesiones

presentaba edema cerebral, lo que hacia de alto riesgo la intervención quirúrgica inmediata, pues conforme se ha explicado la presión del cerebro por su crecimiento conllevaría que la masa encefálica saliera por la abertura hecha por o en la operación, lo que implicaba muerte inmediata, razón por la cual los médicos optaron por la medicación del paciente, que de la pericia se establece que estando bajo control permanente el paciente se deteriora neurológicamente ante el hallazgo de mayor edema cerebral, decidiéndose por la intervención quirúrgica para descomprimir, así como al dicho de los peritos en el sentido que la medicina suministrada era la correcta y que no existía mala practica medica. Por su parte, la Sala Superior, confirma la sentencia de primera instancia que declara improcedente la reconvencción e infundada la demanda, fundamentando su decisión en que en una acción indemnizatoria debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, lo que no se ha acreditado en autos, habida cuenta las conclusiones de la pericia medica según la cual la secuencia seguida en el tratamiento del paciente fue el adecuado a la gravedad de las lesiones sufridas y cuyo pronostico de vida era desfavorable; además de no haberse acreditado la negligencia de los demandados en la muerte de la víctima por lo que, se encuentran exentos de responsabilidad. Respecto al responsabilidad profesional y específicamente para el caso materia de análisis como es la responsabilidad civil del medico debemos recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual, subjetiva, por lo que se debe probar es que el medico no ha actuado con la diligencia ordinaria exigida por la ciencia medica y, para efectos de determinar la responsabilidad, deberá tenerse en cuenta los avances de la ciencia medica en estos casos, por lo que coincido con el fallo expedido por el y que posteriormente fue confirmado en segunda instancia, dado que se ha acreditado que los médicos de la clínica Anglo Americana actuaron de acuerdo con los procedimientos médicos que la ciencia aconseja para estos casos, no existiendo responsabilidad alguna.

Bajo el Expediente: 37329 – 1997, se tramitó la acción judicial seguida por don Víctor Minaya Castillo contra la Compañía Minera Huarón. El demandante interpone demanda de indemnización a efecto que la demandada le abone la suma de S/. 50,000.00, por concepto de daños y perjuicios que se le ha causado a su salud, al ocasionarle la enfermedad ocupacional de silicosis con 75% de incapacidad para todo trabajo que demande esfuerzo físico. Señala el demandante que ha trabajado para la Compañía Minera Huaron en el Campamento Francosis, en calidad de Obrero Minero, desde el 13 de marzo de 1963 hasta el 15 de agosto de 1994. Que, renuncio a su trabajo por haber contraído la enfermedad ocupacional de Silicosis en circunstancias inherentes a la prestación de servicios, que consiste en trabajar en ambientes altamente contaminados de gases tóxicos, humos y polvos cargados por partículas de minerales que emanan de las perforaciones que se realizan en roca viva, siguiendo las raíces de las vetas de metales preciosos que se pierden en las cavidades subterráneas de las minas, por lo que trabajar en dichos lugares conlleva a respirar sustancias venenosas, que de manera irreversible afectan los órganos pulmonares y por ende todos el sistema respiratorio bronquial. Que, la demandada para prevenir estas enfermedades fatales, estaba obligada a proporcionarle implementos de seguridad como máscaras respiratorias que servían para purificar las impurezas del aire que se respiraba y que si alguna vez proporcionó dichos implementos de protección no eran auténticos ni originales, sino rehechas por los trabajadores aficionados; asimismo debió habersele provisional de leche, por ser este lácteo un antídoto contra afecciones tóxicas. La demandada al haber omitido la provisión de los implementos de seguridad y no haber tomado ninguna medida preventiva para evitar el daño irreversible, ha violado las normas de orden público y convencional incurriendo en un acto de negligencia inexcusable, habiéndole causado la enfermedad ocupacional de Silicosis con 75% de incapacidad física. Con dicha enfermedad la ha incapacitado totalmente siendo su situación el de una persona inválida, disminuida moral y físicamente que lo ha convertido en una carga para su empobrecida familia; en cambio la demandada ha lucrado con su trabajo ahorrando la compra de implementos de protección y provisión de antídotos. El demandante fundamentó su demanda en lo dispuesto por los artículos 1969 (responsabilidad subjetiva), 1979 (responsabilidad objetiva), 1984 (daño moral), 1985 (contenido de la indemnización) del Código Civil; Artículo 104 del decreto legislativo Nro 109 “Ley General de Minería”, que establece que las Empresas Mineras deben indemnizar por los daños que causan a terceros; El Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales D.S 002-73-TR. El Juez falló declarando fundada en parte la demanda y ordena que la Compañía Minera Huaron pague al demandante Víctor Minaya Castillo la suma de doce mil nuevos soles, mas intereses legales a partir de la fecha en que se determinó la existencia del daño, esto es el ocho de abril de mil novecientos noventa y siete conforme lo determina el informe médico. La decisión del juez se ampara fundamentalmente en que la

demanda versa sobre una responsabilidad extracontractual; que el informe de la Dirección General de Salud Ambiental, concluye que el demandante adolece de silicosis en segundo estadio de evolución con una incapacidad del 75% para todo trabajo que demande esfuerzo físico; que la demandada no ha probado haber cumplido con los requerimientos referidos a la seguridad e higiene minera a la que estaba obligada, es decir de la provisión al demandado de los implementos de protección y seguridad, tales como botas, respiradores, guantes, cascos, así como la provisión de leche; lo que motiva que no existiendo prueba en contrario de que la enfermedad que sufre el demandante haya sido adquirida en relación de dependencia. Por sentencia de vista, se confirmó a sentencia que declaró fundada en parte la demanda. Cabe resaltar que la Sala consideró que el régimen de responsabilidad aplicable al presente caso es de la responsabilidad objetiva, dado que la actividad minera por su naturaleza es considerada como riesgosa, siendo que para que se configure este tipo de responsabilidad no se presupone la existencia de una relación causal, es decir, si existe daño o no; si existe el causante de este daño debe responder por el mismo. En Casación, la Sala Civil de la Corte Suprema declara fundado el recurso de Casación interpuesto Compañía Minera Huaron y, en consecuencia, se declaró improcedente la demanda, dejando a salvo el derecho del demandante para hacerlo valer en la vía correspondiente. Entre los principales argumentos de la Sala Civil de la Corte Suprema están que los daños y perjuicios sufridos por el actor se han producido en el marco de una relación contractual existente entre el demandado, en su condición de trabajador y la Compañía Minera Huaron como empleadora, precisa la Sala que la silicosis es una enfermedad propia de la actividad minera, por lo que todo contrato de trabajo para tal actividad debe asumir el riesgo que conlleva dicha enfermedad. Dado que lo pretendido por el demandado esta regulado por las reglas de la responsabilidad contractual o de inexecución de obligaciones, el demandante debió tramitar su pretensión indemnizatoria mediante la acción pertinente, y no bajo los cauces de la responsabilidad extracontractual. En el presente caso, tanto el Juez como la Sala, así como las partes, consideran que se trata de un supuesto de indemnización por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo la Corte Suprema establece que los daños producidos se han producido en el marco de una relación de carácter contractual. Sobre el particular considero al igual que la Corte Suprema que los daños y perjuicios producidos a la salud del demandante se han dado cuando las partes tenían una relación obligatoria de naturaleza contractual, en donde había prestaciones recíprocas y en las que concierne a la demandada no culminaba con el pago de la remuneración al demandante, sino por el contrario esta se extendía a toda la esfera del demandando debiendo considerarse en este término la protección de la salud del demandante y más aun por la naturaleza de la actividad que desplegaba, hecho que no habría sido cumplido.

Bajo el expediente: N° 55698- 97, seguido entre la demandante, Embotelladora Juliaca S.A y como demandada, la empresa Lima Leasing S.A. Los aspectos de dicho caso son mencionados a continuación. La empresa Embotelladora Juliaca S.A, interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios en contra de la empresa Lima Leasing S.A, a efecto que se le indemnice con una suma de S/. 400,000.00. Refiere la demandada que, con la demandada ha celebrado numerosos contratos de arrendamiento financiero, en virtud a los cuales, da en arrendamiento los bienes que se detallan en los contratos. Que, efectuados los pagos por los arrendamientos financieros, la demandada les remitía y expedía la factura correspondiente, luego de hacer efectivo el cobro de las mismas, sine embargo en las facturas se consignaba un RUC diferente al que le que le correspondía a la demandante. Al haber emitido la demandada facturas con el numero incorrecto de la demandante ha ocasionado que dichas facturas no sean aceptadas por la SUNAT, pues no han sido aceptadas como "Crédito Fiscal", declarándola consecuentemente omisa al pago del Impuesto de Promoción Municipal, cobrándole una suma que no le corresponde, esto mediante resolución de determinación y multa, imponiendo el pago de la suma de S/. 104, 692.88 esto por haber encontrado reparos al débito y crédito fiscal, resultando omisos al pago correspondiente. Que, todos estos hechos causado por culpa de la demandada al facturar con numero de RUC incorrecto, ha ocasionado que deban pagarle a la SUNAT la suma de S/. 117,029.00 monto que viene pagando fraccionadamente. Señala la demandada que al ser una empresa que goza de credibilidad y solvencia económica, con el perjuicio ocasionado han sido considerado omiso al pago del Impuesto de Promoción Municipal, y que tal condición de "omiso al pago del impuesto" ha generado desconfianza a sus clientes y ah perjudicado su relación comercial con entidades Bancarias y Financieras. La indemnización solicitada comprende el lucro cesante por el desembolso de dinero que se viene haciendo por el pago a la Sunat, dinero que podrían estar utilizando para otras inversiones, así como el daño emergente, es decir el dinero con el que contaban para un fin determinado en sus actividades y que ha sido

destinado para cubrir sus obligaciones tributarias generadas por este hecho. Por su parte la demandada manifiesta que la demandante no puede evadir su responsabilidad al no revisar, como es su obligación, los comprobantes de pago que se le entregaban y en caso de revisarlos por no reclamarles de inmediato o negarse a la recepción de dichos comprobantes de pago. Aspectos jurídicos relevantes: La demandante fundamenta jurídicamente su pretensión en lo dispuesto en los artículos 1969° (responsabilidad subjetiva) y 1985° (contenido de la indemnización) del Código Civil. La demandada señala que la ley tributaria expresamente hace recaer en el adquirente o usuario de servicios la responsabilidad en el caso que no haya observado la diligencia debida para revisar y admitir comprobantes de pago. Apreciación o valoración general del caso: Mediante sentencia de primera instancia, el juzgador falló declarando fundada en parte la demanda, y en consecuencia ordena que la demandada Lima Leasing abone a favor de la demandante la suma de ochenta mil nuevos soles. Los principales argumentos del juez para fundamentar su decisión son: Primero fundamenta su decisión en los artículos 1320°, 1321° y 1326° del Código Civil, los mismos que están referidos a la inexecución de obligaciones. Asimismo, alude a que la demandada no ha controvertido el hecho de que cometió al consignar en forma errada el número de RUC en las facturas que emitió a la demandante. Si bien es cierto no puede negarse que la demandante no actuó con la acuciosidad debida para detectar el error antes de recibir las mencionadas facturas con ello contribuyó de alguna medida a su propio daño. Para el Juez de Primera Instancia, dicho incumplimiento obligaciones por parte de la demandada debe considerarse como culpa leve, puesto que no constituyó la inexecución de la obligación, sino el cumplimiento de una obligación accesoria, pero necesaria. Por sentencia de vista, la Sala revoca la sentencia apelada y reformándola, declararon infundada la demanda. Los argumentos de la Sala aludieron a que se trataba de un cumplimiento defectuoso de la obligación y, por consiguiente es aplicable lo dispuesto en los artículos 1314° y siguiente del Código Civil. Además de exigir la ley la acreditación del hecho jurídico y de su inexecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, también debe probarse la relación de causalidad entre el daño irrogado y la acción generadora considerada irregular, ya que la legitimidad para obrar en materia procesal implica que debe haber identidad entre los sujetos de la relación en juicio con los que conforma la relación jurídica material, por lo que en el presente caso no puede imputarse indemnización a quien no fue el causante del daño. No se había acreditado que el haber consignado el número de RUC en forma incorrecta haya originado la intervención del órgano fiscalizador o que la obligación de pago de impuestos sea consecuencia del mal giro de las facturas. La primera observación se ubica en la dificultad del profesional que autoriza la demanda para determinar bajo qué régimen de responsabilidad civil se encuentra. En el escrito de demanda, se alude a la responsabilidad civil extracontractual, el juez fundamenta su decisión con los artículos referidos a la responsabilidad civil contractual o inexecución de obligaciones y considera el actuar de la demandada como culpa leve; sin embargo la Sala precisando aun más, considera que nos encontramos en un supuesto de cumplimiento defectuoso de la obligación, en este aspecto comparto la opinión de la Sala, ya que la prestación cargo de la demandada si bien se ha ejecutado, la ejecución de la misma ha sido defectuosa comprendiendo como parte de la obligación de la demandada la expedición de la factura correspondiente, hecho que se efectuó pero en forma errónea. De otro lado, debe considerarse un punto valioso el que constituye el punto fundamental de la Sala y está referido a que no existe una relación de causalidad entre la conducta de la demandada esto es, haber consignado en las facturas de forma incorrecta el número de registro único del contribuyente, documento emitido para fines tributarios, perteneciente a la demandante y, el daño producido. En todo caso, este aspecto, no fue acreditado fehacientemente por la parte demandante.

Mediante el expediente n° 8416 – 1998, se tramitó la demanda seguida por don Washington Duran Abarca contra Telefónica del Perú. Interpuso el demandante, demanda de indemnización por daños y perjuicios en contra de Telefónica del Perú, a efecto de que se le pague la suma de s/. 500,000.00, pues la demandada lo ha perjudicado deliberadamente desde hace varios años de modo sucesivo en sus distintas posibilidades de trabajo profesional como abogado, como conferencista académico y como presidente del instituto peruano de derecho internacional. Señaló que, la demandada con su acción dolosa e irresponsabilidad en continuidad anual ha incumplido con su obligación contractual de servicios, vale decir, que, sucesivamente los años 1996 y el 1997 no ha publicado su nombre como “abonado” de la línea telefónica 4285104 clase “b” de su oficina o centro principal laboral, en las respectivas guías telefónicas anuales blancas y amarillas. Manifestó que la dolosa conducta de la demandada de no publicar su nombre en las listas de abonados en las guías telefónicas por varios años, primero en 1994, luego en 1996 y 1997 motivan no sólo su total aislamiento en el mundo laboral, cultural, académico y social, frustrando de esta manera todos sus proyectos, complicando de esta manera su situación económica al

haberlo despojado de oportunidades de trabajos profesionales. Telefónica del Perú al contestar la demanda señala que según las cláusulas generales de contratación del servicio público de telefonía fija bajo la modalidad de abonado vigente, su empresa publica anualmente la relación de todos los abonados en lima y callao, sin costo adicional alguno para el abonado, en un directorio telefónico cuyo nombre es guía alfabética de lima metropolitana y callao, conocida como paginas “blancas”, siendo gratuita su distribución para todos los abonados de telefonía fija. Esta es entonces una liberalidad que le concede a todos sus abonados. Asimismo que es absolutamente falso que su empresa tenga la obligación de publicar la relación de todos los abonados del servicio de telefonía fija en el directorio telefónico “guía clasificada, industrial y profesional” conocido como “paginas amarillas” pues para ello es necesario que el abonado suscriba un contrato de publicación de avisos e inserciones, el mismo que no ha sido celebrado por el actor. Que no es cierto que su empresa haya retirado al actor y su servicio telefónico de la guía telefónica “paginas blancas” correspondientes a los años 1996 y 1997. La demandante no fundamentó jurídicamente los hechos en que sustenta su pretensión. El juez falló declarando fundada en parte a demanda, en consecuencia ordena que la empresa telefónica del Perú cumpla con pagar a favor del demandante la suma de s/. 6,000.00 fundamenta su decisión en que el artículo 76 de Texto Único Ordenado de la ley de telecomunicaciones y el artículo 61° de la ley antes mencionada, que establece que la prestación de servicio telefónico esta sujeto a un contrato entre que suscribirán el concesionario y el abonado de acuerdo a las cláusulas generales de contrataciones aprobadas por Osiptel con RM 007-97-CD en cuyo ítem 5.3.7 se advierte que constituye una obligación de telefónica imprimir y repartir sin cargo adicional alguno una guía telefónica alfabética actualizada por cada línea contratada, en la que figuren todos aquellos abonados que a la fecha del cierre de edicto no hayan solicitado expresamente su exclusión de la mismas que conforme se ve en las paginas de la guía telefónica alfabética y clasificada correspondiente al año 1995, en la letra “d”, el nombre del actor como de todo abonado aparece en la primera de ellas, consignado do números telefónicos, sin embargo en los años 1996 y 1997, tal como se ve de las paginas de las guía alfabética aparece el nombre del actor en la letra “d” pero no el numero telefónico de su oficina, apareciendo este consignado en la letra “w”. En consecuencia, el no haber publicado el número telefónico de la oficina del demandante en la letra “d” sino en la letra “w”, la demandada ha actuado de negligentemente y ha cumplido defectuosamente su prestación por lo que es de aplicación lo dispuesto en el tercera parte del artículo 1321° del Código Civil, por cuanto ha inducido a error a los usuarios respecto del actor. Mediante sentencia de vista, la Sala revocó la sentencia expedida por el juez y reformándola declara infunda la demanda. Los argumentos principales de la sala en que sustenta su decisión son los siguientes: que no aparece prueba alguna que acredite fehacientemente que el demandante se haya visto imposibilitado de desarrollar con normalidad su labor profesional, académica, además que la línea telefónica ha sido adquirida en forma personal y no para el instituto que él refiere. Asimismo, las cláusulas generales de contratación que regulan las relaciones contractuales entre el usuario de servicios públicos de telecomunicaciones y la empresa fue dada con posterioridad a la emisión de las guías telefónicas para los años 1996 y 1997, por lo que la norma no es aplicable para el caso que no se ha omito en consignar el nombre del demandante, sino que el error estriba en haberse invertido en el listado alfabético el de su nombre “Washington” por el de su apellido “Duran”, el mismo que *per se* no genera indemnización alguna por no haberse demostrado la concurrencia de los daños y perjuicios.

MCMXVII

TERCERA PARTE

3. LA PROYECCIÓN DE DIVERSOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

3.1. Objetivo central de este Apartado.

Nos ocupamos de aspectos que aunque son fundamentales, trataremos de manera tangencial con la finalidad de conceder soporte a las ideas de responsabilidad civil por productos advirtiéndole que los conceptos analizados pueden generar toda una investigación voluminosa en relación al defecto del producto en la Ley de Protección al Consumidor.

Para no afectar la comprensión del tema, solo tocamos aspectos relevantes del sujeto responsable, la causalidad y el daño resarcible.

3.2. Apuntes sobre el responsable del daño.

3.2.1. La figura del proveedor.

Consideramos importante incluir comentarios sobre el régimen jurídico del proveedor como el sujeto que tiene legitimación pasiva, siendo quien responde por los daños causados al consumidor o sus bienes por un producto defectuoso (1). Al estar en un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, como es el planteado por el artículo 41º de la Ley de Protección al Consumidor, la aproximación se hará prescindiendo de la conducta del sujeto infractor. Los acelerados procesos de producción y comercialización han impuesto complejas y variadas formas de incorporación de elementos y sujetos de diferente procedencia. Es difícil hallar, actualmente, productos que en todo su proceso de fabricación y colocación en el mercado, hayan tenido a solo un proveedor. La primera consecuencia de ello es que frente al dañado puede presentarse uno o más responsables. Mediante esta parte, pretendemos analizar aspectos relevantes sobre las condiciones de intervención de los proveedores.

Acertadamente, señala Rojo y Fernández (2), menciona que como hipótesis límites o posibilidades extremas, podemos hallar desde el fabricante que produce en su totalidad el bien y quien se limita a montar las partes fabricadas por otros para dar lugar a un producto nuevo aunque complejo (conocido como *assembler*). Acota tal autor, que serían hipótesis intermedias, la del fabricante que produciendo la totalidad del bien, lo envasa o dispone para el comercio utilizando dispositivos protectores en dicha etapa, de distinta procedencia productiva, y la del fabricante que incorpora una o dos piezas extrañas a la producción propia. En buena cuenta, el grado de participación del fabricante y comercializador en el resultado final, depende del sistema de organización escogido (3).

Los ordenamientos jurídicos han adoptado fórmulas diversas en función de teorías o sistemas. Uno es el la canalización de la responsabilidad (*channelling of liability*) que

-
1. ALCOVER GARAU, Guillermo, ALCOVER, Guillermo, *La Responsabilidad Civil del Fabricante (Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990, p. 87.
 2. ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974, p. 231.
 3. *Ibidem.* p. 231.

sugiere la concentración o reconducción de la obligación de indemnizar en una persona que por lo general, es el fabricante o suministrador final, quien es seleccionado como responsable, bajo la regla de satisfacción del principio de protección al consumidor, produciéndose la liberación de todas las otras personas que intervienen en el proceso productivo o de distribución (4). Algunos principios de esta teoría han sido considerados en la Directiva Europea N° 85/374 como las regulaciones de los Estados miembros sobre los cuales ha operado la transposición de la regla comunitaria. Si bien el productor es el sujeto responsable, la connotación es amplia (5) asumiendo una noción de "productor aparente" que permite considerar como tal a quien inclusive, solo coloca el signo distintivo al producto. La equiparación se realiza en tanto no pueda ser revelada la identidad del productor de acuerdo a lo que aparece en el artículo 3° de la referida Directiva siendo la finalidad u objetivo, el de satisfacer las posibilidades de reparación del consumidor presuntamente afectado.

Una segunda propuesta es la que apunta a extender el número de legitimados pasivos con el fin de garantizar a la víctima mayores posibilidades de protección.

Aunque se dan variaciones y se ha criticado mucho la posibilidad de que se incurra en excesos, para algunos, esta última propuesta fue adoptada por otros textos europeos y americanos (6).

Sin embargo, no es tan exacto que las regulaciones europeas hayan adoptado el régimen de incluir a todos los que han intervenido en la cadena de producción y distribución sino más bien, asumir que opera una canalización de responsabilidad hacia una determinada persona o sujeto.

La Directiva europea nos muestra, en principio, un círculo de responsables en su artículo 1° por el que "El Productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos". Como ya se mencionó, no hay referencia alguna a la culpa del productor, ratificando que la responsabilidad adoptada es de carácter objetivo. Dicha Directiva entiende por "productor" a la persona que fabrica un producto acabado, que produce la materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. En el caso de la materia prima y aquellos productos de la alimentación, se considera a quien los somete a la transformación (7).

-
4. CILLERO DE CABO, Patricia, *La Responsabilidad Civil del Suministrador Final por Daños ocasionados por Productos Defectuosos*, Madrid, Civitas, 2000, p. 104.
 5. WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p.p. 423 Y 424.
 6. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 90 a 93. Este autor precisa que los redactores de los textos europeos tomaron en consideración esas dos propuestas antagónicas. Sin embargo, ese mismo autor, subraya que en un primer momento, la determinación de la legitimación pasiva no fue clara. Subraya Alcover, recogiendo los comentarios de Frumer y Friedman en el texto que se menciona en tal trabajo, que en el ordenamiento jurídico americano, la jurisprudencia estimó siempre responsable objetivo al fabricante final y a veces, al fabricante parcial, a los mayoristas, a los minoristas, a los almacenistas y a los que reparan el bien. Tal indeterminación llevó a que la s. 402° del *Restatement (Second) of Torts* declare responsable objetivo a cualquier vendedor profesional del producto final lo que engloba al fabricante final y a los intervinientes en la cadena de distribución del producto final. En cambio, el *Restatement* no precisaría si los vendedores de materias primas y partes componentes deben ser o no responsables debido a la indefinición reinante en la jurisprudencia. Las cortes americanas habrían considerado que el mero hecho de una transformación posterior o la integración de un producto con otros en uno más complejo, no ha impedido que el fabricante del producto inicial no responda. En este sentido, véase a PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 884.
 7. ALPA, Guido, *La responsabilidad del produttore*, *Ob. Cit.*, p. 29. Los comentarios en torno a la

Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con miras a su venta, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución, será considerado productor y tendrá la misma responsabilidad que el productor. Así se expresa el artículo 2° de la referida Directiva. La calidad de responsable, se extiende al suministrador si el productor no pudiera ser identificado salvo que el primero de los informe sobre la identidad del productor o de la persona que le proporcionó el producto según el caso dentro de un plazo razonable. Lo mismo ocurrirá con los productos importados si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador aún cuando aparezca el nombre del productor.

La regulación comunitaria define en su artículo 3°, quien será calificado como productor o fabricante incluyendo a varios sujetos que intervienen en el proceso de colocación del producto para luego fijar el esquema de determinación de la responsabilidad reconociendo la posición del fabricante en dicho juicio (8), bajo el principio de protección al consumidor afectado. En este sentido, especifica el artículo 5° expresa en líneas generales, la responsabilidad solidaria admitiendo la posibilidad de repetición contra el causante del defecto lo que no impide que se aplique la canalización (9).

Se afirma, que la razón de la regla comunitaria de incluir un sujeto determinado, sea solo al fabricante o productor como al importador, habría sido la de responsabilizar a quien genera los riesgos y no a los demás que participan en la cadena empresarial aunque buscando de proporcionar al perjudicado, “un responsable solvente y de fácil acceso” (10). Para muchos, la razón de esas normas solo sería la de permitir que el consumidor, pueda tener de manera fácil, la individualización del sujeto siempre que se pueda establecer un nexo causal.

Patricia Cillero del Cabo (11) recoge los comentarios de Carnevalli en cuanto a que la canalización significa concentrar la obligación de resarcimiento en uno solo de los distintos sujetos a los cuales es imputable un único y mismo evento dañoso, liberando correlativamente a los demás.

Bajo el régimen de la Unión Europea, se ha mencionado que habría operado una presunción de que los daños son ocasionados por productos que adolecen de defectos que tienen su origen en el proceso de producción, razón por la que se tiene, en principio, al productor como responsable de los daños generados por los defectos de los productos operando una canalización hacia dicho sujeto dadas las necesidades de resarcimiento y justa distribución de los riesgos. El defecto original es de fábrica como posición o hipótesis doctrinal (12). En el ámbito de la Ley 22/1994 que pasó a transponer la Directiva europea, se ha afirmado que ello supondría la exclusión de los sujetos que no han intervenido en el proceso de fabricación. Si bien se reconoce al fabricante el rango de titular de la obligación, el tema no siempre es tan simple. En todo caso, un elemento importante es considerar la posición que tiene dicho sujeto en el mercado abarcando su posición empresarial (como poseedor de información relevante) y económica (que lo hace capaz de marcar pautas fundamentales en las condiciones de consumo como ocurre con los productores de sistemas informáticos por ejemplo) para prever los daños y evitarlos. Se apunta a determinar todos los que serán considerados

definición del productor corresponden a Guido Alpa.

8. Hay consenso en los diferentes autores que se ocupan de la responsabilidad del productor, en el régimen europeo, sobre el hecho de que la actividad de producción se atribuye al fabricante.
9. CILLERO DE CABO, Patricia, *Ob. Cit.*, p. 105.
10. PAYET, José Antonio, *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, 1992. p. 837
11. *Ob. Cit.*, p. 104
12. CILLERO DE CABO, Patricia, *Ibidem.*, p. 107.

causantes o responsables cuando se verifica la infracción a la regla por la que los productos no deben causar daños a causa de sus defectos, imponiéndose la obligación legal de indemnizar contra un sujeto determinado.

Para Rojo y Fernández, la determinación del sujeto obligado, se realiza con la ayuda de una noción importante: a la de puesta en comercio (13). Agrega dicho autor que el hecho dañoso, tiene como presupuesto una conducta humana que surge no del hecho material de la fabricación del bien, sino más bien de su comercialización, razón por la que tiene la calidad de responsable no necesariamente quien fabrica sino “quien posibilita el despliegue de la potencialidad dañosa del producto, sea o no al mismo tiempo fabricante de dicho producto” (14). Sin embargo, a ello se suma la necesidad de evitar la discusión o un largo proceso de determinación de quien es el responsable concreto del defecto, razón por la cual, si el dañado ha probado el daño, el defecto y la conexión causal entre el defecto y el daño, según exige el artículo 4º de la Directiva, se admitirá la acción contra los sujetos a que se refiere el artículo 3º, considerando las causales liberatorias y en general, lo que aparece especificado en la Directiva y, concretamente, en la regulación interna de transposición.

La consecuencia lógica de tal análisis es señalar quien debe responder por la presencia de un producto defectuoso puesto en el mercado: el fabricante del producto terminado en el primer caso y el empresario comercial que con la colocación de la marca propia al producto, asumen la responsabilidad por la comercialización. Para el citado Rojo y Fernández, ello no implica que en caso de que el producto “circule” con la identificación del fabricante de la parte defectuosa por ejemplo, no sea posible ejercitar la acción contra éste. Para dicho autor, el que responda el comercializador, no afectaría el ejercicio de la acción de regreso contra quien específicamente, pueda ser identificado como responsable concreto del defecto (15). Este jurista complementa su análisis con un comentario en cuanto a que así como la responsabilidad del fabricante surge de la violación de un deber de diligente fabricación o deber de seguridad en el tráfico comercial el que comprende también, el deber de instrucción de transformación, de comunicación o de advertencia (*Duty of Warn, Warnungspflicht*) vinculado a la naturaleza del producto. Es menester considerar que quien intervenga en alguna de las etapas para la colocación del producto al consumidor, ejerza un control o deber de diligencia variable según las circunstancias de tiempo, lugar y personas cuya infracción acarrearía responsabilidad (16).

La referencia al análisis de la conducta del responsable es comprensible por la época en la que se escribió esta obra. A la fecha, cualquier análisis se realiza sobre el producto.

La puesta en el mercado (o en circulación en el mercado) por la venta o por la realización de actos vinculados a la realización de la transacción comercial, suponen crear la evidente o la potencial situación de la venta, saliendo el producto de la esfera de control del productor. Los daños que el defecto del producto cause a los consumidores y a sus bienes en tal contexto, deben quedar sometidos al régimen de la Ley de Protección al Consumidor por tratarse de daños al público que actúa como

13. ROJO Y FERNÁNDEZ-RIO, Ángel, *Ob. Cit.* p. 232.

14. *Ibidem*, p. 232.

15. *Ibidem*, p.p. 233 y 234.

16. *Ibidem*, p.p. 220 a 223. Se cita en tal trabajo, dos precedentes que ratifican la necesidad de que sea posible ejercer un control intermedio para así culpar al revendedor. Uno se encuentra en la jurisprudencia americana y es el caso *Donoghue v. Stevenson* y otro dictado por la Corte de Casación italiana en el caso de las galletas en mal estado en donde no se involucró como responsable al revendedor en tanto la caja que contenía a tales productos defectuosos, se vendía en su confección original la que estaba sellada.

consumidor concreto y también potencial siempre que no sea el proveedor de manera categórica o evidente (17).

Henderson y Twerski (18) comentan que las modernas reglas de procedimiento, permiten unir diversas responsabilidades (bajo el principio *joint and several liability*) en las que cada involucrado responderá por el todo aunque no por más de lo que le corresponde que sea cubierto. Se constituiría, en este contexto, una especie de “bolsa de financiamiento”. No obstante lo indicado, se ha respetado la capacidad de prueba de las partes involucradas para liberarse de tal confrontación. Los citados autores, se han ocupado del tema de la asignación de responsabilidad al interior y al exterior de la cadena comercial de responsabilidad (19), resaltando, como ya se indicó en la primera parte de este trabajo, que en sus inicios, las acciones de responsabilidad apuntaron a requerir el emplazamiento a la parte con la que se celebró el acuerdo que unía al afectado en un proceso que debía centrarse solo el ámbito contractual.

Posteriormente, se ha planteado la posibilidad de imponer a los demandados, el juicio de responsabilidad de manera independiente a si causaron o no el daño al demandante aunque se reconoce que ello se aplique bajo circunstancias en las que sea imposible prorratear el daño entre los demandados. En el *Common Law*, se distinguía entre dos tipos de casos (20). El primero, cuando los demandantes actuaban en concierto, en cuyo caso, podía producirse una suerte de acumulación subjetiva presentándose en el procedimiento en la misma posición. Pero si actuaron de manera separada o independientemente en la generación de un daño indivisible, las cortes podían limitar la acumulación o unión entre ellas. Pero en la actualidad, las cortes permiten una posición subjetiva tendiente a permitir la acumulación (pudiendo analizarse Fleming James et al. Civil Procedure 557, 5th ed. 2001, según recomendación de tales autores), y con ello, que sean responsables por la totalidad del reclamo del demandante con la limitación antes mencionada. No obstante ello, se permite que los distribuidores y vendedores del producto terminado puedan ser excluidos del litigio, destacando que éste es un interesante desarrollo que altera la regla general de conexión de los miembros de la cadena de distribución. La regla de la garantía implícita y *res ipsa loquitur*, fueron los vehículos que permitieron expandir la obligación de los distribuidores y vendedores, pero algunas jurisdicciones reconocieron excepciones (21). Básicamente se consideró esta posibilidad cuando se trataba de productos que eran entregados para la distribución o comercialización de manera tal que se hallaba limitada la inspección de los defectos. Pero a pesar de los hechos que configuran el sellado del paquete o del contenedor y que originaron la doctrina del “sealed container”, ni el *Second* ni el *Third Restatement of Torts*, en esta materia, han reconocido de manera expresa, excepciones a los sujetos mencionados. Pero la doctrina en cuestión ha sido admitida como un escudo de protección para los demandantes cuando los productos son vendidos sin posibilidad de revisión pero también cuando no se presenta este caso pero el producto es vendido en circunstancias tales en las que no resulta posible una razonable oportunidad de inspección y el distribuidor no es enfrentado a dicha razonable oportunidad en el ejercicio de un razonable cuidado debiéndose considerar que no deberá darse la posibilidad de que esta parte, de realizar un razonable cuidado haya estado en posición o haya podido hallar la

-
17. ALPA, Guido, *La responsabilità del produttore*, *Ob. Cit.*, p. 151. Los comentarios son formulados por otro de los autores de este libro, Cipriano Cossu.
 18. HENDERSON, James A. Jr Aaron D TWERSKI,., *Products Liability. Problems and Process*, New York, Aspen Publishers, 2004, p. 71.
 19. *Ibidem*, p. 67.
 20. *Ibidem*, p. 67.
 21. *Ibidem*, p. 70.

condición imputada para el daño. Asimismo, citan el caso *Jones versus GMRI, Inc.* 551 S.E. 2d 867 (N.C. Ct. App 2001) referido a la responsabilidad estricta por productos consistentes en unos rollos de carne que fueron servidos por el dueño de un restaurante que fue el demandado, habiendo servido el producto que les llegó en un envase cerrado, siendo cocinado de acuerdo a las indicaciones del fabricante. El jurado resaltó que no se había brindado al demandado la razonable oportunidad de inspeccionarlo (22). La corte de Apelaciones de Carolina del Norte asumió el fallo reconociendo los derechos concedidos por el jurado y aplicando el estatuto del “sealed container” (23). La relación con el tema se ha presentado a partir de la prueba sobre la preponderancia de la evidencia en cuanto a que la causa mantuvo conexión de proximidad de la falla en el producto vendido, utilizando el razonable cuidado, considerándose la evidencia introducida respecto del uso de un razonable cuidado realizado por una persona sin perjuicio de reconocer la oportunidad de la inspección en la que la persona habría podido o habría debido detectar el defecto. En ello, hay elementos complementarios. Resulta necesario señalar, en todo caso, que el tema no es tan simple pues pueden darse situaciones determinadas de contribución en la producción del daño. Observamos que se aplica, en principio, el sometimiento de los sujetos que intervienen en la cadena de producción y de comercialización, a la responsabilidad por productos admitiéndose que se produzca ámbitos de exclusión de responsabilidad por determinados acuerdos o en supuestos excepcionales siendo fundamental determinar y probar con claridad, la etapa en la que se alcanza o produce la defectuosidad. Estamos en todo caso, a un supuesto de exclusión por imputar el defecto a una circunstancia que no se encuentra en el ámbito de la actividad de una de las partes de la cadena de producción y comercialización.

Algunos casos recogidos por José Antonio Payet (24) revelan el tratamiento del tema en los Estados Unidos de América, respecto de la responsabilidad de los distribuidores. En este sentido, es importante el precedente dictado en *Vandermark versus Ford Motors Co.*, en donde se señaló que “el distribuidor puede jugar un papel sustancial en asegurar que el producto es seguro o en ejercer presión sobre el fabricante con tal fin”. Ello justificaba su inclusión bajo el esquema de responsables objetivos por constituir piezas importantes para promover un “eficiente nivel de seguridad” al presionar al fabricante o dejar de comercializar el producto que tengan elevados porcentajes de defectos. Otro argumento a favor radicaba en que podían ser el único que se hallara en la etapa de producción-distribución, razonablemente al alcance del consumidor (25). Como bien expresa José Antonio Payet, si bien el *Restatement (Second) of Tort* utilizó el término *sellers* o vendedores y por ello, parece excluir del ámbito de la responsabilidad a quienes distribuyen el producto por otros canales diferentes al del contrato de compra venta, se aprecia que las cortes norteamericanas han tratado de incluir bajo la responsabilidad objetiva, a otros intermediarios que típicamente prestan servicios con otros productos. El límite sería fijado por la naturaleza de la transacción y de la actividad del intermediario (26).

Se observa en todo caso, que en todos los sistemas tienen, en cuanto al esquema de la legitimación del sujeto responsable, el mismo elemento de funcionalidad que justificó la variación del régimen de responsabilidad civil: la protección a las víctimas frente a los acelerados y complicados procesos de producción y comercialización que además

22. *Ibidem*, p. 71.

23. *Ibidem*, p. 71.

24. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p.p. 881 a 898.

25. *Ibidem.*, tomo II, p.p. 889 y 890.

26. *Ibidem.*, tomo II, p. 892.

de crear nuevos riesgos, imponen desigualdades entre la información relevante de la que dispone el fabricante frente al consumidor. Esa protección que se orienta al consumidor, ha modelado y modela el esquema de los responsables cuando se alude a la responsabilidad por productos.

Creemos que nuestra Ley de Protección al Consumidor ha planteado en su artículo 32°, la responsabilidad del proveedor por los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos bajo un sistema que permite “llamar” como demandados, a todos los sujetos que forman parte de la cadena de producción y comercialización. Como parte de este postulado, debe considerarse la definición que realiza el artículo 3° de la Ley de Protección al Consumidor, el que menciona que, para los efectos de este trabajo, son proveedores las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes a los consumidores. En forma enunciativa aunque no limitativa, el mismo artículo 3° formula precisiones concretas respecto de quienes considera proveedores (27).

La hipótesis de los artículos anteriores, es coherente con lo planteado de manera general en el artículo 1° de la Ley peruana, por la que están sujetas a los alcances de las normas de protección al consumidor, todas las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios en el territorio nacional.

Como bien señala Juan Espinoza (28), la responsabilidad civil en los términos señalados por el artículo 32° de nuestra Ley de Protección al Consumidor debe ser considerada a efectos de permitir involucrar a los proveedores de manera solidaria en la vía que más le favorezca bajo el principio por el que, conforme al artículo 2° de la citada ley, de interpretación más favorable al consumidor. Bajo el principio, lo que existe es una fórmula que unifica los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual aunque será menester tener en cuenta que hay aspectos por delimitar en cuanto a los plazos de prescripción de la acción desde que se produce el daño considerando que el tema no ha sido tratado por la Ley de Protección al Consumidor y que, de recurrir a las reglas supletorias del Código civil, existen diferencias entre el plazo reconocido en uno y otro caso. Esto tendrá que ser respetado entre otros aspectos específicos aplicables al caso aplicándose, en caso de duda, la interpretación que proteja al consumidor de acuerdo al artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor. Sin embargo, debe tenerse en cuenta algunas modificaciones específicas al principio general antes enunciado. En efecto, el inciso b.1) del artículo 3° puntualiza que en el

-
27. “Artículo 3.- Para los efectos de esta ley, se entiende por:
(...)
b) Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa más no limitativa se considera proveedores a:
b.1. Distribuidores o comerciante.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aún cuando ello no se desarrolle en lugares abiertos al público.
b.2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
b.3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
28. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2002, p. 309.

caso del distribuidor, no es preciso que su actividad se desarrolle en establecimientos abiertos al público. Sobre la habitualidad, quedaría claro por así estipularlo la norma, que tal habitualidad se convierte en un requisito cuando se alude a los distribuidores o comerciantes e importadores (y prestadores cuando se trata de un servicio). No se ratifica dicha característica cuando se habla del productor o fabricante quien no necesariamente tendría que ser habitual para ser considerado como tal. El fabricante de alimentos sofisticados y no habituales, procedentes de regiones en las que se generan virus susceptibles de transmitir enfermedades sumamente contagiosas y mortales, por ejemplo, si bien no estaría en el supuesto general de productor masificado sino más bien artesanal, no podría ser excluido del ámbito de la ley por los daños que pudiera causar con su producto aún cuando éste no fuera producido habitualmente.

Sobre la precisión que se formula sobre los establecimientos abiertos al público, en los artículos 1° y 3° de la Ley de Protección al Consumidor, es menester precisar que ella involucra formas de difusión de los productos pensada en el mantenimiento de la cadena producción-consumo. No tendrá esa vocación, quien fabrica precisamente para su autoconsumo.

Corresponderá a las autoridades definir estos matices y la respectiva aplicación normativa para el caso concreto.

Indecopi a través del precedente dictado en la resolución N° 101-96-TDC de su Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, ha delineado los atributos del proveedor en los seguidos por *Cheenyi E.I.R.L. contra Compañía Kónica S.A.*. Allí se enfrentó al proveedor con el consumidor para explicitar este último concepto, dándose “pistas” respecto de los criterios para determinar al proveedor aunque los mismos, han sufrido cierta modificación según aparece en esta investigación. En la mencionada resolución *Cheenyi E.I.R.L. contra Compañía Kónica S.A.*, se recurrió al análisis antes mencionado considerando lo propuesto por los artículos 1° y 3° de la Ley de Protección al Consumidor aludiendo a que conforma tal categoría, a toda aquella persona natural o jurídica de derecho público o privado, que se dedique en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual a las actividades que se precisan en los indicados artículos. Según se subraya en esta resolución, basta desarrollar una actividad de producción, comercialización o prestación de un servicio abierto al público sin importar en determinados supuestos como son los que se relacionan con el fabricante o productor, que nunca antes haya realizado o recién inicie dicha actividad. El análisis en cuestión ciertamente tiene una finalidad concreta: incidir en quien no es consumidor. En todo caso, de la revisión de la resolución mencionada, se obtienen reglas para aproximarnos al concepto de proveedor.

Se han producido cambios de criterio, materializados en la Resolución N° 0422-AA/TDC-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, recaída en el expediente N° 535-2001-CPC por la que las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también consumidores al ser afectados por la asimetría informativa que sustenta el sistema de protección y, serán protegidos siempre que se trate de bienes para cuya adquisición o uso no fuera previsible contar con conocimientos especializados equiparables a los que tienen los proveedores. Tenemos dudas que, dado el ámbito en el que se mueve la responsabilidad civil por productos defectuosos, la que asume que quien coloca un producto en el mercado, adquiere una responsabilidad frente al consumidor, los nuevos criterios supongan generar la falta de protección al consumidor afectado por un producto defectuoso. Creemos que hay consenso en cuanto a la línea que divide al consumidor del proveedor para estos efectos.

La habitualidad ha sido tratada en *Cheenyi E.I.R.L. contra Compañía Kónica S.A.*, no estando ligado a la realización de un número de predeterminado de transacciones comerciales que deban realizarse para constituir o presumir la habitualidad sino al supuesto en que se pueda presumir que el sujeto desarrolla la actividad para continuar en ella. Ese es el texto de la resolución en cuestión. No está exenta la calificación, sin embargo, de aquellos detalles que pueden presentarse en un caso concreto como el de la fabricación artesanal antes mencionada.

Se puede deducir de todo lo indicado, que se ha pretendido comprender en forma directa y en tanto no se ofrezcan pruebas que revelen una fractura del nexo causal o la imposibilidad de que les sea imputable el defecto del producto al demostrar que éste, el defecto, no les resulta imputable en forma alguna dadas las características de su intervención en la fabricación y colocación del producto. Debe ser barajada esta prueba con un principio sustancial en estos casos, que es el de la responsabilidad solidaria de los diversos proveedores de un producto según señala el artículo 32° ya mencionado, al que se agrega la posibilidad de cada proveedor a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto.

Las resoluciones judiciales en nuestro país, no presentan discusiones concretas sobre el tema.

No obstante lo manifestado, creemos de especial valor preguntarnos si bajo un régimen de responsabilidad objetiva que además es solidaria, resulta posible canalizar una acción hacia todos los integrantes de la cadena de producción, comercialización y consumo o se produce una verificación respecto de la atribución de responsabilidad a partir del defecto.

Si bien en principio, la Ley de Protección legitima como sujetos pasivos a todos aquellos que intervinieron en la cadena de fabricación y comercialización del producto, es necesario admitir las pruebas liberatorias y, según el caso, el análisis de las características del daño como parte de las circunstancias que determinan la defectuosidad de acuerdo a la posición de cada uno de los proveedores que intervino desde que el producto se fabricó hasta que llegó al mercado.

Así, en el caso *Dyazide* pese a que lo evaluado fue la responsabilidad administrativa de los proveedores, hay rutas valiosas en el tema como es el hecho de que no se incluyera en la investigación a los dueños de las farmacias que vendieron el producto defectuoso por considerar que ellos no eran responsables del defecto ni podían haber realizado actividades concurrentes de fiscalización o supervisión del producto dadas las características del problema. Los responsables administrativos aunque pasibles lógicamente, de acciones de responsabilidad civil por los daños causados, fueron *Hersil S.A.* y *SmithKlein Beecham I.A.C.*

Originalmente, se aludió en doctrina al deber de cuidado y, según el caso a la omisión del mismo en la creación del defecto y del riesgo consecuente con los consumidores. Este término puede ser confuso y acercarnos a la responsabilidad por culpa. El análisis se realiza de manera objetiva, sobre el defecto. Los distribuidores no podían incurrir en un control concurrente o intermedio de acuerdo a la característica del defecto.

Por esa razón, pensamos que aunque la Ley de Protección al Consumidor pretende conseguir que un número mayor de sujetos como creadores o participantes de esa cadena de riesgos derivados de la colocación de un producto al alcance de los consumidores, puedan acudir para resarcir a la víctima, ello debe mantener una racionalidad por la que se responde en tanto se tenga incidencia objetiva en la creación del defecto o en el mantenimiento del riesgo. Esa interpretación, permite crear los incentivos para el ejercicio de controles deseables de tal manera que responda quien no realizó dicho control por no ser previsible dadas las circunstancias.

Para el Poder Judicial, se puede afirmar que no se suele involucrar como responsable, al que interviene en las diferentes etapas de comercialización e incluso de fabricación de piezas. Se está para tales casos, a las pruebas que presenta la parte demandante para conformar la posición de demandante.

Creemos en todo caso, que para la realidad nacional, el esquema adoptado por nuestra Ley de Protección al Consumidor al incluir en principio, a un amplio círculo de responsables frente a quienes se analiza la posibilidad de ser responsables del defecto sea por acción o por omisión considerando como objetivo, la protección a la víctima que es el consumidor.

A este análisis, se vincula también el principio por el que el proveedor debe hallarse en condiciones de probar, de ser emplazado, la seguridad de su producto en cuanto a la parte en la que intervino en el proceso de producción o colocación. Ello conduce a que quien sea involucrado como responsable dentro de esa cadena, pueda verse excluido si prueba que la causa del defecto no le puede ser imputable.

Cabe preguntarse que pasaría si se producen daños por productos defectuosos y se aprecia por ejemplo, que no se dan todos los supuestos previstos en la Ley de Protección al Consumidor como puede ser el que el distribuidor del bien que causó el daño, sea responsable por una inadecuada refrigeración por ejemplo, pero no realizaba sus actividades en forma habitual sino de manera excepcional o se trata de bienes donados. La habitualidad de un sujeto que cuenta con plena autorización para operar en el mercado como proveedor, debe ser vista en forma amplia como potencial y no solo efectiva. Si bien reconocemos que podrían surgir problemas para aplicar dicha Ley en función de los parámetros que ella fija y considerar al responsable como proveedor para estos efectos, debe aplicarse el principio del artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor el que expresa que en caso de duda, ordena que la interpretación se haga en el sentido más favorable al consumidor. Ello no puede ni debe representar la exoneración o la liberación de responsabilidad del causante aún cuando se pretendieran aplicar las reglas residuales del Código Civil, debiéndose considerar la responsabilidad por riesgo creado contenida en el artículo 1970° del Código civil o un principio de presunción de seguridad que confiera objetividad a los artículos sobre responsabilidad contractual. Aunque se puedan dar problemas para legitimar al responsable por la vía administrativa, el Juez, es decir, el Poder Judicial tendría expedito el camino para aplicar la responsabilidad civil con arreglo a lo indicado y aplicar una indemnización en tanto esté claro el nexo causal.

La evaluación será realizada frente al caso en concreto y es evidente que hay una multiplicidad de elementos por considerar. Sin perjuicio de lo indicado, es menester señalar la conveniencia de que se cuente con reglas de consenso sobre el objetivo de protección en aplicación del artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor que establece en caso de duda, la interpretación más favorable a la categoría de los consumidores.

3.3.3. Apuntes sobre la causalidad.

Los temas que conforman el análisis de la causalidad son varios, diversos y de evidente fascinación siendo esencial asomarse a ellos para determinar la responsabilidad civil por productos defectuosos. Sin embargo, profundizar en la causalidad supone generar una investigación adicional e independiente de la realizada hasta ahora. Por ello, solo incidiremos en ideas centrales que vemos de utilidad en esta materia.

La investigación causal intenta una explicación de los sucesos por sus hechos generadores (29) lo que permite evaluar el surgimiento de la responsabilidad, en diferentes disciplinas, sea la civil como en el Derecho penal. Es un elemento sustancial bajo la distinción clásica de responsabilidad civil en contractual y en extracontractual, aún cuando se pretenda aludir a la presencia de diferentes criterios o teorías.

Representa un juicio retrospectivo de los antecedentes del daño con la finalidad de colocar el peso de la responsabilidad civil en quien lo generó.

No obstante su importancia, la causalidad desde el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, casi siempre es tratada de manera superficial por las autoridades judiciales de nuestro medio, cuando éstas se enfrentan a demandas de responsabilidad civil. Supone desarrollar un trabajo de investigación y de probanza al discutir la relación en un ámbito científico y técnico.

Henri, León y Jean Mazeaud (30), en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, señalaron que además de un daño y de una culpa, debe reunirse un tercer requisito para que haya responsabilidad civil, siendo éste, el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño. Para este contexto, es importante recoger los comentarios de estos juristas quienes aludieron a que se requerían dos vínculos de causalidad; a) el primero entre la actividad del demandado y el incumplimiento de su obligación (el cual se presume debido a un hecho del deudor salvo prueba en contrario debiendo el demandado, probar la causa ajena); b) un vínculo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño por el que se pide la reparación correspondiendo a la víctima probar la presencia de dicha conexión.

La causalidad relaciona el daño resarcible con el defecto del producto y por esa vía, con el sujeto responsable. Es una tríada que requiere objetividad y ponderación. Los sucesos a considerar relevantes para la investigación causal, pueden llevarnos en direcciones equivocadas. Como menciona Payet, en el mundo actual, la interacción causal entre los fenómenos es prácticamente ilimitada lo que determine la posibilidad de una serie causal indefinida (31). Una visión meramente natural respecto de las causas de un daño, permite hallar muchos antecedentes en función de quien formule la observación. No obstante ello, hay una diferencia entre lo que puede considerarse como causalidad natural y otra definida e impuesta por el sistema a partir de la opción del legislador basada en las características de la materia. Esta es la causalidad jurídica (32), la misma que será aplicable al formular el análisis. En el caso concreto de la responsabilidad civil por productos, no es suficiente para la víctima de un daño, probar el defecto para obtener el resarcimiento a cargo del proveedor o fabricante sino que

29. GOLDENBERG, Isidoro, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984, p. 4.

30. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen II, *La responsabilidad civil. Los cuasi contratos*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 307.

31. PAYET, José Antonio, *Ibidem* Tomo II, p. 838.

32. Lo interesante del tema es que además de la causalidad natural que se apoyaría en elementos objetivos fijados por la ciencia y la tecnología, hay mecanismos de atribución causal que las personas realizan de acuerdo a los conocimientos y creencias que le proporciona su cultura, sus propios juicios y experiencia los que determinan su conducta más no desde una perspectiva real. Estos elementos, sin embargo, pueden configurar la expectativa al ser parte de la forma en la que se construye la motivación y aunque pueden ser utilizados por el proveedor para realizar su trabajo de la manera más eficiente posible en cuanto a construir o trabajar con la conducta previsible del consumidor en torno al peligro, no forman parte de este análisis en la que la causalidad jurídica tiene el carácter que reconoce el legislador en función de un criterio absolutamente objetivo.

debe demostrar la conexión entre los daños invocados y el defecto del producto.

Los requisitos de juricidad, alcanzan tanto el daño como a la causalidad según Adriano de Cupis (33), por lo que se debe asumir que no se trata de meros fenómenos de orden físico; el contenido del daño está, ante todo, en función de la relación de causalidad entre el hecho productor del daño y el daño debiendo ser la que reconozca el ordenamiento jurídico (34).

La relación de causalidad o nexo causal, es un tema importante sobre el que la jurisprudencia suele pronunciarse en este terreno, de modo más intuitivo que conceptual, pretendiendo llegar a soluciones justas ponderando todas las circunstancias (35).

Para la Directiva comunitaria N° 85/374/CEE el tema de la causalidad se inicia con la obligación que se impone en el artículo 4° de la misma, para que el perjudicado pruebe el daño, el defecto que para algunos merece la indicación de defecto de seguridad (36) y la relación causal entre el defecto y el daño. Se ratifica que la reparación surgirá en tanto se pruebe que el daño proviene del carácter defectuoso del producto. La vinculación con el defecto y no con el dolo o la negligencia del productor, ratifica que nos hallamos ante una responsabilidad civil de corte objetivo. Lois Caballé (37) resaltó que ya que la Directiva no precisa la noción de causalidad, por lo que serán las teorías tradicionales aceptadas en los Estados miembros las que se considerarán aplicables. No creemos, sin embargo, que el tema haya quedado abierto y a disposición de los Estados miembros dada la fuerza que tiene el objetivo de lograr la uniformidad de reglas. La trascendencia y alcances de la relación causal podrían introducir distorsiones en la aplicación de la responsabilidad civil por producto en el ámbito de Directiva. Por ahora, sin embargo, no se ha dado conflicto en el tema.

Subrayó Lois Caballé (38), siguiendo a los Mazeau aunque actualizando su propuesta, que el perjudicado debe probar dos relaciones de causalidad. La primera que debe fijarse entre el defecto de seguridad como hecho probado y el hecho dañoso y la segunda entre el hecho dañoso y el daño sufrido pues de lo contrario, no surgirá la responsabilidad.

Henderson y Twerski (39) en torno a la causalidad (*causation*) reconocen que las cortes recurren a este elemento para la determinación de la responsabilidad observándose que desde el primer año de estudios, los alumnos encuentran casos en los que se discute la causalidad en materia de productos defectuosos de acuerdo a la sección relevante del código que alude a los requisitos sobre la materia; pero más allá de ello, las generalizaciones son difíciles de realizar. Cuatro preguntas son planteadas por los citados juristas, las mismas que estructuran su aproximación a la causalidad. Las preguntas, que deberían ser contestadas de manera afirmativa, están referidas a los siguientes asuntos: a) si fue el producto el que causó el daño al demandante (a lo que agregaríamos nosotros si fue el defecto del producto el que generó el daño); b) si el

-
33. DE CUPIS, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 1970, p. 246.
 34. Alfredo Bullard argumentaba en sus clases de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, realizadas en el año 1997, que el defecto y la causalidad se vinculan íntimamente, observándose cierta superposición de uno sobre otro. La relación de causalidad se da y modela con el defecto.
 35. GOLDENBERG, Isidoro, *Ob. Cit.*, p. 16.
 36. LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 193.
 37. *Ibidem*, p. 217.
 38. *Ibidem*, p. 218.
 39. *Ob. Cit.*, p. 117. Para este autor, el daño y la causalidad deben ser jurídicas.

demandado suministró el producto; c) si el defecto del producto del demandante contribuyó al daño al demandante; d) si fue el producto defectuoso, la *causa próxima* del daño del demandante (40). Tales preguntas pueden incidir en los supuestos de defectos de fabricación; pero algunas de ellas, como por ejemplo la primera, involucra evaluar si el producto, en los hechos, causó el daño, pudiendo ser respondida, con facilidad, de manera afirmativa; según el caso, se orienta hacia una discusión más ligada a los defectos genéricos que abarcan los defectos por diseño y por avisaje, que a los defectos de fabricación. La regla general que gobierna la conexión causal entre el producto defectuoso y el daño causado a las personas y/o a sus propiedades, es aquella por la que, en estos casos, las reglas que prevalecerán y los principios que gobernarán la causalidad serán los de *Tort* de acuerdo al numeral 15 del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* (1998). Lo principal es considerar si el producto fue una condición necesaria para que el demandante sufriera daños y si la condición defectuosa del producto fue menos que simple con relación al producto mismo, siendo ella, una condición necesaria. Queda claro que una afirmación de la *tortious conduct* es que ella representa una causa fáctica de daño cuando éste, el daño, no habría ocurrido de haber faltado esa conducta. En el contexto de la *cause in fact*, considerado por tales autores, la cuestión es si el demandante hubiera sufrido el mismo daño si el producto nunca hubiera sido producido en primera instancia. Si se responde afirmativamente a la pregunta sobre si el demandante habría sido dañado aún cuando el producto nunca hubiera existido, la conclusión siguiente es que el producto no es una *cause in fact* o causa de hecho del daño del demandante.

Según Henderson y Twerski (41), la causalidad tendría que ser considerada con dos componentes. El primero, de carácter general o genérico, sobre si el producto vendido por el demandante es generalmente o genéricamente, capaz de causar el tipo de daño sufrido por el demandado. Si no lo es, el demandado gana el tema de la causalidad en materia de derecho. La segunda *cause-in-fact* o *causa de hecho* está referida a una específica causalidad en cuanto a que el producto realmente causó el daño a ese demandante en particular. Resaltan estos autores, que la mayor parte de casos involucran esa específica causalidad. Por ejemplo, se puede decir que el defecto en un auto causó un accidente pero habrá que reconocer que ningún auto por sí solo es capaz de generar un accidente; pero si se afirma que los gases de un vehículo causan cáncer, el demandado todavía podrá defenderse aludiendo a que el auto involucrado en el proceso, no causó el daño al demandante; La segunda parte o *actual causation*, apuntará a demostrar que fue el auto producido por el demandado al que atribuye los efectos cancerígenos el demandante, el que causó el daño llevando la discusión a la real o efectiva causalidad (42). Ya en materia de prueba, en el Derecho angloamericano, la investigación causal conduce a centrar la atención en el defecto permitiendo que éste y los hechos vinculados a él, hablen por sí solos.

Mirando a la causalidad específica, en la mayor parte de los casos opera esa aproximación a los hechos, con cargo al análisis, objetivo y directo, de la prueba sobre el defecto. Sin embargo, es evidente la necesidad de pruebas y, en este contexto, que la que brindan los expertos genere confianza por su exactitud y por ser utilizadas de manera apropiada. De ello se desprende un problema especial para transmitir a quien resuelve estos conflictos, los conocimientos necesarios para comprender y pronunciarse bajo la misma metodología, sobre la conexión de la causa en temas sensibles y

40. *Ibidem*, p. 117.

41. *Ibidem*, p.p. 118 y 117. Sobre la causalidad en el Derecho de los Estados Unidos de América, es posible revisar el valioso trabajo de José Antonio Payet, *Ob. Cit.*.

42. *Ibidem*, p. 117.

complejos como por ejemplo, en defectos imputados a los medicamentos.

Un caso que marcó los criterios de las cortes norteamericanas para la admisibilidad de la prueba científica, por casi 70 años, es el de *Frye versus United States* (43), 293 F. 1013 (D.C. Circuit 1923), en el que el la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, analizó si la evidencia derivada de un detector de mentiras, era admisible contra un demandado en un juicio por homicidio calificado. En estos casos, es difícil definir cuando un principio científico o descubrimiento cruza la línea entre la fase experimental y el estado de demostración, aquello que debe ser deducido a partir de los testimonios expertos en los principios científicos y de descubrimiento, debe ser sobre lo suficientemente establecido o lo que haya ganado aceptación general en el campo particular al que pertenece el tema (44). Cuando se daba una objeción a la evidencia científica, la corte aplicaba este criterio o test. Si el juez consideraba que la metodología no era la generalmente aceptada en el campo relevante, se podía impedir el uso de la evidencia. Si la causa de acción dependía de esa evidencia, a menudo, eso determinaría el fin del proceso. De esta manera, las cortes trataban de conceder derechos en función de la prueba.

Los alcances de la investigación sobre si el producto realmente causó el defecto y el análisis que realizó la corte, mostró los problemas que envolvieron a la prueba. En este sentido, es importante analizar lo ocurrido en *Daubert versus Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.* 509 U.S. 579 (1993), caso en el que se discutieron los efectos del producto *Benedictin*. Este medicamento fue aprobado en 1956 por la FDA para el tratamiento de las náuseas durante el embarazo, siendo usado por treinta millones de mujeres entre 1957 y 1983. Pero se detectó que causaba graves defectos de nacimiento en los hijos de quienes lo consumieron. Richardson-Merrell, Inc., el fabricante lo siguió colocando durante años, en el mercado sin difundir los temores que existían respecto de que el producto fuera la causa de los daños. Muchas demandas se empezaron a presentar hacia los 80, basadas en las pruebas científicas referidas a la calidad de teratógeno del producto, atribuyéndosele el ser agente del defecto de nacimiento. Pero en el ámbito científico, no se había establecido un reconocimiento absoluto de la comunidad en cuanto a concluir que en razón del número de casos y las investigaciones realizadas pudiera establecerse una correlación entre la ingesta y el daño. Se generó entonces, confusión. En *Daubert versus Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*, el conflicto fue atendido y resuelto por la Corte Suprema. La corte de apelaciones había fallado a favor del demandante excluyendo el testimonio experto basado en *Frye*, pero la Corte Suprema revertió el fallo sosteniendo que la “aceptación general” no es una necesaria previa condición de admisibilidad de la científica evidencia bajo las Reglas Federales que regulan la Evidencia. Las cortes deben juzgar de manera preliminar, la valoración del testimonio bajo el razonamiento y la metodología que es científicamente válida y adecuadamente usada, puede ser aplicada a los hechos en conflicto, resaltando la importancia de la prueba de la causalidad específica en donde deben ser considerados una serie de factores. Algunas cortes han rechazado este fallo y aplicado el de *Frye* (45). Un caso que reveló el despliegue de pruebas científicas y tecnológicas, fue el de *Rider versus Sandoz Pharmaceutical Corp.* 295 F. 3d 1194 (11th Cir. 2002) en el que se discutió por el uso del medicamento *Parlodel* (recomendado como inhibidor de la prolactina y con ello, suprime la generación de leche materna), imputándole la generación de hemorragias posteriores al parto. En el caso, se analizaron numerosos aspectos que revelan la posibilidad de fijar parámetros minuciosos sin rechazar la

43. *Ibidem*, p. 120.

44. *Ibidem*, p. 120.

45. *Ibidem*, p. 123.

prueba de manera previa; así, se revisaron los antecedentes de las demandantes, el estándar legal sobre la evidencia, la teoría de la causa presentada por la parte demandante, la evidencia presentada los reportes de epidemiología, los casos reportados, la información que proviene de la investigación y los desafíos para demostrar la relación entre el Parlodol y las hemorragias, las analogías químicas, los estudios en animales, los hallazgos de la FDA, concluyendo la corte en que no se había producido suficiente evidencia para confiar y admitir la prueba de causalidad científica propuesta por la parte demandante bajo los estándares de *Daubert*.

La pregunta que Henderson y Twerski (46) plantean sobre si el demandado proporcionó el producto, no tiene los mismos alcances en el Derecho angloamericano que podría tener en otros regímenes. No se apunta a probar que la víctima consumió el producto que el demandado le vendió (con una concepción distinta de transacción comercial) sino que el producto fue vendido a las personas y que el producto vendido por el demandado es el que causaba el daño específico. Se ha admitido la flexibilización hacia la comprobación del defecto y la conexión con el daño causado al demandante para retornar al demandado y examinar si el producto con el defecto concreto, fue que éste colocó en el mercado. En este sentido, el demandado debe ser identificado en cuanto al responsable del producto defectuoso. Pero para establecer la responsabilidad, se han permitido soluciones creativas como la doctrina del *Marked Share* o *Part du Marché* en el Derecho francés. Por otro lado, la pregunta sobre si el demandante debe probar que el producto del demandante contribuyó a crear el daño, está referida a aquellos supuestos en los que hay una situación particular que también ha intervenido en la generación del daño, concurriendo con el defecto del producto. La pregunta que se realiza es qué habría pasado si el defecto no hubiera estado presente, indagando sobre si el daño se hubiera presentado de todas maneras. En tales casos, en términos generales, según el apartado 16 del *Restatement (Third) of Torts: products Liability (1998)*, responderá el demandado por el incremento del daño que sea atribuido solo al defecto; si la prueba sobre el daño revela que otras causas analizadas sin la intervención del defecto, la responsabilidad de vendedor del producto estará limitada solo a los daños que hayan sido incrementados solo por el defecto del producto. Pero si no hay el soporte probatorio, el vendedor del producto es responsable de todo el daño atribuible al defecto y a las otras causas. Cuando haya concurrencia con otras causas, se aplicará el principio de la solidaridad (*joint and several*). El tema de la causalidad próxima, es usado admite una serie de aspectos sobre la probabilidad y el estándar de previsibilidad de ciertos resultados lo que parece, en algunos casos, acercar el análisis más a lo que para nosotros, se considera como la causa adecuada. (47). Pero hay una distinción entre el trato concedido al defecto genérico y el de fábrica. En todo caso, lo que habría aquí, sería la referencia a una concepción de causalidad referida a una proximidad legal, o en el sentido de la justicia o la equidad entre la que se atribuye como causa del daño y las consecuencias (48). De hecho, los casos citados en las páginas anteriores, revelan el análisis sobre la prueba técnica en torno al defecto de diseño y el uso del test de riesgo-utilidad con relación a la previsibilidad. Pero ello hace que el tema no revele un criterio claro que solo se ve atenuado por las posibilidades que se admiten para el uso de la prueba considerando la presencia de profesionales preparados para esta discusión.

Los Mazeaud recuerdan que en torno a la causalidad, se contrapusieron dos tesis,

46. *Ibidem*, p. 131.

47. *Ibidem*, p.p. 149 a 158..

48. PAYET, José Antonio, Tomo II, p. 840.

ambas presentadas y defendidas por filósofos y juristas alemanes (49). Para Von Buri, todo acontecimiento sin el cual no se habría producido el daño, es la causa jurídica del mismo. Por otro lado, Von Kries, expresó que todos los acontecimientos que concurren a la realización del daño y que son sus “condiciones”, no constituyen su causa. Tan solo pueden ser admitidos aquellos que deberían producir normalmente el perjuicio; en este contexto, es necesario que la relación entre el acontecimiento y el daño sea “adecuada” y no simplemente fortuita. El acontecimiento debe ser capaz de producir normalmente el daño. Para los Mazeau, la jurisprudencia francesa primero adoptó la tesis de la equivalencia de las condiciones para luego acercarse a la de causalidad adecuada (50). Resaltaron además, que cuando se trata de un vínculo de causalidad entre la cosa y el daño, se requiere, una *acción activa* de la cosa la que adquiere el carácter de causa generadora.

Jorge Bustamante Alsina (51) destaca que el nexo de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa con el daño actúa como elemento aglutinante al generar una integración del daño y el riesgo, a la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar; de la misma manera, es objetivo pues alude a un vínculo externo entre el daño y la cosa (en el contexto de la responsabilidad que nos ocupa). La cuestión es, sin embargo, determinar en cada caso, cuál de los hechos antecedentes es la causa de un cierto resultado. Esa preocupación ha estado presente a través del tiempo, para los filósofos y los juristas (52).

Sobre la relación causal, Jorge Mosset Iturraspe (53), menciona que se trata de un presupuesto que no puede faltar pues puede representar la generación de una sentencia arbitraria al imponer una indemnización por daños causales verdaderamente fortuitos. Está referida a la vinculación que debe existir entre un hecho y un daño para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio. Ese juicio se realiza tomando partido por una de las teorías, escuelas o criterios existentes que en el doctrina de su país y en la universal según particular designación de este autor, han disputado sobre el tema.

Por otro lado, señala Gherzi, que la relación de causalidad se da básicamente de dos formas, la tradicional por hecho propio (acto humano –daño) y la derivada del empleo predominante de las maquinas en la industria moderna (cosa-daño). Esta última considera que la cosa (en una terminología que nos recuerda mucho a los albores de la responsabilidad por productos), es una situación generadora del daño mientras que el factor humano actúa en forma mediata al realizar el acto de interferencia al colocar la cosa puntualmente en una situación generadora del daño (54).

Felipe Osterling y Mario Castillo (55) en su *Tratado de las Obligaciones* en concordancia con lo que aparece en doctrina (56), realizan un resumen de las teorías

49. *Ob. Cit.*, p. 313.

50. *Ibidem*, p. 314.

51. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Novena Edición, 1997, p. 267.

52. *Ibidem*, p. 268.

53. MOSSET ITURRASPE, Jorge, como Director y coautor, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, GHERSI, Carlos A., STIGLITZ, Gabriel A., PARELLADA Carlos, ECHEVESTI, Carlos A., *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Hamburabi - José Luis Depalma-Editor, 1997, p. 105.

54. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob.Cit.*, p. 76.

55. OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 500.

56. GOLDENBERG, Isidoro, *Ob.Cit.*, p.p. 10 a 11, de 15 a 43. Este autor formula un interesante comentario tomado de la obra de Enneccerus al indicar que la conformación sobre le vínculo de

causales. Una de ellas se denomina o conoce como de la *equivalencia de las condiciones* o *condition sine qua non* ubicándose en la línea de lo que proponía Von Buri en 1860. En ella se plantea que todas las condiciones aparecen y conforman el mismo antecedente que tiene a su vez, la misma calificación de intensidad y valoración para la producción del consecuente. La causa radica, bajo tal teoría, en todas y cada una de las condiciones ya que sin el concurso de todas, el resultado no se habría producido dándose una suerte de indivisibilidad material del resultado por “lo que para la atribución de un hecho a una persona es suficiente que ella haya puesto una de las condiciones necesarias para su advenimiento” o condición *sine qua non* (57). Para Bustamante Alsina, quien en el terreno filosófico, enunció que la causa de un resultado es la suma de todas las condiciones positivas y negativas que concurren a producirlo fue Stuart Mill, ocupándose la doctrina alemana en buscar una fórmula que aclarara el tema, exponiendo la tesis luego Von Buri (58).

Trazegnies da un ejemplo de la universalidad de las causas que se esconde tras esa teoría al señalar que las causas de un accidente pueden hallarse tanto en la maniobra del conductor como también, en la invitación del amigo que lo hizo dirigirse hacia la casa de éste y en camino, ocurrió el accidente (59). Sin embargo, resulta claro que el amigo no puede ser responsabilizado del accidente. Resalta José Antonio Payet que es causa en esta teoría, “toda condición que ha contribuido al resultado de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado” (60).

Se critica esta teoría, de la *equivalencia de las condiciones* en la medida que no aporta ninguna solución que aclare el tema cuando se piensa que en función de la necesaria condición para aplicar el respectivo resarcimiento, cuando todas las causas mantienen importancia y simplemente se afirma que será responsable por el resultado, quien haya puesto una de ellas.

Otra teoría es la de la llamada *causa próxima* por la que se alude a la condición necesaria más próxima en el tiempo respecto del consecuente resultado o efecto o consecuencia dañosa lo que hace que las demás causas quedan solo como condiciones. Pero no siempre esta causa próxima o inmediata en el tiempo, es la que causa el daño. Bustamante Alsina (61), en torno a la teoría, menciona que si una persona cambia el contenido de un medicamento y le agrega un producto tóxico, la causa próxima del daño que se cause al paciente, recaerá en quien se lo proporcionó. En esta línea, y relacionando la causalidad próxima con la causalidad inmediata, De Cupis (62) subraya que si bien ésta parecía haber sido adoptada por el derecho positivo de numerosos códigos civiles como el francés en su artículo 1151°, 1229° del italiano de 1865 y 1223° del vigente, en realidad no debía aplicarse esta fórmula de manera estricta o literal en cuanto al antecedente inmediato del resultado atribuido sino elástica. De Cupis puntualizó que también había una teoría que podría llamarse de *regularidad causal*

causa y efecto descansa en la voluntad de la ley. Se trata de considerar el que una determinada conducta sea reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas. Aunque Goldemberg reconoce que hay mucha casuística y que inclusive Jiménez de Asúa había llegado a citar catorce teorías principales y muchas intermedias, hay cierto consenso en cuanto a que tres serían las teorías principales. El referido Goldemberg cita a Enneccerus, Ludwig-Lehman, Henrich Derecho de las Obligaciones, 11^a, ed., tr., Perez González y J. Algier, Barcelona, Bosch, 1948, Tomo II, Vol. I, p. 66.

57. GOLDEMBERG. Isidoro, *ob. cit.*, p. 20.

58. *Ob. Cit.*, p. 268.

59. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob.Cit.*, p. 310.

60. PAYET, José Antonio, *Ob.Cit.*, Tomo II, p. 838.

61. *Ob. Cit.*, p. 269.

62. *Ob. Cit.*, p. 257.

configurada siguiendo la estructura ordinaria de la cosa o el curso normal de los acontecimientos y por lo tanto, con un ingrediente de lo que juzga la experiencia (63). Como veremos después, lo que está tras estos comentarios, se asemeja a la teoría de la causa adecuada.

Felipe Osterling y Mario Castillo (64), resaltan que esta teoría, de corte individualizador, corresponde al siglo XVI siendo enunciada por Francis Bacon, adquiriendo importancia en la Inglaterra de la época. Si se pasara a considerar la infinita secuencia de causas a las que podría atribuir un resultado, se hallaría una secuencia interminable de causas sobre causas (65).

Para algunos autores, se alude a la causalidad próxima cuando se requiere la presencia o la existencia de una proximidad legal o de justicia y equidad, insistiéndose también, en ciertos casos, en la proximidad temporal como elemento importante (66). Tal fórmula heredada del Código francés, sería la causalidad impuesta para el caso de la responsabilidad contractual en el artículo 1321° del Código civil peruano, cuando se trata de dolo y de culpa inexcusable, especificándose que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Sin embargo, si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieron a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Bustamante Alsina (67) citando Spota quien a su vez, recurre a Biding y Oertmann, menciona la teoría de la condición preponderante, precisando que en esta hipótesis, la causalidad descansará en aquella condición que rompa el equilibrio entre los factores favorables y contrarios a la producción del daño, influyendo decisivamente en el resultado.

Se conoce como *teoría de la causa eficiente*, a la que se centra en identificar la causa que surgida del análisis de las distintas condiciones, cumple preponderantemente la función de antecedente. No todas las condiciones tendrían la misma eficiencia en la producción del resultado dado que algunas son más eficaces. Pero es obvio que será difícil sino imposible, determinar la mayor eficiencia de una condición frente a otra (68).

Finalmente, tenemos la teoría, enunciada por Von Kries, de la llamada *causa adecuada* por la que todo daño le es atribuida a una conducta, sea acción u omisión, si normal y ordinariamente acaece así bajo las reglas de la experiencia.

Sobre esta teoría, afirma el citado Ghersi, que “no se trata de una total abstracción sino que el Juez debe juzgar las circunstancias del caso y si, adoptando un criterio de razonable previsibilidad-con fuente de la experiencia-comprueba que los extremos del complejo fáctico *daño- hecho* se relacionan habitualmente, debe sostenerse para el caso concreto, la misma deducción” (69).

63. *Ibidem*, p. 258.

64. *Ob. Cit.*, p. 504.

65. *Ibidem*, p. 504.

66. JOURDAIN, Patrice, *Ob. Cit.*, 4 edición, p. 65. La proximidad de una causa en el tiempo, es considerada como elemento esencial de esta teoría por GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Cit.*, p. 76. También resalta el carácter de proximidad, pero de carácter legal, PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, Tomo II, p.p. 840 y 845.

67. *Ob. Cit.*, p. 269.

68. *Ibidem*, p. 269.

69. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Cit.* p. 76.

Bustamante Alsina (70) destaca que esta teoría, la de la causalidad adecuada es la que predomina actualmente, y considera la condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado. Se requiere un juicio de probabilidad con un refrendo sobre si se el defecto imputado al producto, corresponde a un efecto como acción o algo de lo que carece el producto como una omisión idónea para producir un resultado que es regular o normal de acuerdo a las circunstancias. Este autor además cita la teoría del seguimiento continuo del efecto dañoso, atribuible a Noe Dejean de la Batie quien explica que cuando el daño es solo uno que aparece como resultado de la concurrencia de varios hechos antecedentes, pero contemporáneos, se suscita un problema simple de atribuirlo a uno de ellos. Lo que en realidad se plantea es una investigación causal que se observa bastante compleja (71).

Como ya adelantamos, para el Código Civil peruano, el tema aparece diferenciado dependiendo del tipo de relación. Si nos hallamos ante una relación contractual, se observa que el artículo 1321° regula el tema apuntando a la causalidad próxima para ciertos casos mientras que en el 1985°, que regula la responsabilidad extracontractual, el legislador optó por la causalidad adecuada para regular todas las consecuencias indemnizatorias en este ámbito. Como ya mencionamos, la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual, contenida en el artículo 1985° del Código civil peruano, alude a la causalidad adecuada la que además, tiene un peso gravitante en los sistemas actuales (72). Se trata de rescatar aquellas condiciones que eran de esperar en el curso normal de los acontecimientos, un juicio de regularidad en base a lo normalmente ocurre o “retrospectivo de probabilidad” (73).

Nuestro Código Civil, muestra diferentes supuestos de causalidad cuando se pronuncia en torno a la responsabilidad contractual y a la extracontractual, lo que trae problemas para recurrir a una visión unitaria y cuando se trata de considerar la referencia de la normativa subsidiaria respecto de la Ley de Protección al Consumidor.

Cabe preguntarnos cuál es el régimen que se aplica en la responsabilidad civil por productos defectuosos bajo el esquema de la Ley de Protección al Consumidor. La respuesta es que, en nuestra opinión, se ha adoptado la teoría de la causalidad adecuada para todo supuesto de responsabilidad por productos apreciando que la hipótesis de defectuosidad en los términos planteados, ha incidido reiteradamente en determinar la previsibilidad del riesgo, la que se mantiene en los artículos 9, 10° y 32° de la Ley de Protección al Consumidor. Si bien esta es una circunstancia

Cabe señalar que la Ley de Protección al Consumidor, no señala específicamente la teoría de causalidad aplicable de acuerdo al artículo 32° del Decreto Legislativo N° 716, que trata sobre la responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, creemos que es posible considerar que, por los preceptos contenidos en la normativa y el esquema de protección a los consumidores como la redacción de la normativa citada. A ello debemos agregar la necesidad de un estándar que tenga en cuenta, en la medida de lo posible y cuando corresponda, esa gran concepción que se construye en el consumidor razonable y también en un proveedor razonable, sobre lo que puede ocurrir considerando criterios objetivos. La previsibilidad debe ser objetiva siendo necesario advertir la necesidad de ajustes que deberán producirse bajo el principio que constituirá un criterio informador de la interpretación de los más favorable al consumidor en caso de duda, conforme expone el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor,

70. *Ob. Cit.*, p. 270.

71. *Ibidem*, p. 271.

72. *Ibidem*, p. 30.

73. *Ibidem*, p.p. 32 y 33.

procurando un equilibrio en la medida que los excesos generarán incentivos inadecuados sea a favor de la víctima o del proveedor.

Para el caso de que el consumidor, no alcance a crear una expectativa específica y solo quede en un rango general de percepción de seguridad, será importante requerir la construcción de un criterio específico de previsibilidad y cuidado a partir de las investigaciones del proveedor, los estudios técnicos y científicos y la evaluación realizada de los mismos que corresponde de acuerdo a la materia o ámbito específica del proveedor, en donde ingresa una revisión creativa de todas las circunstancias ligadas al producto. Esto abarca las pruebas estadísticas de frecuencia de los hechos imputados, las pruebas en animales, los análisis de los antecedentes de las presuntas víctimas, en donde hay una referencia a la normalidad y a las reglas de la experiencia de acuerdo a lo que ocurre bajo la teoría de la causalidad adecuada. Todo ello, siguiendo la regla por la que, en caso de duda en la interpretación, se estará a lo que resulte más favorable al consumidor, siguiendo el criterio indicado en el artículo 2º de la Ley de Protección al Consumidor.

Al no formular distinciones y dada la especificidad de este dispositivo, se puede pensar que opera la misma teoría sea que el perjuicio provenga de un producto defectuoso transferido en el marco de un contrato como cuando no sea así dado el tratamiento particular propio de dicho dispositivo.

No obstante lo indicado, sería importante que se produjera una indicación del legislador para que no ofreciera duda la incorporación de esta teoría causal.

Cabe señalar en torno al tema, que en materia de riesgos de desarrollo y en el contexto de la protección al consumidor, la jurisprudencia argentina dictada en los precedentes CCiv. Y Com. Mar de Plata, Sala 2ª de 08.07.03 y Fiat Auto Argentina S.A. con JA de 10.03.04, citada por Ghersi (74), menciona que responde el fabricante siempre que no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y los daños causados.

Respecto de las consecuencias, es oportuno señalar que en este ámbito también se puede hallar clasificaciones que son tratadas por la doctrina los distintos autores citados a través de este trabajo y que se ocupan de la causalidad. Se advierte cierto consenso en el tema. Las consecuencias se dividen, en inmediatas y mediatas. Las Primeras son aquellas que suceden según el curso normal y ordinario de las cosas. Las mediatas se relacionan con otros hechos distintos o conectan el defecto, con un acontecimiento distinto, no habiendo en la gestación o producción del daño, un solo hecho sino varios que se encadenan para producir un resultado (75). Las mediatas admiten una clasificación adicional de previsibles y previstas. Las primeras apuntan a una previsibilidad objetiva y tienen en cuenta al hombre promedio que se comportaría como cualquiera en la respectiva relación. La segunda, las consecuencias mediatas previstas, se vinculan a una situación de subjetividad cultural y específica. Otras dos consecuencias serían las que no pueden preverse y apuntarían a situaciones que rompen el nexo y en donde lo fortuito o imprevisible, juega un rol determinante para la producción de consecuencias. Las remotas pueden guardar conexión con los hechos pese a que su rasgo sería mostrarse de difícil realización o no tener carácter de previsibles. Los demandantes pueden presentar una relación de los daños que deben ser resarcidos los mismos que deberán mantener adecuada conexión con el defecto. Caso contrario, serán desestimados.

La causalidad adecuada involucra que el daño sea consecuencia *normalmente previsible* del acto del demandado. La ausencia de tal hipótesis determinará el rechazo

74. GHERSI, Carlos y otros, *Defensa del Consumidor*, Rosario. Santa Fe, Nova Tesis, 2005, p. 244.
75. MOSET ITURRASPE, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 113.

de la determinación causal entre el proveedor del producto y el que no se pueda atribuir a éste último, la responsabilidad por lo ocurrido. La experiencia y lo previsible que configura esta forma de causalidad está referida al defecto pero por razones obvias, a los sujetos que se demande con tal fin. Lo previsible, nos lleva a un juicio del proveedor, conduciéndonos a una forma de subjetividad sobre la que debe primar un análisis objetivo sobre lo que en un momento determinado, podía ser esperable o previsible para la colectividad pero también para el fabricante o proveedor.

Se observa que, en la medida que en doctrina se ha interpretado que la responsabilidad civil por productos defectuosos se mueve en el ámbito extracontractual dado el hecho de que son muy pocos los casos en los que hay un nexo contractual entre la víctima y el responsable del proceso de producción y comercialización, en la redacción de la parte final del artículo 1985° del Código civil, se advierte un antecedente del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor en cuanto a los daños que se encuentran sometidos a una indemnización. En el artículo del Código civil, la referencia a la causalidad adecuada se desprende del mismo artículo.

No hay motivo para suponer que, considerando este antecedente y dada la redacción integral del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, se ha pretendido adoptar otra teoría de causalidad distinta a la adecuada para tratar los casos de responsabilidad civil por productos defectuosos. En todo caso, como ya indicamos, es notorio que la falta de una indicación precisa puede generar confusiones. Lo que debe tenerse presente es la aplicación de la regla del artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor por la que, en caso de duda, se estará a la interpretación más favorable al consumidor.

Hay circunstancias que se asumen en doctrina y en la regulación del Código civil, como susceptibles de romper el nexo causal y, en líneas generales, abarcan el caso fortuito, la fuerza mayor, o el hecho determinante de un tercero o la imprudencia de la víctima según destaca el artículo 1972° del Código Civil peruano, el que contiene causas cuyo carácter es más bien general para todos los supuestos de responsabilidad civil. Habrá situaciones que supongan la concurrencia de causa, en la que será necesario analizar el mayor peso que pueda tener el defecto en la producción del daño conforme a la teoría de causalidad adecuada antes mencionada.

3.4. Notas sobre el daño y la indemnización.

Se ha mencionado que la producción de los daños o la generación de un perjuicio son la consecuencia de un acto u omisión dañosa o, en este caso concreto, del defecto del producto siendo un elemento indispensable para hallarnos en el ámbito de la responsabilidad civil. El daño no solo es un componente, elemento o requisito de la responsabilidad civil sino que también, debe hallarse integrado al fenómeno de la ocurrencia de un evento que genere la activación de los mecanismos de la responsabilidad civil a través de la causalidad, lo que fija su procedencia y reconocimiento jurídico para convertirlo en daño resarcible (76). En este contexto, el daño es el resultado del defecto del producto, representando un perjuicio sujeto a requisitos o condiciones para generar una indemnización. Iniciamos el análisis con nuestra opinión del tema, para luego, exponer diversas ideas relevantes sobre el tema.

76. ALPA, Guido, *Responsabilidad civil y daños, lineamientos y cuestiones*, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 517.

Para Alpa (77), no es el simple empobrecimiento sino la lesión de un interés protegido pudiendo derivarse de ello, una lesión al bien tutelado (la salud, los aspectos de la personalidad, etc.). Constituye, en todo caso, un atentado que impacta en la víctima a través de sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales (78).

Juan Espinoza (79), siguiendo a Bustamante Alsina, rechaza por equívoco y sustancialmente impreciso, el entender el daño como lesión de un interés protegido. Agrega que el daño incide más bien en las consecuencias, en los efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido. La lesión y las consecuencias son momentos vinculados entre sí pero autónomos en su contenido y naturaleza (80). Sin embargo, lo que se destaca al aludir a la lesión del interés protegido, es la afectación de la relación que la persona establece con bienes o con otras personas que le permiten satisfacer sus necesidades y hacia las que muestra una inclinación más o menos vehemente del ánimo. Esta afirmación se liga a la noción de interés y a todo el desarrollo filosófico y jurídico que existe en torno a la palabra interés (81), en un ámbito general. La incidencia en la lesión al interés jurídico protegido es más valorativa y buscaría resaltar la importancia del atentado y su esfera.

Los Mazeaud (82) especificaron que entre los tres requisitos que debían reunirse para que exista la responsabilidad civil, se hallaba un perjuicio como sinónimo de daño, una culpa y un vínculo de causalidad que relacione a la culpa y el perjuicio. Para dichos juristas, el perjuicio es una atentado contra los derechos pecuniarios de una persona, debiendo ser ciertos (no hipotético ni eventual), no haber merecido indemnización aún (en cuyo caso ya habrían sido reparados y no se mantendrían como perjuicios), debe infligir un ataque a un interés legítimo jurídicamente protegido, debe ser directo y, en principio, ser previsible cuando la responsabilidad sea contractual (83).

Supone también una investigación para determinar y probar el contenido del daño y su magnitud debiéndose considerar que éste adquiera sentido jurídico, para plantear la posibilidad de ser transmitido del sujeto dañado al llamado a responder (84).

A su vez, para Alpa (85), existen principios de resarcimiento del daño, que son clasificados e interpretados de manera separada (aunque no conflictual) de los principios que regulan la responsabilidad civil. Para los efectos de la reparación, el principio o regla fundamental es que el dañado se deberá hallar en la misma situación en la cual se encontraría si el evento dañoso no hubiera ocurrido. Aunque se trata de una ficción asumir que el daño no ha existido, se mantiene como objetivo, el reconstruir todo aquello de lo que gozaba la persona antes de que se produjera el daño y generar el resarcimiento. Es una condición que se pruebe el nexo causal y el daño. Destaca Alpa, que no todos los daños son resarcibles, y de hecho, ya la relación causal marca un límite en la capacidad de responder considerando la previsibilidad (86).

Para algunos (87), más que principios, existen condiciones para la indemnización, como son: la certidumbre del daño el que debe ser cierto, sea presente o efectivo o se plantee

77. *Ibidem*, p. 517.

78. JOURDAIN, Patrice, *Ob. Cit.*, p. 131.

79. *Ob. Cit.*, p. 157.

80. *Ibidem*, p. 157.

81. Sobre el detalle de la palabra *interés*, se puede revisar el trabajo de ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, Bosch Editores, 1995, p. 24.

82. *Ob. Cit.*, p. 55.

83. *Ibidem*. P. 55.

84. DE CUPIS, *Ob. Cit.*, p. 246.

85. *Ob. Cit.*, p. 519.

86. *Ibidem*, p. 520

87. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 17.

al futuro pero gozando de los atributos de la certeza; “no puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño”. En este ámbito, el daño puede ser directo o inmediato del accidente o perjuicio, e indirecto que aludiría al que se produzca hacia el futuro fundado sobre bases ciertas o como aquellos que no son sufridos por la primera víctima sino por otras personas a través de una “cascada causal de daños” (88). Es útil mencionar que en la doctrina francesa, se consignó el término daños o perjuicios “par ricochet” o por rebote (89) a aquellos que no son sufridos por la primera víctima (directa) sino por otros aludiéndose en los casos, a un concepto de daño indirecto que al final causa un daño efectivo.

Como ya se indicó, recogiendo lo señalado por los Mazeaud, el daño debe ser probado correspondiendo al que se considera perjudicado, demostrarlos (90).

A ello, autores como Ghersi, expresan que debe ser propio o personal del accionante y corresponder a un interés legítimo de éste e incluso, según se admite a nivel procesal, hacia intereses difusos (91). Las condiciones personales de la víctima confieren variaciones al *quantum* de la indemnización.

Hay que reconocer sin embargo, que las condiciones permiten que el daño tenga la categoría de resarcible advirtiéndose que los principios, como es propio de esta categoría lógico-jurídica, nos proveen de criterios o principios informadores para analizar los casos concretos que se presenten.

Tradicionalmente, se distingue en daños resarcibles de carácter económico, materiales o patrimoniales causados a la víctima mientras que es extrapatrimonial o extraeconómico, básicamente el daño moral. Es interesante apreciar que dentro de esas dos tipologías o sub-categorías de daños, se incluye un amplio número de supuestos de daño reparable (92).

Bajo la primera categoría de daños, de carácter económico o patrimonial, hallamos el lucro cesante y el daño emergente. Tiene la calidad de emergente el daño que se traduce en una pérdida del patrimonio de la víctima, en este caso, el consumidor, con carácter negativo al representar un empobrecimiento; se hallan en ese grupo, los gastos que ha debido realizar por su atención médica derivada del daño generado por el defecto del producto, por ejemplo, o la casa que queda destrozada por la explosión de un balón de gas defectuoso. El cesante, abarca lo que la víctima ha dejado de percibir o ganar como consecuencia del acto dañino. En este último caso, el afectado es privado de un enriquecimiento que razonablemente podía esperar (un buen negocio perdido) y se constituye en la frustración de una ganancia (93) o por no incrementarse su patrimonio (94), en el supuesto, por ejemplo, de no lograr la víctima, un pintor conocido, cumplir con un contrato para pintar un cuadro, dejando de percibir el honorario respectivo, por haberse intoxicado debido al defecto de un producto, una marca nueva de pinturas excesivamente tóxica.

Los daños extrapatrimoniales, son los que lesionan a la persona estimada en su faceta inmaterial, psicológica, incluyendo los daños a sus sentimientos y su espiritualidad.

-
88. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ibidem.*, Tomo II, p. 19. Indica dicho autor, que el término de daños indirectos, no es claro pues se ha utilizado tanto para aquellos daños que no vulneran la “directa materialidad” de un daño sino que son inmateriales; para definir a los daños expresados de manera directa o actual frente a los futuros como también a los que constituyen un empobrecimiento frente a lo dejado de percibir.
89. JOURDAIN, Patrice, *Ob.Ccit.*, 4ta edición, p. 134.
90. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ibidem.*, Tomo II, p. 21.
91. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Cit.*, p. 47.
92. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Cit.*, 63.
93. JOURDAIN, Patrice, *Ibidem*, 4ta édition, p. 132.
94. ESPINOZA, ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p.p. 157 y 158.

Dentro de esta categoría se halla el daño moral que para algunos (95), se define como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos con un carácter efímero y no duradero. Aunque hacemos la cita, no coincidimos con esa restricción al daño moral. Hay una diversidad de interpretaciones cuando se trata de analizar el esquema a seguir en los daños a la persona humana. Algunos piensan que hay situaciones que no admiten un resarcimiento total aunque ello no significa el abandono de la idea de la reparación (96).

Conviene precisar que por daños personales o a la integridad física debe entenderse a la muerte y a las lesiones corporales al mismo consumidor (los que pueden ser exigidos por éste o por sus herederos) que se incluye como parte del daño emergente, el que incluye todos los gastos necesarios para restablecer la salud personal; y, el lucro cesante en donde se comprenderían las ganancias dejadas de percibir por no poder realizar la actividad habitual. Bercovitz considera que las lesiones corporales comprenden todo tipo de pérdida transitoria o definitiva de salud, es decir, cualquier enfermedad en el sentido más amplio del término así como la pérdida de la integridad física (97).

A esos daños materiales, se agregan los daños inmateriales (98) o especiales que comprenden el daño extrapatrimonial que impacta en la persona y el moral. El daño a la persona estaría constituido por una lesión a la persona en sí misma, constituida o estimada como su valor espiritual, psicológico y lógicamente inmaterial. Ello, sin embargo, no conduciría a determinar que estos daños forman una categoría aparte o diferente a la del daño moral sino más bien una subespecie de ella aunque algunas de sus características del daño a la persona muestren especificidad secundaria en la medida que no se escapan del terreno del dolor de afección, la pena o el sufrimiento (99).

Ramón Daniel Pizarro (100), señala que muchos juristas definen el daño moral por lo que *no es* (contra poniéndolo al daño patrimonial), lo que en su opinión, ha sido más bien simplista negándole la posibilidad de brindar pautas positivas para darle una noción. El daño moral en su opinión (aunque aludiendo a Orgaz), debe ser determinado siguiendo el mismo camino que utiliza para definir al daño patrimonial resarcible. En este sentido, es una ofensa o lesión a un derecho, o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial, pero como consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto siendo el daño resarcible esto último. El concepto de daño moral importa para Pizarro (101) “una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”. En opinión de su autor, tal definición, atiende, como corresponde, a las “consecuencias” que produce la acción antijurídica; establece

-
95. *Ibidem*, p. 158. Este autor cita a Carlos Fernández Sessarego en su trabajo, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Derecho de las Personas, compilado por REVOREDO, Delia, Lima, Librería Studium, 1985, p. 88.
96. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 16.
97. Citado por PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Ob. Cit.*, p. 572.
98. ALCOVER GARAU, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 79.
99. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 110.
100. PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punicción*, Buenos Aires, Hammurabi-Luis Depalma Editor, Segunda Edición, 2004, p. 31.
101. *Ob. Cit.*, p. 43.

una conexión en cuanto a que el daño debe provenir de una lesión a intereses no patrimoniales; pondera el daño moral por lo que *es*, en términos positivos, asignándole un contenido propio y no solo uno en contraposición con el daño material; se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu la misma que proyecta sus efectos con amplitud, a ámbitos específicos de la subjetividad del damnificado, no estando excluida por la mera ausencia de sensibilidad o comprensión del dolor. El dolor, la angustia, la tristeza, la pérdida del deseo de vivir son simples manifestaciones del daño moral. La posición no está exenta de críticas por quienes consideran que no es aceptable la construcción jurídica que atiende a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica para caracterizar al daño patrimonial y al moral, siendo los bienes extramatrimoniales de la persona (atributos de la personalidad o derechos subjetivos reconocidos por el hombre como ser existencial), fines en sí mismos por cuanto se confundirían con su propia personalidad (102).

Más allá de las discrepancias en los ángulos a partir de los cuales se proyecta la figura, no puede negarse que el daño moral ha tenido y tiene una tradición clara en nuestro ordenamiento civil no obstante que su propia denominación no sea actualmente la más adecuada pues puede confundir respecto a que el daño tiene una faceta moral o ética.

Sobre el daño moral, los comentaristas del Código civil peruano, al pronunciarse sobre la figura coinciden que es un daño extrapatrimonial (103). Osterling con relación al artículo 1322° que reconoce el resarcimiento al daño moral por inejecución de obligaciones, comenta que éste es el inferido a la personalidad o en valores que pertenecen más al ámbito de la afectividad que al de la realidad económica, mereciendo un reconocimiento por producir una pérdida pecuniaria. León Barandiarán, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, comentó que los artículos 1984° y 1985° del Código civil, están referidos, respectivamente, a que no cabía discutir ya que en tal materia, el daño moral debía ser indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido en la víctima o a su familia (art. 1984°) y que la indemnización debía comprender las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (art. 1985°). Según León Barandiarán, el daño moral era una sub-especie del interés moral garantizado en el artículo VI del Título Preliminar del Código civil (lo que es un error pues el artículo citado tiene impacto en el terreno procesal de la legitimidad para obrar), no cabría la caracterización del daño moral en este artículo. Agregó sobre el 1984° que la reparación solo podría darse en el terreno patrimonial debiendo el juez, actuar con discrecionalidad. De la misma manera, criticó que en el 1985° se volviera a aludir al daño moral cuando ello ya se había hecho en el artículo 1984°. Sea como sea, hay que advertir que el artículo 1985° del Código civil sobre responsabilidad extracontractual, presenta notoria conexión con la parte final del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, respecto de los conceptos que reconoce como daños indemnizables en el marco de una causalidad adecuada.

Carlos Fernández Sessarego (104), menciona que el daño a la persona mantiene su propia fisonomía por implicar diversas facetas en la vida del ser humano y que por el

102. La crítica fundamental es de Zannoni, siendo recogidas en la obra de Pizarro, *Ibidem*, p. 46 a 54.

103. Así se pronuncia OSTERLING PARODI, Felipe, quien se ocupó del Libro de “Las obligaciones” en el texto que recoge la Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil, REVOREDO, Delia, *Ob. Cit.*, Libro V, p. 449. De la misma manera LEON BARANDIARAN, José, sobre los comentarios a “La Responsabilidad Extracontractual, en el texto que recoge la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil, *Ibidem*, Tomo VI, p.p. 806 y 807.

104. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Daño al proyecto de vida”, artículo publicado en

contrario, el daño moral (o *pretium doloris*) se constituye en una modalidad del daño a la persona en tanto el dolor o sufrimiento o la perturbación espiritual que sostiene a dicha institución, no abarca todas las lesiones que puede sufrir el ser humano. Dicho jurista sostiene además, que debe considerarse como subcomponente del daño a la persona, el daño al proyecto de vida consistente en la grave limitación al ejercicio de la libertad inherente al ser humano y la frustración del proyecto existencial de la persona humana.

Se viene aludiendo al daño existencial que comportaría la alteración de un nuevo hacer o deber hacer que incluye acciones que no conforman el daño moral y representa la pérdida del dinamismo que se vincula a la identidad que se entiende, es de la víctima (105). Habría en este daño, una cierta pérdida de la razón de ser de la existencia o el objetivo que mueve a la persona. Se trata de una figura por construir pues no abarcaría lo económico o patrimonial. Habría que analizar su pertenencia al grupo de daños a la persona. En todo caso, habría notorios problemas para su determinación en términos monetarios para que sean indemnizados pues en principio, se trata de conceptos invalorable o invaluable con una referencia subjetiva particular.

Por otro lado, las actuales tendencias sobre la reparación, inciden en la distinción entre daño económico y extraeconómico (106) bajo la dinámica actual generada por el cambio ideológico que destaca las consideraciones económicas, conduciendo a ajustes terminológicos aunque también conceptuales en algunos aspectos. El daño económico, sería el de la persona en su capacidad de generar riqueza incluyendo su capacidad laboral y la potencial en términos de instrucción además de otros supuestos; también a las relaciones económicas como emanadas de los contratos y el patrimonio resultante de la acumulación privada afectado en caso de un accidente vinculado a la problemática del producto defectuoso. El daño extraeconómico, abarcaría a la persona humana incluyendo el daño moral como lesión a los sentimientos con un tiene carácter eminentemente reparatorio o de satisfacción. Sin embargo, en este grupo ingresarían otras facetas ciertamente sofisticadas pero también útiles del daño resarcible de acuerdo a una primera sub-clasificación en daños a la persona humana los que incluyen las distintas opciones que pueden hallarse en el ámbito extrapatrimonial como el daño psíquico, el biológico, el daño a los derechos personalísimos, el daño estético, el daño a la religiosidad o la faceta espiritual como un perjuicio a los valores del espíritu humano en su relación con “lo absoluto” (107). Un ejemplo de esta última faceta del daño, podría hallarse en el consumo de un producto sobre el que no se adviertan que lleva carne de cerdo causando una intoxicación por su mal procesamiento pero además la afectación en los sentimientos de quienes por razones religiosas se niegan a consumir dicha carne.

Otras facetas del daño extraeconómico, se vinculan al patrimonio aunque en su relación con facetas inmateriales como las que puede tener, por ejemplo, la destrucción de una carta recordatoria sobre un hecho afectivo, o la de una foto de familiares ya fallecidos (108).

Resulta indispensable insistir en mantener, en el contexto del daño extrapatrimonial, la vinculación de éste con la conexión causal. Un ejemplo, lo podemos hallar en el daño psíquico, el que puede entenderse como una alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, actuaciones, todas

Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre de 1996, p.p. 47 a 97.

105. LEÓN HILARIO, Leysser L., *Ob. Cit.*, p. 110.

106. GHERSI, Carlos Alberto, *Ob. Ci.*, p.p. 62 y 63.

107. GHERSI, Carlos Alberto, *O. Ci.*, p. 72.

108. GHERSI, Carlos Alberto, *Ibidem.*, p. 63.

manifestaciones que nos permiten a su vez, valorar el grado de injuria padecida (109). Pero en esta línea, habrá que analizar lo que resulte normal y no producto de una patología de la víctima que impide su normal adaptación a situaciones difíciles como los daños por el defecto de un producto. En esta línea, por ejemplo, una persona que viaja en un avión defectuoso en el que ve morir a sus amigos como resultado de un defecto en el tren de aterrizaje, puede generar un terrible accidente en el que ve morir a sus amigos frente a él, adquiriendo un gran pánico para volar lo que le impide trasladarse con facilidad de un país a otro, mientras no supere ese daño.

También en ese orden, se puede hallar el daño biológico que sería el causado a la integridad física pero también a la estructura funcional del ser humano, el que si bien tiene una relación directa con el lucro cesante y el daño emergente y moral, puede tener una particular influencia dadas las dificultades para determinar sus alcances cuando se produce en recién nacidos o se mantiene en el tiempo por generaciones. Podría ser que el problema en este caso, radique en una forma de proyectar el daño y de calcular el resarcimiento; sin embargo, el caso reviste particularidades. No creemos que podamos por ahora, aventurar respuestas en las que la ciencia y la tecnología ya hasta la filosofía, colocan su “grano de arena” para una evaluación equilibrada del daño que se puede causar a la persona en su faceta biológica por el uso de productos químicos defectuosos por ejemplo.

Coincidimos con quienes manifiestan que no hay uniformidad sobre el significado del daño a la persona y el daño moral (110). Para algunos son categorías sinónimas para otras hay distingos entre ambas. Fernando de Trazegnies (111), al analizar el artículo 1985° del Código civil peruano, menciona que no encuentra diferencias conceptuales entre el daño moral y el daño a la persona. Como bien dice, el daño moral, conforma un concepto que permite a las autoridades judiciales cubrir daños patrimoniales vagos y no cuantificables salvo que se transforme en la expresión de una venganza privada y pase a encubrir daños punitivos. El daño a la persona, por su falta de precisión conceptual, puede pasar a tener esa misma relevancia y objeto.

Recurriendo a la interpretación literal, el daño a la persona comprometería todos los supuestos de protección que sean previsibles y que guarden conexión con los intereses y necesidades de la persona, sean extrapatrimoniales o patrimoniales, pues lo que aquí se resalta es la posibilidad de imputarlos a la persona. No hallamos otra posibilidad interpretativa. Lo cierto es que puede abracar en ciertos contextos, el daño moral y en otros, ingresar al campo de los daños materiales o patrimoniales.

Los daños comprendidos en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, como indemnizables son, en principio, los causados a la integridad física y bienes de los consumidores por los defectos de los productos. Como ya mencionamos, especifica tal artículo, que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. La redacción del artículo no es la mejor y merece ser reformada para aclarar el tema del daño emergente (salvo el referido a la pérdida misma del producto defectuoso). No obstante ello, llegamos, por la vía de la interpretación o si se quiere, de la integración, a un respuesta sobre el tema que comprende el daño patrimonial bajo la figura del daño emergente. Ello en la medida que la misma norma puntualiza que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto. Será menester analizar la relación de causalidad para proceder al análisis del daño resarcible.

110. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Ob. Cit.*, p. 159.

111. TRAZEGNIES, Fernando de, *Ob. Cit.*, p. 46.

Por otro lado, ya que la citada Ley de Protección al Consumidor como el Código Civil, recogen como principio general (y difundido) el de la restitución total, plena o principio de reparación integral aunque el artículo 32° de dicha Ley, no queda duda de que está incluido el daño emergente. Sería absurdo suponer que la norma usó un término de tanta amplitud por el que la indemnización comprende *todas* (la cursiva es nuestra) las consecuencias causadas por el defecto para excluir el daño emergente. Una interpretación sistemática, nos lleva a considerar que en caso de duda, la interpretación debe darse en el sentido que resulte más beneficioso al consumidor con arreglo a lo previsto en el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor. Como ya se indicó, se trata de que el perjuicio sea resarcido de tal manera que se alcance a reemplazar la situación más próxima a aquella que habría existido si el hecho dañoso no se hubiera producido (112).

También para el caso de los daños indemnizables o resarcibles como en la causalidad, en la medida que en doctrina se ha interpretado que la responsabilidad civil por productos defectuosos se debía ubicar en el ámbito extracontractual como ya se mencionó al tratar la causalidad, se observa que se habría tomado como base para redactar el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, el artículo 1985° del Código civil en cuanto a los daños indemnizables. Como ya indicamos, en nuestra opinión, no hay razón para suponer que, considerando este antecedente y dada la redacción integral del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, se ha pretendido adoptar otra teoría de causalidad distinta a la adecuada para tratar los casos de la responsabilidad civil por los productos defectuosos. De esa teoría, se desprenderán los daños que son resarcibles debiéndose adaptar estas reglas a las características de la protección al consumidor. Para tal efecto, será menester reconocer la importancia del principio contenido en el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor por el que en caso de duda, se aplicará la interpretación más favorable al consumidor.

La citada Ley, no se ocupa de discriminar los daños en razón de los bienes afectados por el defecto del producto que se deben indemnizar. Es decir, no dice si solo se indemnizan los bienes de consumo o también se incluyen a los de carácter empresarial. La respuesta estaría dada por las características del sistema. Así, ya que el ámbito de protección abarca al consumidor y no al proveedor, se puede considerar que no estarán incluidos como bienes resarcibles los que tienen como finalidad incorporarse al proceso productivo considerando el sujeto beneficiado. En todo caso, de haber “usos mixtos” de los bienes afectado, será menester considerar el uso preponderante buscando que no se produzca la desprotección a las víctimas. En caso de duda, el principio aplicable será el de la regla más favorable al consumidor.

Con relación al producto mismo que, por su condición defectuosa, resulta afectado o dañado, será de aplicación el artículo 31° de la Ley de Protección al Consumidor el cual especifica que los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto o cuando ello no sea posible, a su reposición pudiendo la devolución del dinero conforme a lo especificado en el citado artículo. Esa es la razón por la que puede considerarse que entre los daños resarcibles en función del artículo 32°, en el supuesto de la protección al consumidor, no se encuentra la reparación por el producto mismo.

Por otro lado, es interesante mencionar que hace algunos años se presentó una propuesta de modificación legislativa del artículo 47° de la Ley de Protección al Consumidor (113), formulada por el mismo Indecopi, tendiente a que éste pudiera

112. Véase en ese sentido, FAGNART, Jean Luc et PIRE, Alain, *Problèmes actuels de la réparation du dommages corporel*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1993, p. 22.

113. Mediante Separata Especial, fue publicado el 15 de marzo de 1999, en el diario oficial “El

ordenar a los proveedores cumplan con las responsabilidades contempladas en el Título Sexto de la citada Ley, incluyéndose, concretamente, las derivadas de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos; para tal efecto, la indemnización que podría ser dispuesta en el ámbito de los órganos a cargo de la protección al consumidor (la Comisión y el Tribunal en segunda instancias), comprendería todas las consecuencias causadas por el defecto o perjuicios al consumidor incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el moral. La Comisión de Protección al Consumidor y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi, fueron categóricas al precisar que tenían la calidad de entes administrativos y en consecuencia, recibían, tramitaban y resolvían procedimientos en el ámbito definido por el Decreto Legislativo N° 716 y por el artículo 43° inciso a) de la regulación del procedimiento administrativo, por lo que, cualquier exceso en el ejercicio de la competencia, ameritaba una declaración de nulidad. En este sentido, si bien la citada Ley de Protección al Consumidor expresa que constituye un derecho de los consumidores el exigir una reparación, no debía interpretarse que el órgano administrativo estuviera facultado a tramitar y resolver las pretensiones indemnizatorias.

Tal fue el pronunciamiento contenidos en la Resolución N° 059-97-TDC dictada en el expediente N° 028-96-C.P.C. en la denuncia de doña Rosa Augusto Laos contra Abical Motors S.A. (vinculada a la adquisición de un vehículo por parte de persona, operación en la que no se cumplieron las ofertas o promoción de productos). Se aclaró también este aspecto en la Resolución N° 0204-1998/TDC-INDECOPI dictada en el expediente N° 0395-1996-CPC en la denuncia interpuesta por don Julio Antonio Urrutia Vidal contra Mitsui Automotriz S.A. y Toyota del Perú S.A. en donde el denunciante también insistió en el otorgamiento de una indemnización por la presunta y rechazada falta de idoneidad del bien consistente en un vehículo.

La discusión giró en torno a si solo el Poder Judicial tenía la atribución de determinar la indemnización salvo que las partes concilien o que ésta se determine mediante arbitraje o mediación en base al sometimiento de las partes. En tales casos, la autoridad judicial se constituye en el destinado a ejecutar dichos acuerdos pudiendo el Indecopi, sancionar el incumplimiento de aquellos acuerdos, laudos arbitrales o resoluciones a favor de los derechos de los consumidores conforme al artículo 38° de la Ley de Protección al Consumidor. No se propuso ni tramitó, finalmente, este cambio normativo.

Mediante el artículo 1° de la Ley N° 27311, publicada el 18.07.2000, en el diario oficial “El Peruano”, quedó modificado el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor el que además de facultar a Indecopi a sancionar administrativamente a los infractores, estableciéndose y en el artículo 42°, la figura de las llamadas “medidas correctivas” que permiten ordenar la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor y

Peruano”, el Documento de Trabajo N° 001-1999 preparado por el Área de Estudios Económicos del Indecopi y denominado “Avances, Retos y Propuesta en la Promoción de los Derechos del Consumidor”. Este documento proponía el siguiente texto para el artículo 47° de la Ley de Protección al Consumidor:

“Artículo 47-A: Independientemente de las sanciones previstas en el Artículo 41° de la presente Ley, la Comisión está facultada para ordenar a los proveedores, cumplan con lo dispuesto en las normas del Título Sexto de la presente Ley.

Esta disposición es aplicable también a los procedimientos iniciados por incumplimiento de acuerdos conciliatorios, de conformidad con lo establecido en el Artículo 38° de la presente Ley.

En el caso de indemnizaciones, el Indecopi sólo será competente respecto de los daños de naturaleza patrimonial que haya sufrido el consumidor.”

cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Aunque en nuestra opinión, estas medidas correctivas tienen claras facetas indemnizatorias, se ha interpretado que el ámbito de las mismas es muy restringido hacia sumas pagadas por el consumidor y conceptos concretos como puede ser la devolución de derechos cobrados, etc.

En el Poder Judicial se ha observado un lamentable desfase cuando se ha tratado de establecer indemnizaciones que procuren un resarcimiento integral. Ellas son reducidas y por si fuera poco, no hay de parte de los operadores la costumbre de presentar aquella documentación que revele o exponga los criterios que deben seguirse para determinar la indemnización. Ante esa falta de sustento probatorio, el que compete a la víctima, las autoridades judiciales suelen recurrir a un criterio de apreciación prudencial que aunque alivia de la carga de la prueba, guarda relación con una visión subjetiva del Juez (114).

-
114. Aunque tenemos como prueba casos que no se vinculan a los productos defectuosos, es útil la línea argumentativa en aquello que mencionamos a continuación. En los seguidos por Milagritos Molina Galeano con don Eduardo Antonio Diaz Tauro sobre indemnización por accidente de tránsito (expediente C95-83263, seguidos ante el Dr. Héctor Lama More, quien a la fecha de este proceso se hallaba a cargo del 16 Juzgado Civil), acción en la que la víctima, perseguía una indemnización de U.S. \$ 30,000.00 por el perjuicio causado al ser atropellada por el demandado y sufrir una fractura en la pierna que la inmovilizó causándole daños en su economía al pagar su tratamiento médico como en su actividad futura pues dejó de trabajar. Aunque aquí también se observa que la demandante sustenta su acción en dos hipótesis jurídicas diferentes de responsabilidad subjetiva (artículo 1969° del Código Civil) y objetiva o por riesgo (1970°), el Juzgado, sin entrar en esta discusión, procedió a una impecable explicación sobre la norma de responsabilidad civil objetiva aplicable al caso, y recurrió a un evaluación prudencial en tanto los documentos presentados por la víctima para acreditar el quantum, no habían sido admitidos por el Juzgado (sin que se especifique en la sentencia la razón de la denegatoria formal), Se determinó una indemnización de ocho mil nuevos soles pues se consideró que la agraviada había probado el daño y que desempeñaba una labor comercial. No se explicó en tal caso, como se llegó a esa cifra la que guarda evidente diferencia con la propuesta en la demanda resaltándose en el fallo, que la obligación de indemnizar se encuentra constituida por un valor abstracto y no por una suma de dinero subrayando que la prestación resarcitoria debe responder a la realidad de su finalidad la que es reponer un daño y no ceñirse a la limitación dineraria de la demanda. Nos preguntamos si realmente, la “reposición” no apunta a colocar a la víctima en la misma situación en la que se hallaría si no hubiera ocurrido el accidente y si bajo ese análisis, se puede prescindir de la prueba. Pensamos que ese discurso no impide formular objeciones pues se carece de elementos para alcanzar cierta certidumbre o base de evaluación, siquiera, aproximadas para determinar la indemnización El demandado apeló y aunque se confirmó el fallo de primera instancia en cuanto a declarar fundada la demanda, se fijó el monto indemnizatorio sin mayores precisiones, en seis mil nuevos soles. Otra demanda interpuesta por accidente de tránsito, fue la planteada por doña Fabiana Jesusa Antunez de Cusinga contra don Eduardo Manuel Suasnabar Ruiz y contra doña Jacinta Eleodora Ruiz Aguilar por la muerte del esposo de la accionante, don Froilan Cusinga Romero (ante el 24 Juzgado Civil, Juez Iris Pasapera, exp. 175-96), pretendiendo la suma de U.S. \$ 20,000.00. Se sustentó la demanda también en los artículos 1969° y 1970° del Código Civil como en las copias certificadas de las partidas del matrimonio celebrado con su esposo, las de sus hijos y la defunción de la víctima. Nada hay en el expediente que permita aclarar en qué basa el *quantum* indemnizatorio. La contestación del demandado reveló que la víctima se encontraba en estado de embriaguez lo que probó con las copias de piezas extraídas de un proceso penal seguido entre las mismas partes. Nada se encuentra en el expediente sobre la víctima y las labores desarrolladas por él para fijar un monto. La sentencia de fecha 14 de febrero de 1997, reconoció que la víctima contribuyó al daño pero también que la velocidad con la que transitaba el victimario no era la permitida por el Código de Tránsito vigente. Por esa razón, se estableció una indemnización de tres mil nuevos

Como vimos, el caso desarrollado en Lima, por el que el señor Elías Espinoza interpuso una demanda contra un fabricante de bebidas gaseosas y el planteado por la vía penal por el Presidente de la Asociación de Padres de un colegio en Cusco, revelan cuan absurdas pueden ser algunas pretensiones que no se sustentan en pruebas siquiera lógicas. Partiendo de que hubiera habido algún sustento para demandar, es evidente que pretender en el caso del Sr. E.E. que un ex-servidor de las fuerzas policiales con una pensión o ingresos que jamás probó, demande por lucro cesante la suma de U.S. \$ 500,000.00 es hasta cómico, también, el que un padre de familia argumente que la asociación que preside en el colegio de sus hijos, pueda percibir un millón de dólares y que esa debía ser la indemnización a concederse por haber hallado supuestamente una botella de bebida gaseosa que no fue consumida, un producto presuntamente defectuoso que no causó daño alguno.

Son muchos los casos que presentan similares proyecciones. No quisiéramos asumir una labor inquisitiva o de mera crítica sino más bien, sugerir indemnizaciones que busquen insistir en exigir la probanza y en la realización de una investigación seria. Aunque esa debe ser la regla, no podemos negar que desestimar la imposición de indemnizaciones cuando el daño está probado, sería terriblemente injusto. Lo problemático del tema radica en la calidad de los operadores del Derecho lo que conduce a los jueces a recurrir a criterios de “prudencia”.

Un régimen que busque incentivar la mejora de la responsabilidad civil, pasa por conceder importancia vital al sistema de indemnizaciones el que debe basarse en criterios que en la medida de lo posible, sean serios e ilustrativos. Nos guste o no, éste sería un detonante que aunque puede revestir proyecciones explosivas, mejoraría el manejo de estos procesos y estimularía las demandas y quejas incentivando de esa manera, la identificación y sanción de los responsables de una producción defectuosa pero sobre todo, peligrosa.

Por otro lado, no podemos dejar de advertir que el ámbito de acción de Indecopi referido a la Ley de Protección a los Consumidores, no está exento de situaciones “grises” lo que se ha hecho evidente al tratar lo relativo al consumidor. Ello hace que el tema no sea tan directo y claro como se espera.

La similitud de algunas de los artículos de nuestra Ley de Protección al Consumidor con algunos aspectos de la Directiva europea N° 85/374/CEE, sobre productos defectuosos (que como sabemos irradia sus efectos a los países que integran la Unión Europea), nos lleva a evaluarla. En tal sentido, el artículo 9° de esa directiva, considera que se entiende por daños, los causados por muerte o lesiones corporales, los provocados a una cosa o la destrucción de un bien que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia o suma determinada en dicha normatividad y siempre que se trate de las cosas que normalmente se destinan al uso o consumo privados o principalmente para tal uso. La norma comunitaria no entra a regular los daños inmateriales o morales. Ello es dejado a las disposiciones nacionales. Lo interesante del tema en el caso de la Directiva europea radica en que se establecen topes indemnizatorios según lo ya expuesto al tratar el tema en los primeros capítulos.

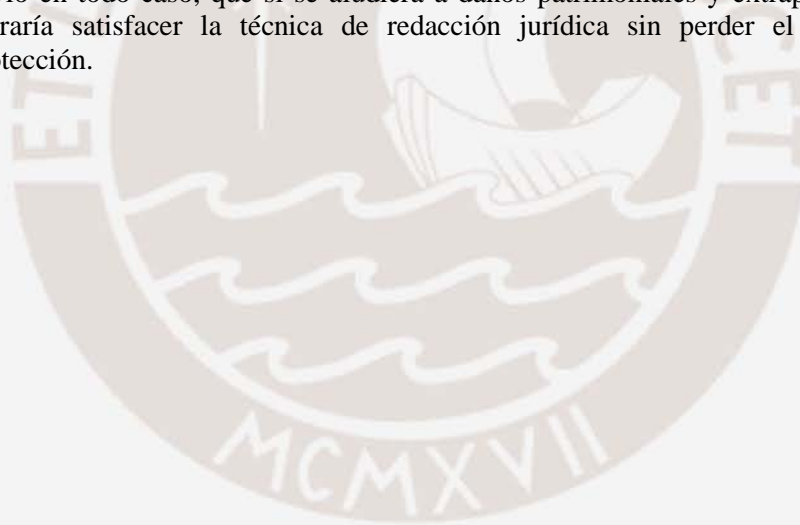
A su vez, Henderson y Twerski (115), resaltan que si los demandantes han logrado superar todo el proceso de demanda, exitosamente, los daños compensatorios incluyen los razonablemente necesarios gastos médicos realizados en el pasado como en el futuro, los ingresos perdidos e el pasado y los futuros y los elementos intangibles como

soles. Ante la apelación de la demandante, se subrayó en la sentencia de la Primera Sala Civil de fecha 30 de octubre de 1997, importantes elementos en torno al riesgo que genera la conducción de un vehículo automotor, determinándose la indemnización en cinco mil nuevos soles.

115. *Ob. Cit.*, p. 594.

el dolor y sufrimiento por el daño físico y mental. No opera una limitación hacia las fuentes colaterales como los seguros médicos. Se ha buscado poner limitaciones a los daños no económicos, Según el apartado 21 del *Restatement (Third) of Torts*, los daños a la persona y a la propiedad que no sean por el producto pues se asume que operaría en esto, una aplicación regular de la garantía; se incluyen las pérdidas económicas del demandante, o en la persona de otro cuando los daños interfieren con un interés del demandante protegido por las reglas de *Tort*. No debe perderse de vista que los daños punitivos, en el sistema angloamericano, representan un rango de indemnizaciones vinculada a la conducta maliciosa o de cualquier otro tipo que resulte negativa por engañosa o extremadamente negligente o dolosa, que hace necesaria una sanción al responsable. En ello, hay el interés por desincentivar conductas reprobables.

Respecto del artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, es importante manifestar que lo que habría pretendido el legislador, es comprender todos los daños que se deriven del defecto del producto, bajo el análisis de la teoría de la causalidad adecuada, recurriendo a conceptos como del daño a la persona y daño moral, con el objetivo de agudizar la protección y evitar vacíos dado que hay daños a la persona que no son necesariamente morales facilitando el que sean cubiertos si se revela adecuadamente, la relación objetiva con lo que puede considerarse el ámbito de la protección a la persona. El objetivo es que no se escape un daño aunque la técnica no sea la más apropiada. No vemos sin embargo, que el problema revista gravedad o merezca un cambio más aún si advertimos que estamos en un régimen que reclama protección efectiva más que discusiones en torno al uso apropiado de los términos. Es obvio en todo caso, que si se aludiera a daños patrimoniales y extrapatrimoniales, se lograría satisfacer la técnica de redacción jurídica sin perder el objetivo de la protección.



CUARTA PARTE

4. PROPUESTAS COMPLEMENTARIAS EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.

4.1. Hacia el cumplimiento de la función.

4.1.1. Lineamientos para la aplicación efectiva de las reglas de responsabilidad civil por productos defectuosos.

La senda histórica recorrida hasta hoy, ha puesto en evidencia la necesidad de utilizar mecanismos procesales que complementen la protección ante los efectos o las consecuencias de daños masivos por los defectos de los productos tornándola efectiva. La disciplina, originalmente planteada, desde el Código Civil y estructurada sobre la base de intereses individuales protegidos, ha cambiado mostrándose, en muchos aspectos, solidaria ante una categoría especial de sujetos como son los consumidores. Esta parte de la investigación, mantiene una aproximación metodológica de carácter funcional, la misma que ha pretendido medir la operatividad o vigencia concreta de la figura de la responsabilidad civil por productos defectuosos. No obstante lo indicado, se ha procurado utilizar otras herramientas siempre con el objetivo de delinear mecanismos efectivos de acción.

La materialización de la respuesta ante el daño se enmarca en la llamada teoría general de aplicación del derecho (*Law enforcement*) partiendo de las definiciones de la responsabilidad civil. La pretensión indemnizatoria se conecta con los remedios procesales en el ámbito jurídico y extrajurídico. Para ello, recurrimos al Derecho civil y, con la finalidad de procurar resultados positivos, recurrimos a otras áreas del derecho administrativo o público (116).

No está definido en nuestro país, un sistema claro de responsabilidad civil en el terreno del Derecho adjetivo y sustantivo, aplicable a nivel nacional debido a la magnitud de los problemas que nos aquejan sobre todo en el terreno de la generación de recursos para fomentar una política de aplicación efectiva del derecho lo que debería contribuir a un cambio paulatino de percepciones y de cultura de cumplimiento de la regulación jurídica. Es importante reforzar la protección de las víctimas por la vía de los seguros, por ejemplo, para atender los daños por productos defectuosos.

Si se quiere, en el ámbito de la aplicación efectiva de la regulación sobre responsabilidad civil por productos, tiene dos propuestas marcadas. En Europa y otros países, se mantiene un esquema de atención a las víctimas a través de eficientes seguros, fondos de protección para daños por medicamentos y otros como mediante la

116. SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José, RUBÍ, PUIG, Antoni, *Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)*, Working Paper N° 164, Barcelona, octubre de 2003. Se encuentra el documento en www.indret.com. Com. Un esquema como el que proponemos, pone énfasis en la reparación pero también, en aspectos que desincentivan el conflicto.

protección administrativa que actúa como un valioso complemento que permite “desfogar” la presión que pueden ejercer los consumidores sobre proveedores, logrando el objetivo de la protección que además es especializada, por la vía de acuerdos conciliatorios y multas. De no llegar a un acuerdo las partes, o de no querer optar la parte afectada por recurrir a dicha sede, está la vía judicial. Se mantiene Nuestro país tiene ese mecanismo de atención complementaria en sede administrativa aunque la alternativa del seguro público sea ineficiente para atender estos daños y el privado muy costoso. La propuesta que se maneja en los Estados Unidos de América se basa en el resarcimiento a las víctimas básicamente a través de las indemnizaciones, situación que ha generado temor ante los litigios y con ello, mecanismos de control social que para algunos, exagera más la litigiosidad o la *litigation disease* beneficiando a abogados y peritos especializados como a quien puede resistir por un proceso que puede durar muchos años y ser muy costoso aunque resulte atractiva la meta de una fuerte indemnización. Un contrapeso es la riqueza de un país que ofrece trabajo y en donde la población genera excedentes o en todo caso, puede alcanzar la posibilidad de un trabajo.

Nuestro país no cuenta ni con seguros ni con un apropiado y claro esquema de atención judicial de los conflictos de protección para las víctimas de los productos defectuosos. Ni siquiera la atención del ente administrativo llega a todo el país sino apenas a las ciudades más importantes del país. Cabe preguntarse si precisamente la pobreza y carencia de recursos no debe llevarnos a imponer más responsabilidad que pretextos por la posible alza de los precios derivados de la imposición de criterios de seguridad en los productos. Creemos que hay necesidad de cuantificar la seguridad pero nunca evitarla sea en la aplicación de la parte sustantiva de la normativa como también en la adjetiva.

La misma definición de la responsabilidad civil sugiere la prioridad en la atención del conflicto cual es la reparación como objetivo prioritario. Así, José Ignacio Fonseca-Herrero Raimundo y María Jesús Iglesias Sánchez en su *Diccionario Jurídico* (117), representan a la responsabilidad civil (en contraposición a la criminal o penal), como la obligación de reparar el daño o los perjuicios causados por uno mismo o por un tercero a consecuencia de una conducta antijurídica generadora del daño sea por transgresión de lo pactado que incluye la responsabilidad contractual, o por el quebrantamiento del principio general de no dañar, o de una norma sobre el deber de cuidado.

Tras la denominación de la materia hay más diferencias de fondo que de forma lo que también incide en la manera como se estructuran los mecanismos de aplicación del régimen adoptado. Resalta Alpa, que en el Derecho comparado, diferentes nombres distinguen el tema en los ordenamientos continentales de origen romanista de otros de corte germánico (118), hallando el término *responsabilité* en la voz francesa, *haftung* en la germánica y *liability* en la inglesa, mientras que bajo la distinción clásica de la responsabilidad extracontractual, está la denominación *Tort* (en la experiencia angloamericana), *responsabilité civile delictuelle* (bajo la experiencia francesa), *unerlaubte Haftung* (en la experiencia alemana) y *risarcimento per "fatto illecito"* en la experiencia italiana (119). Para Alpa, la diferencia es más conceptual traduciendo una regulación inspirada en principios y directivas diversas (120).

-
117. FONSECA HERRERA, Raimundo, IGLESIAS SÁNCHEZ, María Jesús, *Diccionario Jurídico*, Madrid, Editorial Colex, 1999, p. 320.
 118. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, Ob. Cit., p. 25.
 119. PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile-Profillo di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 9. El tema es tratado además por SALVI, Cesare, *La Responsabilità Civile*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, p. 1.
 120. *Ibidem.* p. 25.

Hans Kelsen respondiendo a los paradigmas heredados y a los que él mismo cultivó (121), abordó la responsabilidad jurídica al interior de su teoría de un derecho positivo, en la que, según creía, podía liberarse de consideraciones ajenas como de la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. Kelsen afirmaba que había una suerte de "contaminación" entre el derecho y las tendencias políticas, afectándose la rigurosidad de la teoría jurídica y la pérdida de los atributos o del "ideal" de toda ciencia como son la objetividad y la exactitud (122). No obstante tener discrepancias con esta parte de su teoría, es importante considerar su concepción del derecho a partir de su aplicación efectiva. Su enunciado describe que en condiciones determinadas por el orden jurídico, debe realizarse determinado acto que también, es jurídico. Los actos coactivos son aquellos que han de cumplirse aún contra la voluntad del afectado por ellos, y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física (123). En este contexto, general por cierto, una acción u omisión se constituye en un acto ilícito o delito en tanto se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia (124). No habría entonces, acción *mala in se* sino simplemente *mala prohibita* (125). La conducta que el sistema social requiere de un individuo, es aquella a la cual éste se encuentra obligado por ser dicha conducta, requerida o fijada por el sistema social bajo una ordenación objetiva (126). Al enunciar que un sujeto está jurídicamente obligado a determinada conducta, se está afirmando que una norma jurídica determinada, así lo ordena y que ésta, la norma jurídica, al ordenar la conducta, enlaza el comportamiento contrario con un acto

-
121. Nos referimos a la búsqueda de una "pureza" en el análisis o la mayor rigurosidad para captar la esencia de los objetos sujetos a estudio. El ideal de desprender tal proceso, de conjeturas, deducciones o interpretaciones ajenas a la naturaleza de tales cosas procurando ser siempre clarificador, se encuentra en el pensamiento europeo desde Kant. En el caso del Derecho se pretendió establecer un análisis *puro* en oposición e inclusive, con hostilidad, al filosófico y social. Kelsen procuró estructurar una idea formal del derecho de carácter lógico-trascendental, de unidad y organización escalonada del ordenamiento jurídico, "pura" en su concepción, al suprimir aquellos contaminantes como el análisis social, el político, el psicológico o económico. Su concepción pretendía estar "purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto" KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 7.
122. *Ibidem*, p. 7. Según señala en la página 8 de la obra indicada, una "renovada metafísica de la doctrina del derecho natural", se oponía al positivismo jurídico, introduciendo un problema valorativo que escapaba a una teoría que limitaba su análisis al derecho positivo como realidad jurídica.
123. *Ibidem*, p. 123. Como resultado de lo manifestado, debían distinguirse en dos tipos de actos coactivos: las sanciones como actos de coacción como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico y los actos coactivos que carecen de ese carácter como es la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas.
124. *Ibidem*, p. 126.
125. Las limitaciones de adoptar una posición que apunte a un total *positivismo* de la responsabilidad civil por productos defectuosos, saltan a la vista. Solo mencionaremos que si se requiriera que una conducta antijurídica se encuentre minuciosamente descrita como prohibida en la normativa para, por esa vía y solo bajo una hipótesis determinada, requerir la indemnización, nos hallaríamos ante serios problemas por la versatilidad del defecto. Aunque se puede interpretar que lo prohibido es la generación del daño al contratante o a un tercero, nos hallaríamos entre los juegos de lo que normativamente puede considerarse prohibido y lo admitido si aceptamos como premisa, la necesidad de una regulación detallista para aplicar la responsabilidad por productos. En todo caso, hay una labor interpretativa de la autoridad que exige creatividad y una necesaria ponderación de intereses para llegar a puntos de equilibrio.
126. *Ibidem*, p. 129.

coactivo como sanción (127). La obligación jurídica posee, con relación a la norma jurídica con la que se identifica, un carácter general o individual. Cuando la norma jurídica ordena reparar el daño provocado por un tercero, para Kelsen se establece una obligación jurídica general. Afirmó, además, que, "La sentencia judicial, es decir, la norma jurídica individual, que en un caso concreto prescribe que un determinado individuo *A* debe reparar a otro individuo determinado *B*, el daño que le ocasionara, mediante la entrega de determinada suma de dinero, estatuye o, más correctamente, es ella misma la obligación jurídica de *A*; con lo cual sólo se afirma que la entrega de la suma de dinero específica, por parte de *A* a *B*, es el contenido de una norma jurídica individual." Forma parte de este análisis, el requerir del aparato público, los mecanismos para aplicar tales obligaciones (128).

La responsabilidad tratada por este jurista, en términos generales, aparece como un concepto ligado esencialmente, al de obligación jurídica en los propios términos que su teoría plantea. Ello supone que el concepto de obligación a la que se alude, no es necesariamente el mismo del derecho civil. Según resaltó Kelsen, el individuo se halla jurídicamente obligado a cierta conducta cuando su comportamiento contrario es condición de un acto coactivo (como sanción); pero ese acto coactivo, es decir, la sanción por lo ilícito, puede dirigirse contra otro individuo que se encuentre en una relación determinada por el orden jurídico, con el individuo que incurrió en el acto generador de la sanción. Según lo indicado, la responsabilidad se dividiría en directa e indirecta, respectivamente. La primera involucraría una responsabilidad por una conducta propia. En el segundo caso, se daría tal supuesto de responsabilidad por la conducta ajena, surgiendo el compromiso sin que el responsable incurra en una conducta jurídicamente cuestionable.

Alpa, reproduciendo lo dicho por Stefano Rodotà, criticó por errónea, una clasificación que aludiera a que la responsabilidad fuera indirecta pues considera que ella siempre es directa (129). Los contextos teóricos y hasta históricos, en los que se mueven ambas afirmaciones, son, sin embargo, radicalmente diversos siendo lógica la discrepancia.

Bajo este orden de ideas, hace Kelsen, precisiones entre responsabilidad y obligación expresando que la responsabilidad puede ser individual y colectiva (130) y que, "Uno está obligado con respecto de una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta propia; no puede obligarse uno por la conducta de otro. En cambio, uno es responsable tanto por determinada conducta propia, como también por la conducta ajena." (131). En su teoría (132), se podía distinguir en responsabilidad por la intención (que involucra la búsqueda o previsión del acontecimiento indeseable por parte del sujeto al que se imputa un acontecimiento) y otra por el resultado (la que prescinde de la referencia a la intención o a la previsión). En el primer caso, dice Kelsen, el momento caracterizado como "dolo" o intención dolosa, es una determinada relación

127. *Ibidem*, p. 129.

128. La teoría pura del derecho, por la reverencia que plantea respecto de las reglas fijadas por el orden jurídico, ha sido empleada, también, para negar el papel interpretativo o el uso de otras variables en el análisis jurídico de las autoridades judiciales, las que deben ceñirse de la manera más exacta posible, al imperativo que la norma jurídica plantea. Pero el Derecho nace para cumplir una función basada en técnicas interpretativas; en esta labor, no puede desprenderse de la filosofía como de los antecedentes ideológicos, sociales, económicos y hasta psicológicos de las personas que regula y de quien impone la norma o la aplica.

129. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y daño, Lineamientos y cuestiones, Ob. Cit.*, p. 30.

130. KELSEN, Hans, *Ob. Cit.*, p. 135.

131. *Ibidem*. p. 135.

132. *Ibidem* p.p. 133 a 138.

positiva entre la conducta interna y el acontecimiento producido o no impedido por su conducta externa, sea que solo prevea el hecho, o que dirija su intención a él. Se da la responsabilidad por el resultado, sin embargo, cuando no aparece relación semejante, cuando el acontecimiento no es previsto ni especialmente querido (133). La negligencia, se constituiría en la omisión de esa previsión ordenada por el orden jurídico, en la falta de previsión exigida o en una falta o ausencia de relación positiva como un *delito de omisión*, para cuya comisión, se aludiría a la llamada responsabilidad por el resultado.

Por otro lado, conviene puntualizar conceptos importantes para este análisis. Uno de ellos, resalta la confusión generalizada entre la noción de obligación y la de deber. Así, se suele hablar de una obligación genérica de ajustar la conducta a lo debido y de no causar daño a nadie, *neminem laedere* o como precisa Alpa, *alterum non laedere* (134) cuando en realidad, nos referimos a un deber. Éste último sería el género y aunque en este contexto podemos decir que toda obligación se nutre o alimenta de la fuente genérica del deber, no todo deber tiene el carácter de obligación, la que tiene el atributo de ser más concreta o específica en cuanto a las características de lo que el individuo debe satisfacer o cumplir. En este tema, hay un desarrollo específico en el terreno de la responsabilidad contractual al que no ingresaremos por ahora.

Creemos que la categoría obligacional en el terreno contractual, presenta el sentido propio de los juegos de la voluntad y compromisos plasmados a partir de un acto jurídico de naturaleza contractual de un lado, o en el carácter accesorio pero concreto, determinado por una sentencia en un proceso de responsabilidad civil. El deber jurídico, en cambio, ejerce sus efectos como compromisos generales surgidos de la vida en sociedad. Causar un daño constituye un acto contrario al Derecho sea si se incumple un contrato o se cumple de una manera diferente a la pactada, o, cuando se afectan los derechos de otro sin previa relación contractual con él. En el primer caso, se va contra la regla o el deber que impone cumplir con la "palabra empeñada". De la misma manera, incurrir en una conducta dañosa contra un sujeto ajeno a toda convención o vínculo previo, viola un deber general de no dañar como la normativa correspondiente.

Una aproximación dogmática abre otras puertas para observar el panorama, mostrando diferentes aproximaciones al significado jurídico de la palabra responsabilidad (135). Se recurre a ella para definir obligaciones, funciones o deberes derivados por ejemplo, de un cierto cargo como aquellas que tiene el padre respecto de los hijos (*Role Responsibility*); la condición causal de un resultado o algún acto o fenómeno que causa algún evento (*Causal Responsibility*); la atribución de capacidad y de estado mental (*Capacity Responsibility*); y, la responsabilidad que genera un deber legal como atribución de sanción jurídica o como acreedor de una pena o de una compensación a la víctima o de un reproche moral (*Liability Responsibility*). Para estos efectos, es de

133. *Ibidem*, p. 136.

134. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, Ob. Cit., p. 51. Precisa el citado Alpa que resulta correcto referirse al segundo término, el cual supone tanto una regla de comportamiento cuanto un precepto que involucra una sanción. Añade Alpa que en las fuentes se recogen de tal principio, también las directivas de dos perspectivas fundamentales de la evolución moderna de la responsabilidad civil: la lesión de intereses apreciables y la individualización de criterios de imputación.

135. ALTERINI, Atilio Anibal, *La Responsabilidad-Homenaje al Profesor Isidoro H. Goldenberg*, Ob. Cit., p. 15 a 20. Adicionalmente, la referencia comprende la revisión del trabajo del citado autor en *La Responsabilidad Civil, Límites de la Reparación Civil*, Ob. Cit. .p. 17 8. Sobre todo en este último trabajo, se puede encontrar la interesante clasificación efectuada por H.L.A. Hart, recogida en "The Law quarterly review".

utilidad esta última acepción, aún cuando las demás también están presentes según el caso (136).

Ricardo de Ángel Yágüez (137) efectúa comentarios útiles desde una perspectiva de aplicación efectiva y funcional:

“En primer lugar, creo que procede plantear una cuestión terminológica que a mi juicio es algo más que un juego de palabras.

1. Cuando hablamos de “responsabilidad civil”, en expresión clásica dentro de la doctrina continental europea, nos estamos refiriendo a la idea -también tradicional- según la cual ser responsable es soportar o sufrir las consecuencias de un acto. Dicho de otro modo, en esta materia decimos siempre que el Derecho aprehende la responsabilidad poniendo a cargo de una persona o de un grupo de personas la obligación jurídica de hacer frente a las consecuencias de una conducta.

Y sobre este esquema se han venido planteando las soluciones legales y jurisprudenciales hasta muy avanzado este siglo- en torno a un supuesto de hecho cuya formulación es, en principio, muy sencilla: «una persona causa un daño a otra, sin que entre ambas exista una relación jurídica previa».

Aun admitiendo que responsabilidad no suponga necesariamente culpabilidad (así podría decirse en los casos de la llamada «responsabilidad por riesgo», o de la denominada «responsabilidad objetiva») -lo cual, por cierto, implica *desterrar de este ámbito los conceptos tradicionales basados en la reprochabilidad moral-* no es menos claro que en el mundo de la “responsabilidad civil” venimos todavía partiendo de la base de que una persona ha de hacerse cargo del deber de reparar los daños que produce a otra en el desarrollo de cualquier actividad u operación.

Dicho en términos más coloquiales, cuando causa «un accidente».

Parece inevitable que las cosas sean así, porque sigue teniendo mucho peso entre nosotros la palabra «responsabilidad». Con ella se pone el acento más en la persona del dañador que en la de la víctima, más en la conducta de aquél que en el resultado.

En este sentido, quizá estén menos encorsetados que nosotros los juristas del Derecho anglosajón, que como técnicamente equivalente a nuestra expresión «responsabilidad civil” vienen utilizando desde siempre la de *Law on Torts* es decir, «Derecho de daños». Con esta última denominación parece como si el factor «responsabilidad» se pospusiese para pasar a primer término el desenlace ocurrido, esto es el daño o quebranto sufrido por una persona como consecuencia de la acción de otra.

2. Y ya que estamos en cuestiones terminológicas (mucho más importantes de lo que a primera vista pudiera parecer), no está de más señalar que, para algunas orientaciones doctrinales contemporáneas, ni siquiera el *tort* (el daño) es lo más relevante, sino que lo que adquiere importancia es el carácter social que *todos los daños* revisten, perspectiva desde la que se habla simplemente de *accidentes*, con deliberada voluntad de posponer los rasgos jurídicos. Así, por ejemplo, se discurre sobre «el coste de los accidentes» como de una cuestión colectiva y de orden económica, no individual o jurídica.

Por otro lado, ahora es habitual usar la palabra «garantía», en vez de «responsabilidad», aunque cierto es que este nuevo modo de hablar tiene

136. *Ibidem*, ALTERINI, Atilio Anibal, *Ob. Cit.* p. 15 a 20.

137. DE ANGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (Con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, S.A., 1995, p.p. 15 a 17.

mucho que ver con las fórmulas de socialización de los riesgos propios de nuestros tiempos”

Ricardo de Ángel Yáñez da cuenta de un fenómeno ya comentado: si bien hay una notable influencia de la ciencia y la tecnología para introducir cambios, la filosofía y teorías de corte social y económica, han tenido y tienen un espacio propio que genera respuestas jurídicas determinadas. Ellas también, a veces, han nacido bajo nuevas apariencias o solo se han modificado en ciertos aspectos. Aunque la visión económica como el aporte de las ciencias y de la teoría social resultan importantes, creemos fundamental, no perder de vista el contar con una filosofía que sostenga el esquema de protección bajo el objetivo de aplicación práctica de la propuesta con un efecto siempre reparador.

La idea es internalizar la protección a la persona como principio fundamental procurando hallar un equilibrio frente al proveedor responsable que merece ser adecuadamente estimulado así como una conducta razonable de los consumidores involucrados. Esta internalización, no debe alejarse de la posibilidad de proyectar mensajes adecuados que logren prevenir la aparición de conductas peligrosas.

Lidia M.R. Garrido Cordobera (138), subraya que en lo que a terminología se refiere, “se utilizan palabras tales como "responsabilidad", "reparación", "derecho de daños", a veces con diferentes concepciones y alcances.” Recogiendo a Cazeaux y Trigo Represas, resalta Garrido Cordobera que la “responsabilidad” sería “un concepto secundario que presupondría una relación entre dos sujetos y que se resuelve, en último análisis, en una obligación de reparación” (139).

Sería propósito del “Derecho de Daños”, en un sentido general, garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes y también desde una perspectiva más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad, la reparación de intereses colectivos. El eje central es, en todo caso, el daño y la protección a los damnificados mediante la adecuada y rápida reparación sin olvidar la parte preventiva (140).

Miguel A. Ciuro Caldani en *Derecho de Daños* (141), explica que toda teoría de la responsabilidad por dañososa está profundamente vinculada con una filosofía jurídica. Especifica Ciuro, bajo tal perspectiva, que *responsabilidad* significa siempre una relación de *imputación* de una realidad por la que se “*responde*” ligándose a un sujeto “*responsable*”; empero, resalta éste que la comprensión de tal vinculación puede tener diferentes alcances:

“Para el unidimensionalismo nomológico, la cuestión de la responsabilidad se agota en la imputación que efectúa la norma, estableciendo una sanción para el caso de producirse una conducta contraria a la que ella determina ” (...). “El unidimensionalismo sociológico ha de concluir en el hecho de la imposición de una reparación por el juego de la fuerza sin ocuparse de su valor”; añade Ciuro Caldani que “El unidimensionalismo dikelógico es impotente para desarrollar una teoría dinámica y realmente profunda de la responsabilidad” (142).

138. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R., *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993, p. 17.

139. *Ob. Cit.*, p. 17.

140. *Ibidem*, p. 18.

141. TRIGO REPRESAS, Félix A., STIGLITZ, Rubén, Directores de la Obra, *Derecho de Daños*, Primera Parte, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991, p. 317. La cita corresponde al autor antes indicado siendo El título del mismo “La responsabilidad de daños desde la filosofía del Derecho”.

142. *Ibidem*, p.p. 317 y 318

Precisó Alpa, que la doctrina ha puesto en evidencia los cambios sufridos en los elementos de la responsabilidad civil como, por ejemplo, en la noción de imputabilidad, resaltando para tal efecto, dos precedentes calificados por el citado jurista como *leading precedents*, de la Corte de Casación (143). El primero, del año 1959, partió del supuesto de que tanto en el terreno penal como en el civil, la responsabilidad tiene naturaleza "decididamente subjetiva" salvo excepciones taxativas. Según dicho fallo, era necesario que el daño injusto, fuera "teñido de aquella luz psicológica en la cual el derecho recoge una bien determinada relación" entre la psique del sujeto y el ambiente social, por lo que, para la Corte, la capacidad de *entender y querer* (la cursiva es nuestra), subsiste "en la atribución del mismo agente a determinarse psicológicamente con relación al ambiente social y al ordenamiento jurídico" (144). En este sentido, recordando el debate surgido en el seno de la doctrina penal, los jueces italianos distinguían entre la noción penal que señala las causas típicas por las cuales el sujeto se debe considerar no imputable mientras que en la civil, de forma contraria, la norma del Código, dejaba al Juez, en libertad para evaluar la existencia de la capacidad. Si bien el menor podía ser incapaz a los efectos de la acción penal, podía ser capaz para efectos civiles aunque pudiera ser exonerado de la responsabilidad por los daños morales (145). El segundo precedente, en un caso similar, concluyó de manera diferente y, sin aludir al concepto de imputabilidad, consideró que el daño moral puede ser liquidado también "cuando el delito sea configurable en abstracto" (146). La noción de imputabilidad en el terreno civil, como dice Alpa, ha perdido sus características penales en tanto las funciones de los dos tipos de responsabilidad, son reconocidas como diferentes (147). En realidad, este reconocimiento responde en nuestra opinión, al peso atribuido a la protección a las víctimas con la obtención del resarcimiento y a una concepción más social y menos individual de la forma de enfrentar los perjuicios. En todo caso, la imputabilidad es evaluada de acuerdo al caso, en función de las características del pacto o de las relaciones que surgen fuera de un contrato sin afectar el objetivo principal del sistema cual es reparar.

Si un productor o proveedor es inimputable (supuesto difícil dadas las características de la producción que nos ocupa) o lo es el consumidor o sujeto afectado, habrá que evaluar la responsabilidad que corresponda a los tutores o curadores o la extinción de la responsabilidad. Empero, el análisis se hará frente al caso concreto. De allí la importancia de un régimen que en lo fundamental, acerque el nivel de defensa de las víctimas sea que el resarcimiento se relacione con productos adquiridos en el marco de un contrato o fuera de él.

Como hemos podido apreciar de la revisión realizada en la primera parte del libro, en materia de responsabilidad civil por productos, atendiendo básicamente a la presencia o no de un contrato entre el dañado y el agresor, se ha distinguido entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. El desarrollo del Derecho a partir de los impresionantes cambios sociales y económicos, nos ha llevado a una adecuada tendencia a la unificación de ambos regímenes en aras de una mayor protección para el consumidor. Así se muestra el artículo 32º de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país que regula la responsabilidad civil por productos defectuosos.

143. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, Ob. Cit., p.p. 329 y 330.

144. *Ibidem*, p. 330.

145. *Ibidem*, p. 330.

146. *Ibidem*, p. 330.

147. *Ibidem*, p. 330.

Se trata que el régimen funcione con cierta uniformidad evitando distorsiones por esquemas diferenciados que afectan la protección a los perjudicados por crear confusión; si bien se considera aquello a que el proveedor y consumidor se hubieren obligado bajo condiciones que no supongan asimetría informativa o actos dolosos, se asume también que quien coloca un bien en el mercado, responde en términos generales, ante los consumidores por la idoneidad y la seguridad del respectivo producto en función de un deber implícito de no dañar el cual se moldea por las circunstancias mismas del producto y del consumidor (148).

La tendencia a un régimen uniforme y de esa manera, previsible y menos costoso (en la medida que las partes pueden calcular sus beneficios y costos a partir de lo que expone el sistema) se aprecia, por ejemplo, en la Directiva N° 85/374, del Consejo, de 25 de julio de 1985 de la Comunidad Europea sobre la responsabilidad por productos defectuosos que ha extendido sus regulaciones hacia los países integrantes de la comunidad.

Surge la necesidad de llegar a un punto de equilibrio. La regla de responsabilidad tiene una primera función: resolver un conflicto de intereses mediante criterios plasmados por el legislador, la autoridad judicial o la administrativa (149). Es importante entonces, que ante ese conflicto se puedan generar formas efectivas de composición sea que las mismas provengan de las partes o de un tercero. Alpa resalta que como resultado de lo que él llama la “discusión contingente” que se desarrolló en Francia y Gran Bretaña, se ha producido una reflexión y cambio de ideas sobre los valores tutelados por el sistema de responsabilidad civil mientras que en Italia, hace ya tres décadas que ha quedado confirmado que dichos valores corresponden a las normas constitucionales de igualdad y solidaridad, a las normas que tutelan a la persona y limitan las actividades económicas privadas en función de la dignidad, de la seguridad y de la salud humana (150). Si bien las respuestas han surgido desde el ámbito civil, ha operado una suerte de configuración integrada del panorama de protección, tomándose del Derecho público y privado, como del derecho constitucional y administrativo, las valoraciones y regulaciones que resulten necesarias para la protección a las víctimas.

Coincidimos con Alpa y es evidente que en nuestro país opera una construcción jurídica similar. A tales valores, ha quedado incorporado también, esa especie de paradigma que para algunos es la eficiencia concebida como la óptima organización de la producción de los recursos (que en la sociedad moderna son cada vez más escasos) y de la distribución de los riesgos (151). Ciertamente, es un elemento a tomar en cuenta aunque no involucre considerar que el análisis de los costos y de los beneficios en el terreno patrimonial constituye objetivo absoluto del sistema de responsabilidad.

Como se explicó en las páginas anteriores, hay una percepción de las que serían las funciones tradicionales del sistema de responsabilidad civil, el que ha procurado básicamente la compensación, la búsqueda de un efecto disuasivo o *deterrence* por el que se pretende desincentivar las conductas inapropiadas y finalmente, el de la sanción. Luis Díez Picazo, expresa recogiendo lo dicho por S. Coderch y M. T. Castiñeira (152) en el sentido de que con las normas sobre responsabilidad civil, se establece una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos marcados por la protección a determinados bienes e intereses entrañando límites a la

148. Tal explicación se relaciona con el texto contenido en los artículos 8° y 9° de la Ley de Protección al Consumidor aprobada por Decreto Legislativo N° 716.

149. PONZANELLI, Giulio, *Ibidem*, p. 11.

150. ALPA, Guido, *Responsabilidad Civil y daño. Lineamientos y cuestiones, Ob. Cit.*, p. 63.

151. *Ibidem*, p. 63.

152. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial Civitas, 1999, p. 43.

libertad o auto limitaciones de la misma. Habría pues de por medio, una importante función de demarcación manteniéndose una función punitiva y otra preventiva (153).

Proporciona el Análisis Económico del Derecho, pautas de aplicación concreta o medible susceptibles de ser empleados en este contexto. Cooter y Ulen (154), resaltan que, en los primeros años del siglo XX, la teoría tradicional señaló que el ilícito extracontractual tenía tres elementos fundamentales: el daño, la relación de causalidad y el incumplimiento de una obligación legal. Estos mismos elementos, admitían bajo la citada forma de análisis, un razonamiento económico que a su vez, respondía a la percepción de la ley o las medidas adoptadas sea a través de la emisión de resoluciones judiciales o reglamentos, como incentivos para el cambio de conductas, para la estructuración y logro de políticas a través de la efectiva internalización de los comportamientos que causan perjuicios.

Bajo esa perspectiva, que solo se toma como instrumento de cuantificación y de demarcación de objetivos, el daño constituye *un descenso de la función de utilidad o beneficio de la víctima* (155) en donde al ideal de la compensación perfecta, que se busca alcanzar con la reparación, debe llegar a un grado tal que logre tasar el perjuicio intangible y el tangible de manera que los operadores no actúen de manera indiferente frente al daño. La indemnización deberá tener un contenido tal, que genere un incentivo a los agentes del mercado, para no dañar. Caso contrario, es previsible considerar que los daños se seguirán produciendo al no tener incidencia directa en el patrimonio de los responsables.

Asimismo, sobre la causalidad, la teoría tradicional vigente en los Estados Unidos de América, aludía a que debe ser posible atribuir la causa o la generación de un perjuicio, a una conducta del sujeto que actuó u omitió actuar en función de la proximidad de la causa antecedente que genera el perjuicio. Sin embargo, dicho elemento puede ser analizado a partir del reconocimiento de las funciones de los modelos económicos (156). Eso supone advertir que las preferencias del consumidor se describen por una función de utilidad que éste busca maximizar mientras que la tecnología del proveedor, se describe sobre la base de una función de producción en la que éste último, también procura la maximización de beneficios. Se daña a una persona cuando las variables que controla un sujeto, reducen su utilidad o producción. La causa constituye, entonces, una *externalidad*, o efecto no querido ni producido ni generado por un acto de la víctima o de un sujeto externo a la relación contractual, que generan un desmedro o un incremento de las funciones de utilidad o de producción interdependiente (157).

Por último, el elemento basado en el incumplimiento de una obligación, involucra en el Análisis Económico del Derecho, la necesidad de evaluar los incentivos que dicha regla crea para el consumidor y para el proveedor y los efectos a los que conduce la toma de precauciones. En esta tendencia, uno de los propósitos de la responsabilidad de los ilícitos, sería la de inducir a los victimarios a internalizar los costos que genera su conducta (158); la internalización se produce en la medida que se traslade y asuma eficazmente el sujeto responsable del daño, el costo o valor del perjuicio.

153. *Ibidem*, p.p. 44 a 48.

154. COOTER, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p.p. 11 a 21

155. *Ibidem*, p. 373.

156. *Ibidem*, p.p. 378 y 379.

157. *Ibidem*, p.p. 378 y 379.

158. COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Ob. Cit.*, p. 371.

Calabresi (¹⁵⁹) se pronuncia por una primera función, por la que el sistema debe procurar la reducción de la suma de los costos de los accidentes y de los costos de evitarlos. Se trata, pues, de una reducción "primaria" que puede lograrse mediante dos formas básicas, prohibiéndose o encareciéndose la realización de aquellos actos específicos o actividades que, se considera, son causa de los accidentes. Un segundo fin, apunta a la indemnización a las víctimas desde la perspectiva de los costos sociales derivados de los accidentes. Un tercero guarda relación con la reducción de los costos de administrar el tratamiento de los accidentes o costo de la eficiencia.

La funcionalidad del sistema hace necesario establecer mecanismos por los que los sujetos satisfagan sus intereses en conflicto sea por una vía directa a partir del resarcimiento por el daño a ellos causados, como indirecta, por la mejora del sistema general como resultado de una adecuada organización. Además de pretender la prevención específica y general como la consiguiente determinación de beneficios y costos, se busca el mayor bienestar neto posible al incentivar la reparación para los dañados sin dejar de lado el fin supremo de tal visión no exenta de utilitarismo: la felicidad del ser humano bajo condiciones de justicia.

Aunque esta frase nos retorne a uno de los conceptos propios del Análisis Económico del Derecho, como es el llamado *Óptimo de Pareto* (por el que la situación ideal u óptima se logra cuando se ha alcanzado un punto máximo de mejora de por lo menos la situación de uno sin empeorar la de otro), la referencia a la justicia impone pautas particulares por las que el bienestar de la comunidad no podrá basarse jamás en el abierto y deliberado ataque a los derechos de otros sujetos integrantes del grupo social (¹⁶⁰); sobre todo, será importante tener en cuenta que el ser humano es el centro, principio y fin del esquema de protección.

Creemos que ello es compatible con el esquema general de protección al consumidor el cual responde a una ideología colocada como cimiento sobre el que se levanta un modelo institucional y económico del Estado; en él, el individuo es un actor económico dotado de soberanía y poder pero también de racionalidad, quien a través de elecciones correctas, llega a la maximización de utilidades en condiciones de equilibrio y eficiencia (¹⁶¹). La argumentación supone un análisis económico de libre mercado diferente a la economía dirigida que, bajo una perspectiva intervencionista, asumía la responsabilidad por aquello que era mejor para los sujetos.

Conviene resaltar en todo caso, que los esquemas que propugnaron formas de paternalismo, han sido, por períodos, sustituidos por otros que reclaman al sujeto, asumir el propio control de sus decisiones y la defensa de sus derechos en condiciones de responsabilidad y soberanía. No nos oponemos y, por el contrario, creemos fundamental reforzar una propuesta que convierte a la persona humana en dueña de su destino en igualdad de oportunidades.

159. CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984, p. 44.

160. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, Segunda reimpression en español, 2000. No citamos una página en concreto pues creemos que a través de todo el texto se encuentran referencias en torno a la relación entre la justicia y la visión utilitarista que en nuestra opinión, sustenta muchas de las aproximaciones del análisis económico bajo una óptica de libre mercado: el hombre como sujeto económico absorbido por el valor de lo útil. Para la ordenación y mejor revisión de estos conceptos en el terreno de la filosofía, se puede revisar el texto de REALE, Miguel, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 1979, p.p. 193 a 201.

161. COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Ob. Cit.*, p. 24.

4.2. Aspectos de la protección en sede judicial.

4.2.1. Acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional.

Ante conflictos que involucran la vida misma, como son los de daños por el uso y consumo de los productos, es interesante conciliar las propuestas de alcanzar la paz social en justicia, mejorando las reglas de acceso a la justicia y observancia de la tutela jurisdiccional. Tales ideas son contempladas como un principio y derecho de la función atribuida al Poder Judicial en el artículo 139°, numeral 3) de la Constitución Política vigente. De hecho, como resalta Víctor García Toma, lleva ésta "a la posibilidad concreta y real de someter un derecho en disputa a la decisión del Órgano Judicial, para que sea dirimido con celeridad, idoneidad y moralidad, esto es para que se pueda hacer realidad el derecho material en un caso particular y específico" (162). Este ha sido un logro en el campo de los derechos humanos que hoy colocamos en el terreno constitucional, surgiendo de instrumentos jurídicos destinados a garantizar que tanto el órgano Judicial como quienes recurren a él, logren una respuesta efectiva del poder constituido para administrar justicia.

El derecho de acceder a los tribunales en condición de igualdad y a ser oído públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, consta en el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en donde aparece que toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. En el ámbito normativo nacional, como ya indicamos, se ocupa de tal principio y derecho constitucional, el artículo 139°, numeral 3) de la Constitución Política peruana, reuniendo la observancia del debido proceso con el acceso a la tutela jurisdiccional. Sobre el particular, resalta Marcial Rubio, que el debido proceso representa el cumplimiento de todas las garantías y todas las normas de orden público que corresponde aplicar al caso concreto, involucrando la aplicación del principio de igualdad y, en general, la justicia en un proceso (163). Destaca, que la tutela jurisdiccional constituiría con la observancia del debido proceso, un solo cuerpo de derechos con dos nombres distintos, que suponen, la satisfacción efectiva de los fines del derecho y la realización de la paz social a través de la vigencia de las normas jurídicas (164).

Aunque no es el objetivo de este trabajo, el tratar a fondo el acceso a la tutela jurisdiccional, creemos que es importante seleccionar de tal concepto, las posibilidades en el ámbito del derecho de consumidor para reclamar y obtener justicia en sede judicial eliminando o minimizando aquellos obstáculos que impidan llegar a ser oído, obtener una sentencia e impugnarla y hacerla cumplir. Aunque es clara su vinculación con los aspectos generales del angloamericano *Debido Proceso Legal* o *Due Process of Law* pues los anima el mismo origen y finalidad del proceso judicial jurisdiccional (165), el acceso a la tutela jurisdiccional se orienta concretamente, a exigir y contar con

-
162. GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Tomo II, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998, p. 462.
 163. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 55.
 164. *Ibidem*, p.p. 63 y 64. Dicho autor, recoge los comentarios de Madeleine Heredia quien a su vez, cita a Couture.
 165. QUIROGA LEÓN, Aníbal y otros autores, "Las garantías constitucionales de la administración de justicia", en *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad y la

mecanismos de llegada y de obtención de resultados, sean afirmativos o negativos, ante la autoridad judicial mediante los procedimientos que especifica la Constitución y la ley, siendo su observancia, una parte de las garantías del debido proceso.

A partir de los postulados constitucionales, el Artículo I y siguientes del Título Preliminar del Código Procesal Civil, regulan, respectivamente, el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o la defensa de derechos o intereses, lo que debe producirse con sujeción a un debido proceso. En ese contexto, descansa en el Juez, como parte del órgano encargado de ejercer la potestad de administrar justicia, la dirección e impulso del proceso según señala el Artículo 138° de la Constitución Política y Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Como precisa el Artículo III del Título Preliminar antes indicado, la finalidad concreta del proceso es la de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, logrando la paz social en justicia. Ello involucra buscar un equilibrio de fuerzas que propicie, en el tema que nos ocupa, conductas adecuadas del consumidor y del proveedor para prevenir, controlar y solucionar los conflictos en el terreno de la responsabilidad por productos.

Tal equilibrio se desarrolla considerando las diferencias entre el consumidor y el proveedor por lo que, según lo previsto en el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor de nuestro país, las regulaciones de protección para dicho consumidor, serán interpretadas, en este caso por el Juez y/o por la autoridad administrativa, en el sentido adjetivo y sustantivo, que resulte más favorable al consumidor (166).

José B. Acosta (167), sobre la tutela procesal de los consumidores, destaca el proceso histórico del surgimiento del derecho a la tutela jurisdiccional en su relación con la progresiva prohibición de la auto tutela (entendido en el sentido de tomar la justicia por “la propia mano”) y en su sustitución por la justicia pública. Ello supone reconocer los derechos básicos del justiciable a los tribunales, a la instancia o derecho al proceso y a la acción, planteada en un derecho a una tutela jurisdiccional concreta. El primero, está plasmado en el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978 como un derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso se deba producir “indefensión” (168). Sería un derecho subjetivo público de naturaleza procesal, a una sentencia sobre el fondo de la controversia, sea que se admita o rechace una pretensión. A su vez, el derecho de acceso a los tribunales, es la base de la instancia o del derecho de acceso al proceso de carácter subjetivo y naturaleza procesal.

Sin embargo, es interesante delinear y sugerir un concepto amplio de acceso a la justicia sobre todo en situaciones que, como en el caso de la responsabilidad civil en general y la de la de productos, en particular, exigen armar un modelo económico o de

Fundación Friederich Neumann, 1989, p. 303. Aníbal Quiroga considera que son asimilables los conceptos de acceso a la tutela jurisdiccional y debido proceso. Norbert Lösing, al resaltar diferentes fallos dictados por el Tribunal Constitucional Alemán, destaca una de 20 de junio de 1995 que parece asimilar ambos conceptos al ocuparse del acceso a la vía judicial y el debido proceso o “fair trial” con relación a que en las sentencias sobre demandas de derecho civil, no es obligatorio conceder información sobre los posibles recursos contra los fallos. En *Jurisprudencia*

166. Conviene tener en cuenta, para tal efecto, la modificación al Decreto Legislativo N° 716-Ley de Protección al Consumidor, realizada por el artículo 1° de la Ley N° 27251 de 07.01.2000.
167. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Tutela Procesal de los consumidores*, José Marí Bosch Editores, S.A., Barcelona, 1995, p. 71.
168. *Ibidem*, p. 72. La Constitución Peruana de 1993, en su artículo 139°, numeral 3), se limita a reconocer el derecho a la tutela jurisdiccional sin añadir la palabra “efectividad” que sería altamente deseable no solo agregar sino sobre todo, internalizar en los operadores del sistema.

bajo costo, rápido y eficiente en la reparación y en la prevención. Si bien, es indudable que reposa en el Poder Judicial, la potestad de administrar justicia de acuerdo al precepto constitucional y que de ello provienen principios y derechos de declararla con carácter final incuestionable, hay conflictos que pueden diluirse o solucionarse si modificamos nuestra percepción como el modelo de acceso a soluciones de paz en justicia hacia un sendero diferente al del Poder Judicial.

Conviene, pues, recordar que el acceso a decisiones justas para las partes, puede alcanzarse a través de mecanismos adicionales a los que ofrece dicho aparato; son modelos, la conciliación, el arbitraje y otros, lo que hace que determinadas formas de satisfacción del interés y la preocupación por la reparación a las víctimas, también pueda ser manejado con un espectro mayor de autoridades e instituciones públicas y privadas como por empresas involucradas en la problemática. Es importante considerar la posibilidad de solucionar los conflictos con auspicio público y privado, logrando la ventaja mutua o el logro de un interés cooperativo eliminando el producto defectuoso.

Hay que reconocer que la búsqueda de la justicia en sede judicial, contiene una percepción de litigiosidad (y lamentablemente, de frustración por el tiempo que tardan los procesos en nuestro país y la poca certeza que hay en torno a los resultados) y, si bien el acceso a la justicia en dicha sede, tiene relación con la vigencia de un régimen de libertades individuales, no se ha llegado a fijar adecuado equilibrio entre ésta y la responsabilidad también individuales y colectivas, que corresponde al sistema y a los operadores del derecho, respecto del litigio dilatorio y malicioso (169). Como es lógico, se trata de reconocer que la autoridad judicial, al intervenir en un conflicto, lo resuelve

-
169. La litigiosidad, entendida como una tendencia a llevar a los tribunales los conflictos o las disputas, ha sido considerada por muchos, como uno de los rasgos singulares de la civilización occidental. Richard Kagan, en la introducción de su interesante libro *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Salamanca, Junta de Castilla y León, 1981, destaca el hecho de que para los historiadores de la China o el Japón, mientras los occidentales recurrían a la sentencia judicial, en tales sociedades, la manera de zanjar las disputas era la conciliación fuera de los tribunales. *Ob. Cit.*, p. 21. Sin embargo, rescata Kagan que la comparación no fue del todo justa pues el camino de los tribunales en Occidente y en Oriente, eran una segunda opción. La diferencia radicaría en las características del entorno que rodeaba al conflicto. Lo que habría ocurrido es que ni los chinos ni los japoneses mostraron tanta afición a los pleitos como los europeos, especialmente en las últimas cinco o seis centurias. Los litigios existían pero no habrían llegado a constituir una actividad ni frecuente ni tampoco se generó una clase profesional tan numerosa ni tan especializada como ocurrió en Occidente. Las posibles explicaciones que brinda el autor, se relacionan con el hecho de que el pleito es fundamentalmente, un ejercicio del derecho, sobre todo del privado, que garantiza al individuo ciertos privilegios y facultades. En Oriente, el derecho privado apenas existía y, su ausencia determinaba que los conflictos por más simples que pudieran ser, fueran tratados en el ámbito de lo público. Al mismo tiempo, por su tradición filosófica, toda discordia entre humanos, alteraba el orden y la armonía naturales del universo generando un castigo público. La propia justicia habría disuadido a los interesados de buscar por la vía legal, la solución de las disputas. Finalmente, la proliferación de pleitos fue combatida por leyes que castigaban a quienes fomentaran los litigios o se beneficiaban de su manejo. De todo ello, se puede advertir que la profesión jurídica, tanto en China como en Japón tuvo escaso desarrollo. Para Kagan, frente a Oriente, en Occidente, la esencia misma del *ius* definido primero por los griegos, reconocía derechos naturales que llevaban conexas, libertades que permitieron el desarrollo del derecho privado. La litigiosidad ha mantenido relación con un régimen que concedía mayor importancia a los derechos que a las responsabilidades individuales, incentivándola de manera indirecta. El libro de Kagan, da cuenta del afán litigante de la época en un período importante para la América hispana en la medida que corresponde al de colonización española. Todo indicaría que además de numerosos valores, nos llegó también, la herencia litigiosa europea y concretamente, la española-castellana.

de modo definitivo y con todas las potestades, tal y como consta en los artículos 138° y siguientes de la Constitución Política de 1993 y, en general, en el ordenamiento jurídico procesal. Proyectar la solución de las discrepancias considerando solo a través del Poder Judicial, representa ignorar la sobrecarga de trabajo que afecta a los jueces del mundo pero que resulta notoria, sobretudo, en países del tercer mundo, con economías de recursos públicos escasos para solventar el número requerido de juzgados y su absoluta especialización en diversas materias, con auxiliares igualmente conocedores (con remuneración apropiada), un aparato complementario y moderno en el terreno de la administración que va desde el manejo documentario al cualitativo referido a la solvencia sobre la materia en controversia, de manera tal que la justicia sea previsible, barata y eficiente.

Aunque este es un ideal que no debe ser perdido de vista, también es importante asumir que cada institución pública pueda constituirse en vehículo de acceso a la justicia interviniendo para minimizar y solucionar conflictos que, en el caso del vinculado al fenómeno del consumo, son recurrentes y, en ocasiones, se presentan con conflictos de bajo monto si se atiende a la individualidad, pero, al mismo tiempo, con facetas de trascendencia fundamental al relacionarse con el derecho a la vida, a la salud y al bienestar general, impactando en personas de bajos recursos para enfrentar un litigio judicial frente a proveedores de mejores opciones económicas con mayor información pero con posibilidades de acceso a una mejor calidad de defensa legal y de recursos para pagar los costos del proceso.

Conviene reforzar el aprendizaje que minimice la tendencia a la litigiosidad y la reemplace por una "descentralización" y desjudicialización de los servicios por el camino de la negociación directa asistida y/o la conciliación además del arbitraje (del que nos ocupamos más adelante), pero no necesariamente como paso previo a un proceso judicial, sino como política permanente internalizada y adoptada por todos, sean sujetos públicos o privados vinculados a los daños por productos y, en general, para temas sensibles para la población al que se provea de un efectivo régimen de coerción supervisado por Indecopi. No creemos que una propuesta que asume la búsqueda de verdadera paz, del fortalecimiento de una cultura de conciliación permanente, tenga que considerar que el acceso a la tutela en procura de obtener justicia, sea siempre y para todos los casos, de carácter jurisdiccional.

La noción de acceso a la justicia que trabajamos es una real, eficaz y efectiva mediante creación de oficinas de asesoría y atención de conflictos por la vía de la conciliación la que sin ser necesariamente obligatoria, al ser especializada.

Quizás, lo más difícil de la propuesta, sea considerar un cambio de mentalidad general de acceso a la justicia, manejando pro activamente, el aprendizaje anteriormente realizado. En este sentido, corresponde a los poderes públicos y privados, asumir el papel de planificadores, gestores y ejecutores de políticas de transmisión e intercambio de información y de actividades orientadas a arreglar los diferendos, sea desde el gobierno central, regional o local en atención a la problemática del consumidor, diluyendo paulatinamente, la necesidad de recurrir a la autoridad judicial. Aunque como indicamos, introducir este aprendizaje, supone un reto de proyección integral (170), superar esta etapa, representaría un verdadero avance en una teoría con nuevos

-
170. Las diferentes teorías psicológicas sobre el aprendizaje reconocen como una de sus características, la de reflejar efectos concretos o visibles y permanentes, en la vida de las personas, siendo fuertemente interferido y también incentivado por nuestras motivaciones, convicciones y concepciones originales, muchas de las cuales, forman estructuras mentales que no son modificadas con facilidad. Ello ocurre, aún cuando, en la práctica, de manera consciente, sea posible reconocer y hasta demostrar que tal o cual aprendizaje adoptado y aplicado, es negativo para las personas y la sociedad. El enfoque constructivista, que es el que actualmente

valores orientados a la maximización de los recursos individuales y colectivos procurando la paz en justicia aunque fuera de la sede judicial y con carácter lógicamente revisable (171). En este caso, es la ley la que conferiría determinadas consecuencias y valor a esta forma de apoyo, debiendo asumirse el complemento

domina la psicología del aprendizaje, reconoce en la persona, la capacidad de ser un constructor de significados, con incidencia directa y activa en el aprendizaje. En este ámbito, es importante asimilar la importancia de trabajar por armar e internalizar en la población, esquemas dinámicos sobre el acceso a la justicia por la vía de la conciliación y el arbitraje a bajo costo, que gocen del respeto e impulso de los entes públicos y privados, en los conflictos relacionados con la vida e integridad de las personas. La política que se establezca pero sobre todo, los resultados concretos de la misma, tienen además, un impacto en el aprendizaje de la población, sea para reforzar el respeto o confirmar el desprecio o fracaso de las políticas y la positiva o negativa actuación de las instituciones y autoridades del país en la protección de las víctimas de los productos defectuosos. Aunque seamos capaces de formar y construir nuestras propias respuestas para tratar un problema, es indudable el papel que juegan en las relaciones personales, el establecimiento de modelos y la reconstrucción social de conceptos para llegar a una auto-regulación o auto-eficacia. En esta línea, aunque no con una perspectiva constructivista, Albert Bandura, resaltó el aprendizaje por observación de conductas del entorno o representación vicaria en donde el ingrediente de éxito por una conducta ejercida (bueno o malo para la sociedad al provocar la reducción de los conflictos o al incentivarlos) se constituye en un incentivo importante para la imitación de dicha conducta o su repetición. El modelamiento entonces, se refuerza o debilita por el éxito o el fracaso del productor cuidadoso o del infractor descuidado o malicioso. La falta de adecuada sanción para quien contraviene la normativa de protección al consumidor, de un fabricante deshonesto o doloso o abiertamente negligente (que nunca es sancionado ni por la autoridad administrativa ni por la judicial u obtiene indemnizaciones diminutas), generan una asimilación social y multiplicadora de tal conducta, que es vista como exitosa (y digna de imitación) en tanto se logró el objetivo de infringir la regulación y hasta ganar dinero o eludir una sanción sin consecuencias notorias. Pese a reconocer el papel que juega la observación en el aprendizaje, Bandura resalta también la posibilidad de que las personas reaccionen o forjen una noción de auto-eficacia para manejar el nuevo o viejo conocimiento y dominar los retos de su entorno. En todo caso, la auto-eficacia no aparece fácilmente, en nuestra opinión, cuando los mensajes son repetidos de manera continua. Se pretende resaltar que los cambios que a través del Derecho se pretenda imponer, no incluyen únicamente, la dación de normativa deseable sino la comprensión de los factores que, como seres humanos, rodean nuestras elecciones. Así, un Poder Judicial cuyas sentencias fijan reparaciones insignificantes, que demora en dictar medidas tendientes a reparar a las víctimas o no comprende la materia en controversia por falta de especialización, incentiva la producción de daños por la vía de la observación de la población a la que está sometida y la asimilación del éxito que tiene el causante del daño o por la construcción equivocada de significados en donde es tonto e ineficiente quien respeta la normativa. Para estos temas, se puede recurrir a BANDURA, Albert y Richard WALTERS, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Madrid, Alianza S.A., 1963. BANDURA, Albert, *Pensamiento y acción. Una teoría social cognitiva*, Madrid, Martínez Roca, 1963, BANDURA, Albert, *Self-Efficacy. The exercise of control*. Stanford University, W.H. Freeman and Company, 1997.

171. Se apunta a dependencias previamente determinadas, en coordinación con Indecopi, conformen una red de atención al consumidor con incidencia en la problemática de la producción defectuosa, destinadas a que personal preparado procure la solución de conflictos por la vía de la orientación y la conciliación. En todo caso, la teoría, supone que toda persona que integre organismos que presten servicios públicos y se relacionen con tal categoría de problemas, esté preparada para brindar una atención esmerada y sensible desde el momento mismo de la consulta. El objetivo es atender con celeridad una problemática cuya solución, no puede ser hallada en la autoridad judicial, pues a ella se llega regularmente si se tiene tiempo, dinero y paciencia.

analítico bajo principios jurídicos de interpretación a favor de la protección al consumidor o a la víctima real o potencial.

Internalizar una cultura no es un trabajo de corto plazo. Se trata de crear bajo el apoyo o supervisión de Indecopi, criterios predecibles para la asesoría, una clara vocación de servicio y de ética en los servidores y funcionarios de la Administración y, según el caso, de organismos y empresas privadas, creando los incentivos por la participación en proyectos sometidos a revisión continua.

Como explicamos al tratar el caso de los Estados Unidos de América, su régimen a sido criticado por su marcado carácter adversarial o contencioso. A pesar de lucir atractivo para los que alcanzan el éxito en un proceso, para muchos, hay la percepción que éste genera un temor generalizado a las demandas con altos costos del litigio y resultados imprevisibles.

Constituye una realidad el elevado número de pobladores peruanos sometidos a extrema pobreza, siendo difícil considerar que ellos puedan acceder a los servicios básicos para identificar y reclamar ante un daño generado por los defectos de los productos cuando su interés fundamental es sobrevivir aunque sea evidente que, en el primer caso, también aludimos a la sobre vivencia.

Un ejemplo de una noción amplia de acceso a la justicia, se presenta en el Derecho administrativo a partir de la intervención de los sistemas de quejas para el consumidor e inclusive, del camino de la conciliación como paso previo, en las reclamaciones presentadas a la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi. Es posible hallar en su propuesta, puntos de contacto con la que ahora manifestamos, tendientes a articular la reparación a las víctimas y la solución de los conflictos por la vía del acuerdo. Multiplicar tales formas de atención, es el eje central de la presente propuesta.

La acción administrativa, no obstante reprimir las infracciones del proveedor (lo que la acerca al tratamiento penal), se muestra más permeable a la celebración de acuerdos conciliatorios, a otras formas de solución de conflicto, y en general, a un tratamiento que facilita la reparación por la vía de la negociación entre las partes, proveedor y consumidor. En este caso, es posible que el acuerdo directo entre la víctima y el responsable, evite el avance de un procedimiento, salvo casos límites o extremos, en los que, sin embargo, la reparación por parte del proveedor responsable, puede minimizar el daño y permitir la atenuación de la sanción administrativa conforme al artículo 41° de la Ley N° 27311, modificatoria del artículo 41° de la Ley peruana de Protección al Consumidor aprobada por el Decreto legislativo N° 716.

Lo ideal es que, al plantear un esquema de protección, se procure la defensa en materia de reparación civil, para los sectores más débiles de la población y al mismo tiempo, procurar la mejora de la producción en el país, por la vía de la ubicación y eliminación del mercado del producto defectuoso sin "ahogar" a los productores a partir de un intervencionismo excesivo y una regulación absurda.

Siguiendo la revisión de lo que otras ramas del derecho ofrecen, aunque en el marco de la atención jurisdiccional, conviene señalar la propuesta que el Derecho penal muestra en torno a una elogiosa tendencia de atender a la reparación eliminando la discusión sancionatoria en casos particulares que no supongan la afectación de los objetivos de prevención general de la criminalidad. La esencia del papel punitivo del Estado como medio formal de control social para comportamientos que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos precisados por el legislador, centra la investigación en la determinación del carácter culpable de la conducta y en la respuesta del aparato judicial, proscribiéndose la responsabilidad puramente objetiva. En tal contexto, el ejercicio de tal potestad bajo criterios de humanidad y proporcionalidad, como el debate sobre los límites al derecho a castigar, suelen opacar la función resarcitoria. La reparación civil se determina conjuntamente con la pena, de acuerdo al artículo 92° del

Código penal peruano; Pero, en la práctica, la determinación de la culpabilidad del imputado, es la mayor preocupación del juzgador y la determinación de la indemnización carece de tecnicismo y eficacia. Por el principio de oportunidad, previsto en el artículo 2° del Código Procesal Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 638, se ha permitido la abstención de la denuncia por parte del Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado y, en los supuestos de los numerales 2) y 3) del citado artículo, cuando se trata respectivamente, de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia, no afecten el interés público siempre que la pena mínima no supere los dos años de pena privativa de la libertad y siempre que no haya sido cometida por funcionario público en ejercicio de su cargo; y, cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínima, salvo que, como en el caso anterior, la pena mínima no supere los dos años de pena privativa de la libertad y que no haya sido cometida por funcionario público en ejercicio de su cargo. Es obvio que también, en tales casos, podría darse una afectación de intereses de los consumidores derivados de la responsabilidad por productos defectuosos, siendo posible que en aras de la reparación, se admita las indicadas opciones.

Hay en el derecho, áreas que llevan conexas a su expresión sustancial, una expresión práctica. Creemos que la responsabilidad civil en áreas como la que nos ocupa, goza de ese atributo. La construcción de una propuesta en el terreno procesal, puede ser realizada en directa conexión con su concepto. De hecho, las respuestas dinámicas dadas por las autoridades judiciales en el ámbito mundial, ha tenido como motor, la necesidad de protección concreta a los consumidores.

Interesantes trabajos como los de Mauro Capelletti y Bryant Garth (172), resaltan la conveniencia de aproximarnos al conocimiento de la realidad y conocer los costos y los beneficios concreto de la aplicación de los sistemas jurídicos modernos, introduciendo una noción de igualdad, eficacia y eficiencia. Así, precisan estos autores (173):

"Ningún aspecto de nuestros sistemas jurídicos modernos es inmune a la crítica. Una y otra vez se pregunta cómo, a qué precio y a beneficio de quién realmente funcionan. Este tipo de cuestionamiento fundamental, que ya es muy perturbador para muchos abogados, jueces y estudiosos del derecho, se vuelve aún más alarmante por una invasión sin precedentes del campo tradicional de la profesión jurídica, entre otros, por sociólogos, antropólogos, economistas, politólogos y psicólogos. Sin embargo, no debemos resistir a nuestros invasores sino antes bien respetar sus aportaciones y responderles creativamente. Al conocer el verdadero funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos, los críticos que están dentro de las ciencias sociales pueden, de hecho, volverse nuestros aliados en la fase más reciente de la larga lucha

172. CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH, *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 9.

173. Dicho trabajo fue el fruto de un proyecto de cuatro años de investigación comparativa; el "Proyecto Florencia para el Acceso a la Justicia" fue patrocinado por la Fundación Ford y, con un enfoque más local, por el Consejo Nacional Italiano de Investigación. El trabajo sirvió como informe general para presentar los cuatro tomos del Proyecto. Los tomos, que publicaron las editoriales Sijthoff (Leyden y Boston) y Giuffre (Milán). bajo la dirección de Cappelletti, son: tomo I, *Access to Justice: A World Survey* (compilado por Cappelletti y Garth); tomo II, *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (compilado por Cappelletti y John Weisner); tomo III, *Access to Justice: Emerging Perspectives and Issues* (compilado por Cappelletti y Garth), y tomo IV, *Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (compilado por el profesor Klaus-Friedrich Koch). Pero el trabajo, se apoyó en otros anteriores que son citados en la obra antes mencionada. *Ibidem*, p.p. 9 y 10.

histórica: la lucha por el "acceso a la justicia". Es esta lucha, como se refleja en los sistemas jurídicos modernos, el enfoque básico de este trabajo y el comparativo Proyecto de Acceso a la Justicia que ha producido.

Las palabras "acceso a la justicia" no se definen con facilidad; pero sirven para enfocar dos propósitos básicos del sistema jurídico por el cual la gente puede hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios generales del Estado. Primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente, justos. Nuestro enfoque, en este caso, será en especial sobre el I primer propósito, el acceso, pero necesariamente tendremos en cuenta el segundo. De hecho, una de las premisas básicas será que la justicia social, como la buscan las sociedades modernas, presupone que todos tengan un acceso efectivo a la justicia."

Al igual que concepto de responsabilidad civil, ha sufrido similar mutación el de acceso a la justicia. En opinión de Cappelletti y Garth (174), estos cambios trascendieron a la enseñanza y la investigación del procedimiento civil. En los Estados liberales "burgueses" de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, los procedimientos para los litigios civiles se inspiraron en una filosofía fundamentalmente individualista de los derechos que por entonces prevalecían (filosofía que animó, en general, al derecho civil y a la responsabilidad civil en concreto). Aunque se reconocía que el acceso a la justicia podía ser un "derecho natural", se afirmó que ellos no exigían una acción pública o estatal afirmativa para su protección por ser anteriores al Estado y por el hecho de que, para su conservación, se requería solamente que el Estado no permitiera que fueran infringidos por otros (175). Sin embargo, era obvio que una premisa de este tipo, conducía a una actitud pasiva del aparato estatal con relación a problemas como la capacidad que, en la práctica, tuviera una parte para reconocer sus derechos y hacerlos valer o defenderlos de manera adecuada. Decían los citados juristas, que "La justicia, como otras mercancías en el sistema de *laissez-faire*, sólo podía ser comprada por aquellos que pudieran pagar su costo; y los que no pudieran hacerlo eran considerados como únicos responsables de su destino. Es decir, existía un acceso a la justicia que era igualitario de derecho, mas no de hecho." (176)

Hasta hace unos años, con raras excepciones, los estudiosos del derecho no se habían preocupado de la realidad que rodea el sistema judicial. De hecho, esa preocupación solo aparece cuando, por los medios de comunicación conocemos de casos que causan escándalo. La visión fue más bien estática, pero sobre todo irreal al asumir que solo había que variar la normativa para generar un resultado. Entre muchas distorsiones, se ha planteado una igualdad que estaba y está lejos de existir en la práctica por las diferencias entre potenciales litigantes en el acceso práctico al sistema o a la disponibilidad de recursos para el litigio (177). La investigación misma del tema, "era típicamente formalista, dogmática y alejada de los problemas reales de la justicia civil. Tanto en el derecho material de la responsabilidad civil y su aplicación como, en general, lo relativo a la problemática del acceso a la justicia, ha sido tratado como una simple exégesis. Pero, como indicamos, en la medida que las sociedades de *laissez-faire* crecieron en tamaño y complejidad, el concepto de los derechos humanos ha sufrido una transformación radical que se ha traducido en una colectivización de las acciones.

174. *Ibidem*, p. 11.

175. *Ibidem*, p.p. 11 y 12.

176. *Ibidem*, p.p. 11 y 12.

177. *Ibidem*, p.p. 11 y 12.

Todo este proceso, ha concluido en el rol dinámico del Estado para asegurar el goce o disfrute de estos derechos sociales básicos por todos, recibiendo su cuota de necesario "realismo" (no al estilo de Kelsen), la visión del derecho al acceso efectivo a la justicia. Si asumimos que es fundamental para la sociedad, fijar una efectiva y eficiente concepción de responsabilidad civil, es lógico suponer que ella no puede desprenderse de una propuesta que dote a los individuos de derechos sustantivos y adjetivos concretos. En este contexto, el acceso efectivo se ha ganado reconocimiento como derecho de rango e importancia capital entre los nuevos derechos individuales y sociales.

Como pasaremos a exponer, en el ámbito mundial, las cortes que han intervenido en diferentes procesos de responsabilidad civil, han admitido la constitución o fijación de mecanismos procesales tendientes a minimizar lo que se reconoce como obstáculos en el acceso a la justicia.

Se considera que las principales limitaciones se relacionan con los elevados costos de muchos litigios si se considera desde el punto de vista del demandante; lo pequeñas que son muchas peticiones en la rama del Derecho de consumo pero lo significativas que pueden ser si se tiene en cuenta su carácter masivo o sucesivo; el tiempo que tardan los litigios; las diferencias de poder entre los litigantes que, a su vez, se materializa en una diferente situación económica y e información relevante entre proveedores y consumidores, en la eficiencia para reconocer y hacer valer una demanda o defensa (en donde los proveedores pueden exhibir profesionales con mayor destreza jurídica pero también, un mayor y mejor manejo del tema técnico; los problemas que enfrentan los "litigantes ocasionales" frente a los llamados "repetitivos" en términos de costos y beneficios, aludiendo también, al problema que plantea la atención de los intereses difusos los que comprometen a una amplitud de sujetos y, al mismo tiempo, un interés individual que muchas veces, resulta pequeño para incentivar el inicio de demandas (178). Estas son solo rutas que hallen a través de lo que aparece en las siguientes páginas, los vehículos adecuados para su consolidación.

4.2.2. Los intereses difusos en el ámbito nacional. Los conceptos de interés, legitimidad y acción.

La necesidad de satisfacer los intereses en juego, como son el derecho a consumir productos seguros e idóneos, nos conduce a complementar la visión de la responsabilidad civil con el tratamiento de los mecanismos procesales de acción en la que los sujetos, puedan prevenir el consumo de lo defectuoso y/o permitir la reparación de los daños. Tal búsqueda, ha despertado la atención de los entes públicos y privados para llegar a una solución pacífica e institucional ante la incertidumbre, los conflictos de intereses y derechos aparentes (179).

-
178. Cappelletti y Garth también se han ocupado del tema diseñando este listado de limitaciones. *Ibidem*, p.p. 13.
179. GONZÁLES MORALES, Felipe y otros, *Las Acciones de Interés Público, Argentina, Chile, Colombia y Perú. Ob. Cit.*, La cita corresponde a un artículo de Felipe González denominado "Relatoría General Proyecto sobre acciones de interés público", por el que se comenta la posición que sobre el tema tuvo la relatoría peruana y en concreto, el trabajo de GONZÁLES, Gorki, "Las acciones de interés público en el Perú: Relatoría General peruana", Lima, 1996.

Las nociones de interés y legitimidad como el de acción han sufrido cambios a través de la historia revelando de esta manera, el objetivo de facilitar la solución de los conflictos y la dilucidación de la incertidumbre sobretodo, frente a áreas jurídicamente relevantes.

Con relación a este tema, el primer párrafo del Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano, alude a lo que Juan Monroy denomina *principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico* y, de manera concreta al *de iniciativa de parte* (180), el cual especifica, según expresiones literales, que el proceso se promueve, como regla, a iniciativa de parte, la que debe invocar interés y legitimidad para obrar. La regla revela su excepción, señalada por el mismo artículo, para quienes, por mandato legal, no requieren invocar dicho interés y legitimidad; es decir, el Ministerio Público, el procurador oficioso y quien defiende intereses difusos.

Por otro lado, conforme al artículo 2° del Código Procesal Civil, por el derecho de acción, todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Añade el segundo párrafo del citado artículo 2°, que por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil, tiene el derecho de contradicción, destacando el artículo 3° del código indicado, que los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil, no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previsto por el código. El derecho de acción es tratado en extenso más adelante, siendo ampliamente difundidas, las raíces constitucionales que lo sostienen. El de contradicción, goza de similares beneficios; involucra la correlativa y equitativa posibilidad de ejercer el derecho a accionar pero en respuesta a otra acción, por lo que, imperando la misma razón, es lógico que impere el mismo derecho para atribuirle similares prerrogativas aunque sin perder de vista sus características fundamentales. Dicho derecho, hace sujeto activo del mismo al demandado o imputado, vinculándose al derecho a obtener la decisión justa del litigio que se plantea o la imputación que se formula, y que se fundamenta en el derecho a ser oído, a defenderse, alegar, probar e interponer los recursos procesales reconocidos por el sistema jurídico.

Un primer término de necesaria aclaración, es el enunciado en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil; nos referimos al de *interés* confrontándolo con el *interés difuso*.

La noción de *interés*, implica considerar una concepción cuya importancia y validez general tiene carácter "metajurídico" al surgir de la filosofía aunque en función del análisis jurídico, sea posible su incorporación concreta en este ámbito (181). El Diccionario de la Lengua Española ha resaltado entre varias definiciones, una en la que se entiende por tal, a "la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que le atrae o conmueve" y la "conveniencia o beneficio en el orden moral o material" (182). Acosta Estevez, recoge esta noción al señalar que es interés "la inclinación o dirección volitiva hacia un bien de la vida que se estima

180. Se puede revisar en este sentido, los numerosos trabajos de MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Derecho Civil*, Temis-Estudio de Belaunde y Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, Tomo I, 1996, p. 88. MONROY GÁLVEZ, Juan, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Fondo de Cultura Jurídica, Trujillo, Volumen I, 1995, p.p. 12 a 14. MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Civitas, 1994.

181. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p. 24.

182. *Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima Edición, Tomo II, 2001, p. 1290.

adecuado para la satisfacción de una necesidad” advirtiendo coincidencias en las distintas proyecciones del término, permiten considerar cierta unidad en su calificación o un concepto unitario de lo que concebimos como interés (183).

Francesco Messineo (184) vincula el término con el concepto de derecho subjetivo subrayando que "interés es la exigencia de que se consiga uno de los llamados bienes jurídicos y la tensión de voluntad para la obtención de aquél. El derecho subjetivo es concebido, precisamente, como medio para la satisfacción de los intereses (lícitos) del sujeto (titular del derecho)".

Priori Posada (185), al comentar el Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, rescata de la noción de interés allí utilizada (que aludiría a un interés sustantivo y no procesal), el hecho de que como resultado de la vida en sociedad, hay necesidades a satisfacer con determinados bienes hacia los que se orienta esta disposición. Recordando lo dicho por Messineo, menciona que a la *relación de tensión* que se presenta entre el requerimiento o las necesidades y su satisfacción, se denomina "interés", en la Teoría General del Derecho.

Para el citado Messineo, el interés, analizado en términos generales, es elemento propio de todo derecho subjetivo, pudiendo ser individual o colectivo. Destaca que, de ordinario, el interés colectivo es general o público (en cuyo caso, corresponderá un derecho subjetivo público) pero puede ser privado (interés de grupo) y en este caso, corresponderá a un derecho subjetivo privado que, a su vez, puede tener carácter individual o de naturaleza colectiva (186).

El término *interés*, sin embargo, es utilizado de manera reiterada, en el ámbito procesal y en su proyección pública y privada. Sobre el particular, Juan Monroy, al desarrollar los conceptos básicos o elementales del proceso civil, empieza por recordar que éste, el proceso civil, existe solo porque en la realidad, se presentan conflictos de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica que urge resolver o despejar para que haya paz social en justicia (187). Este es, un presupuesto material de la jurisdicción civil que determina la existencia de una relación jurídica procesal válida. Se puede presentar una confluencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico y el intento de uno de primar sobre el otro u otros, y una resistencia de quien se opone al interés ajeno; la incertidumbre jurídica se basa en la ausencia de convicción o reconocimiento social sobre la vigencia o eficacia de un derecho.

Por otro lado, frente a esa categoría, se presentan, según el mismo Monroy, elementos trascendentes para el decurso normal del proceso (188) que conforman las llamadas *condiciones de la acción*, o, con más propiedad, reglas básicas o requisitos procesales que permiten al juez expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo (189). Ellas son, la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimidad para obrar. De lo mencionado, nos interesan estas dos últimas acepciones de las que se debe estar investido para participar en un proceso conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

183 . ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p.p. 24 y 25.

184. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europeas América, 1979, tomo II, p. 9.

185. *Ob. Cit.*, p. 64.

186. *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 10.

187. MONROY GÁLVEZ, Juan, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Poder Judicial. Consejo Ejecutivo, Trujillo, Primera Edición, Volumen I, 1995, p. 5.

188. *Ibidem*, p. 12.

189. *Ibidem*, p. p. 12 y 13.

Básicamente, el interés para obrar o interés en el ámbito procesal, es, como bien destaca Monroy (190), un estado de necesidad por el que, quien tiene una pretensión material, antes de convertirla en pretensión procesal puede, se encuentren o no regulados, realizar una serie de actos orientados a satisfacer su pretensión antes de iniciar el proceso, desde solicitar, invocar, rogar, requerir, exigir, apremiar, amenazar al obligado; se dice, en opinión de Monroy, que hay interés para obrar cuando la persona agotó todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que no sea recurrir al órgano jurisdiccional. Esa necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica conforma el interés para obrar. El contexto procesal, nos trae un *primer* interés que se materializa, en la necesidad de buscar una pacífica e institucionalizada solución del conflicto o en la tutela de la norma objetiva, en contraposición al interés individual y privado en el que piensa el particular cuando interpone su demanda. Es un interés público, el que motiva el ingreso, en actividad, de la jurisdicción, siendo éste, un *interés-causa* o *interés-fin* de la acción (191).

Bajo esta línea de argumentación, toda persona, por el solo hecho de ejercitar el derecho de acción, tiene interés suficiente (que se mueve en la órbita del complemento *público*), lo que involucra que al hacerlo, conforme al derecho procesal moderno, lo que se está requiriendo o exigiendo, es la pacífica solución del conflicto o la declaración por la vía judicial, de un derecho o relación jurídica material. Una cuestión queda clara: el interés público se constituye en construcción compleja que alberga en su interior, una heterogénea red de intereses públicos concretos por los que de un lado, se asigna obligaciones o finalidades a los órganos e instituciones sociales y jurídicas en el marco de un Estado de Derecho. Del otro, este interés público se sustenta en una calificación objetiva de necesidades específicas de una comunidad.

Con este interés, va una idea de acción, siendo, a su vez, éste, un valor asumido como válido por los ciudadanos, fruto de una voluntad general que por tal motivo, no puede aislarse de los individuos que integran la comunidad lo que no impide darle un contenido concreto y definible que evite manipulaciones orientadas a justificar el exceso o la desviación del poder.

En el *Common Law*, la idea de interés público se ha insertado no sólo en el manejo que poseen los órganos institucionales, sean estatales o no, sino también en el valor o importancia activa reconocida a la sociedad civil. En este sentido, podemos obtener interesantes sugerencias para el diseño de un positivo esquema de interés público que supongan la satisfacción de necesidades por parte de cualquier sujeto u organización, sea estatal o no, a partir de los aspectos valiosos desde la perspectiva del Derecho comparado (192).

Resalta Devis Echandía (193), que es posible distinguir, en términos de doctrina procesal, el *interés para obrar*, calificación que para el citado procesalista, resulta inconveniente pues parece referirse, en un sentido literal, al interés que permite ejercitar válidamente una acción o contradecirla lo que no es correcto. El interés en la pretensión oposición para la sentencia de fondo que muchas veces se denomina equivocadamente, interés para obrar, se orienta según el citado jurista, a la obtención de la sentencia de fondo o de mérito que resuelva sobre las pretensiones planteadas. Aquí nos hallaríamos frente a cuestiones referidas a la causa privada y subjetiva concreta, y no al interés para accionar o contradecir en general, que, como vimos, tiene

190. *Ibidem*, p. p. 13 y 14.

191. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso, Ob. Cit., Tomo I* p. 199.

192. GONZÁLES MORALES, Felipe y otros, *Las Acciones de Interés Público, Argentina, Chile, Colombia y Perú, Ob. Cit.*, p. 23. Los comentarios corresponden al mismo Felipe González, cuyo artículo fue anteriormente citado.

193. *Teoría General del Proceso, Ob. Cit.*, Tomo I, p. 274.

fundamento en el interés público y general.

Como ya se adelantó, a estas clasificaciones, se suma la noción de interés legítimo que forma parte de las condiciones de la acción (194) entendidas como elementos indispensables o presupuestos para que el juez oiga la petición que se formule para iniciar un proceso (195) o para plantear una pretensión.

La legitimidad o legitimación según Juan Montero Aroca, se constituye en la argumentación referida a contar con una *posición habilitante* para formular una pretensión (legitimación activa) o para que contra él o ella se formule (196), sea de manera ordinaria o como titular de la situación jurídica vulnerada o amenazada o, de forma excepcional o extraordinaria, en los casos que la ley o normativa expresa, confiere a una persona, "que no es titular de las situaciones jurídicas que se discuten en un proceso, pueda iniciar y proseguir válidamente un proceso" (197). Son habilitaciones de carácter extraordinario, las que aparecen en los artículos 1987° del Código civil peruano (referido a la acción contra el asegurador) y 82° del Código procesal civil (que trata sobre el patrocinio de intereses difusos respecto de bienes de inestimable valor patrimonial tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos y del consumidor, aludiendo a aquel interés cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas). Está última, es una suerte de personería particular concedida por la ley para casos excepcionales.

Recuerda Monroy en este sentido, que la legitimidad para obrar, llamada también, legitimidad sustantiva, involucra un concepto lógico de relación de conflicto con el eventual demandado. A tal conexión pre-procesal, se la conoce como relación jurídica sustantiva, en la que la legitimidad para obrar, se constituye en un elemento básico para un pronunciamiento sobre el fondo. En buena cuenta, marca la adecuación o colocación procesal o para los efectos del proceso, de los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva. Permite asegurar, al igual que el interés para obrar, la existencia de una relación procesal válida, haciendo viable un pronunciamiento válido sobre el fondo (198).

Por otro lado, la multiplicidad de funciones en la que se mueve el concepto de acción, plantea particular vigencia, desde la perspectiva de la viabilidad del derecho aplicable ante cualquier autoridad y no solo desde el original y restringido papel atribuido por el régimen procesal jurisdiccional. Para nosotros, se trata de una idea particular no limitada a las paredes de un despacho judicial. Por el contrario, las metas son más ambiciosas pero más globales al aludir a todo medio amparado por el ordenamiento jurídico para hacer valer un derecho utilizando las vías institucionales y otras de hecho "no institucionalizadas pero lícitas en un marco de libertad" (199).

De hecho, este concepto ha sufrido transformaciones siendo, en todo caso, de una proyección más rica y vigorosa, con el añadido de suponer la injerencia efectiva de las instituciones para procurar soluciones al conflicto de intereses más allá de las respuestas jurisdiccionales aún cuando éstas mantengan vigencia e importancia. El objetivo es procurar rapidez, simplificación y, en general, la satisfacción de intereses y preocupaciones lograda a través de una adecuada distribución de los recursos.

La conceptualización del término *acción* supone, en primer lugar, una actividad jurídica para requerir, ante un conflicto o una incertidumbre con relevancia jurídica, la

194. PRIORI POSADA, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 67.

195. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 317.

196. MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, Civitas S.A., 1994, p. 35.

197. PRIORI, Giovanni, *Ob. Cit.*, p. 69.

198. *Ibidem*, p. 14.

199. GONZÁLES MORALES, Felipe y otros, *Ob. Cit.* p. 22.

paz y la armonía social (200). Esto se traduce, en términos procesales, en la facultad de acudir a los tribunales de justicia para requerir la tutela jurídica de un derecho o de un interés legítimo.

Aunque la proyección propuesta al inicio, es más amplia, nos ocuparemos, por ahora, de la materialización concreta de la acción para marcar la cercanía o la distancia con otras instituciones del derecho procesal nacional y foráneo.

Con relación al concepto de acción, Devis Echandía (201), puntualiza que en doctrina, se agruparon en dos grupos, las teorías sobre la acción. La primera, la consideraba como un elemento del derecho sustancial o material subjetivo o como dicho derecho "en movimiento". La segunda que la consideraba como autónoma y diferente del derecho sustancial o material subjetivo. De este segundo grupo, se desprenden numerosas subdivisiones. La primera de las teorías, llamada antigua o clásica, ligó la idea de acción a la existencia y a la lesión de un derecho sustancial siguiendo la tradición romana en donde solo la posesión del citado derecho, presuponía la acción. Sobre el particular, Devis Echandía precisa que esta doctrina tiene el defecto de concebir la acción como un derecho contra el demandado, siendo éste, un rezago del concepto de justicia privada. En el derecho moderno, se concibe a la acción como el derecho a obtener justicia, dirigido al Estado y a través del Juez, más no a obtenerla del adversario (202).

La segunda, ante las críticas generadas por la doctrina clásica, construyó una propuesta que independizó a la acción, del derecho sustancial o sustantivo subjetivo, no solo por su distinta naturaleza sino por considerar que el derecho de acción se mantiene vigente aún cuando no esté presente o sea lesionado el derecho sustantivo (203). Para Devis Echandía, en el segundo grupo, podía incluirse diversas subteorías: la acción como facultad del derecho de la personalidad; como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable (la que pese a tal descripción que acerca la conceptualización al "primer grupo", reveló avances al concebir a la acción como un derecho independiente, autónomo y anterior al proceso); como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado; y, como derecho subjetivo procesal, abstracto y público para el cumplimiento del proceso; con Francesco Carnelutti, Ugo Rocco, Eduardo Couture y otros procesalistas, se desarrollaría aún más la noción moderna del derecho de acción (204).

A su vez, en torno al tema, Giovanni Priori Posada (205), ha condensado las clasificaciones concluyendo en que las doctrinas pueden agruparse en dos: la monista y las dualistas. La primera, no planteaba distinción alguna entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material (identidad entre *ius* y *actio*) que, como ya se indicó, tenía claras bases romanistas, manteniéndose vigente hasta mediados del siglo XIX. Las dualistas, a su vez, se subdividen en dos grupos. El primero, estableció, una clara distinción entre el derecho subjetivo material y el derecho de acción. Tal distinción se hizo famosa a partir de la polémica entre Windscheid y Muther hacia 1856, llegando a

-
200. ECHANDÍA, Devis, *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, p. 197.
201. *Ibidem*, p.p. 180 y 181.
202. *Ibidem*, p. 181.
203. *Ibidem*, p. 181.
204. *Ibidem*, p.p. 181 a 195.
205. CÓDIGO CIVIL COMENTADO, trabajo de la Gaceta Jurídica S.A., Tomo I, Lima, editado por la citada editorial, 2003, p.p. 64 a 70. Los comentarios son realizados por Giovanni Priori Posada, en relación a los alcances del Artículo VI del Título Preliminar del Código civil. La cita en concreto, aparece en la página número 66 del texto mencionado.

consolidarse con Chiovenda hacia una teoría concreta del derecho de acción (206). La segunda, mantuvo la distinción entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material pero resaltó que el derecho de acción no dependía de la existencia y titularidad del derecho subjetivo material sino que tenía más bien, un carácter abstracto. Esta segunda teoría fue difundida por Carnelutti siendo esta última concepción de acción, dualista y abstracta, la que utiliza la doctrina procesal contemporánea.

Sobre la teoría de Carnelutti, Hernando Devis Echandía (207), resalta los principales aspectos de sus proposiciones, subrayando que la acción constituye un derecho autónomo, como ya se dijo, pero además, que es anterior al proceso. Es abstracto, pues no persigue la sentencia favorable sino que haya un proceso en el que se analicen y resuelva sobre las pretensiones del demandante. El interés que la acción protege, se concibe, en la teoría indicada, no como aquel interés que se halla en litigio, sino el interés de que el litigio tenga una *justa composición* (208). Tal idea, ratificaría entonces, la diferencia entre el derecho subjetivo material y la acción, teniendo ésta última, la categoría de derecho público, subjetivo más no privado sino de esencia constitucional (o *cívica* según Devis Echandía), que persigue un fin público, situado también en interés público, "al paso que el derecho que causa el interés radicado en el litigio, es privado" (209). En la teoría de Carnelutti, para que el particular tenga la acción, debe gozar de idoneidad, vinculada a un interés en que se produzca la composición del litigio.

Por otro lado, la acción se constituye en un derecho subjetivo procesal al imponer a la autoridad judicial, la obligación, también procesal, de proveer y sentenciar o resolver (aunque no en forma favorable al actor), la cual se satisface y se origina en el proceso y con el proceso cualquiera sea el resultado para el actor y, de manera independiente a si el actor tiene o no, un derecho sustantivo correlativo. Esto último, genera como consecuencia, que el juez se constituya en el sujeto pasivo (como receptor) de la acción.

Como adelantamos, la doctrina en cuestión fue desarrollada y perfeccionada por Ugo Rocco, Eduardo Couture, Pietro Calamandrei, avanzándose hacia una noción de acción como un poder y no como un derecho subjetivo. A su vez, el mismo Devis Echandía (210), propone como definición, que "acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso".

A partir de la referencia al ejercicio del derecho de acceder a los tribunales, se ha construido un concepto de *acción afirmada* que se constituye en el objeto del proceso destinado a que éste concluya con una sentencia sobre el fondo elevándose como "centro nuclear de los derechos básicos del justiciable" (211).

Los conceptos de acción, legítimo interés para ejercitar y contestar una acción, han sido tratados de manera confusa y anacrónica, en un cuerpo legal de derecho material o sustantivo como es en el Artículo VI del Título Preliminar de nuestro Código civil. La redacción en cuestión, lejos de aclarar el tema, ha generado imprecisiones conceptuales (212). Para la doctrina nacional, la lectura que tendría que practicarse del citado

206. *Ibidem*, p. 66.

207. *Ob. Cit.*, Tomo I, p. 186.

208. *Ibidem*, p. 186.

209. *Ibidem*, p. 186.

210. *Ibidem*, p. 200.

211. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p.p. 72 y 73.

212. También aquí, nos referimos al CÓDIGO CIVIL COMENTADO, trabajo de la Gaceta Jurídica

artículo del Código civil, es aquella por la que, para plantear una pretensión o para oponerse a una, se requiere de legitimidad para obrar sea ordinaria o extraordinaria (aunque, como bien dice, Giovanni Priori, no se haga referencia expresa a esta última noción en el citado artículo). Se ha afirmado, en todo caso, que el ámbito de la indicada regla del Código civil, era y es procesal, reconociéndose al proceso, la calidad de instrumento por el que "los justiciables pueden solicitar tutela de intereses patrimoniales y no patrimoniales" (213). Cabe mencionar, sin embargo, que el precepto, incluido en el Título Preliminar del Código civil de 1984, recoge una tradición que viene desde el Código civil de 1936 pero que, como resalta Juan Espinoza, nos viene "importado" del modelo jurídico del Brasil el cual incurrió en "una confusión de categorías materiales y procesales" (214). Por tratarse de una regulación de carácter más bien procesal, no se explica que se ubique en un Código que contiene reglas sustantivas.

La explicación realizada, nos plantea un panorama de conceptos orientados a perfeccionar el fin concreto de brindar soluciones al conflicto de intereses o la aclaración de una incertidumbre, y uno abstracto, cual es la paz social en justicia. Manejadas estas ideas en el terreno de la responsabilidad civil y la protección a las víctimas de un producto defectuoso, hallamos que si bien el desarrollo del derecho procesal, nos ha conducido considerar que el derecho de acción tiene una faceta dualista y abstracta, analizada de manera independiente de que se sea o no titular del derecho subjetivo material, creemos que la defensa de determinados bienes jurídicos de inestimable valor, como la defensa del consumidor (amplio rango en el que ingresarían los daños generados por los defectos de los productos), ha conducido, ya desde una perspectiva procesal contemporánea, a permitir respuestas extraordinarias o excepcionales para facilitar precisamente la protección de derechos subjetivos. En nuestra opinión, si bien podría considerarse un cierto retorno a la relación entre el derecho subjetivo y el adjetivo, ella se produce solo para facilitar o impulsar una defensa en sectores que se consideran fundamentales, más no para obstruirla. De allí que sea la calidad de la materia en controversia la que, por excepción, motive o sustente la vigencia de particulares reglas de legitimación frente a la aparición de nuevos y distintos intereses como resultado de la colectivización de los daños.

Tras el establecimiento de los derechos difusos, está presente la recepción social y no solo individual, de determinados conflictos como es el perjuicio al consumidor, la progresiva importancia reconocida a los grupos por el sistema jurídico, que en este caso, se sitúa en el ámbito procesal, y tiene un notorio carácter participativo. El interés y la legitimidad en un ámbito "tradicional" que relaciona íntimamente a quien llega a los tribunales para obtener justicia, se ve alterado pues quien demanda, puede hacerlo por sí pero también por una colectividad mayor.

Así, no obstante que regularmente, se exige la determinación del sujeto accionante, se ha producido un avance del Derecho procesal hacia admitir el patrocinio de un interés o intereses que se han denominado *difusos*, correspondiendo su titularidad, a un conjunto indeterminado de personas a los que se otorga protección para el ejercicio procesal, de manera excepcional.

S.A., Tomo I, Lima, editado por la citada casa editorial, p.p. 64 a 70. Como ya se indicó, los comentarios de los alcances del Artículo VI del Título Preliminar del Código civil corresponden a Giovanni Priori Posada.

213. *Ibidem*, p. 69.

214. Con relación a este tema, es posible hallar una adecuada exposición en ESPINOZA, ESPINOZA, Juan, *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p.p. 286 a 304.

Acosta Estévez, recoge otros comentarios vertidos en doctrina, señalando que los intereses difusos, serían la resultante de una fuerza real que surge del seno de la propia sociedad (215) y se refieren a todas las "hipótesis fácticas de carácter socio-económico jurídicamente relevantes que integran o pueden integrar colectividades, categorías, grupos, clases, series o géneros de personas vinculadas por una común necesidad y cuya situación está deficientemente tutelada por el ordenamiento positivo" (216).

La indicada figura procesal, habría aparecido sobre todo, en la doctrina italiana de los años sesenta, guardando relación (aunque no identidad) con lo que en el Derecho anglosajón, específicamente, de origen norteamericano, se conoce como *Acciones de clase*. En todo caso, la comparación concreta respecto de cómo se aplica esta figura en los Estados Unidos de América es un trabajo que realizamos más adelante.

Bruñís, en el marco del concepto de interés difuso, postuló la acción popular como medio de tutela de los intereses difusos, señalando, además, que debía distinguirse como parte de los mismos, una distinción entre los extremos siguientes: a) puede entenderse como un derecho perteneciente a la colectividad en tanto ente propio y susceptible de ser ejercitado por un órgano de carácter especial a la misma; b) un derecho que pertenece a la sociedad en tanto ente propio, pero que es susceptible de ser ejercitado por cualquiera de sus miembros; y, c) un derecho perteneciente a la totalidad de los miembros integrantes de la colectividad y susceptible de ser ejercitado por cada uno de ellos (217).

Si bien hay evidente conexión entre interés colectivo y el llamado *difuso*, y de hecho, se suele utilizar ambos términos como sinónimos, no lo son. Como indicamos, el interés colectivo está constituido "por las uniformidades de pensamiento, de emoción y de conducta práctica, que se producen entre los hombres agrupados o reunidos formando un grupo o colectivo" (218), de tal suerte que es posible hallar la existencia de un interés colectivo entre las personas que integran ese grupo, categoría o clase. La definición de interés difuso toma como base y sustento, la colectivización de los intereses de inestimable valor, pero de por medio hay una dinámica diferente en tanto está pensado para solucionar un conflicto surgido a partir de la interposición de acciones por la amenaza o afectación de los intereses colectivos de un conjunto indeterminado de personas que no ha exteriorizado su voluntad de accionar.

Acosta Estévez, califica como interés difuso, el "interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales (219). Tras ella, habría un criterio organizativo y subjetivo en tanto éstos serían los criterios que definen y diferencian a éstos intereses de otros.

Suponen una concretización procesal por el que se concede titularidad a ciertas personas para defender los intereses de un conjunto de sujetos o grupos indeterminados ante circunstancias específicas que justifican aplicar excepciones a los requerimientos de interés y legitimidad o legitimación.

Como adelantamos, nuestro régimen procesal, ha admitido el patrocinio de estos intereses de manera particular, para áreas específicas y personas que lo pueden asumir activamente. Como propuesta general, la figura está plasmada en el artículo 82º, del Código Procesal Civil peruano, señalando que se trata de aquellos cuya titularidad

215. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p. 38

216. *Ibidem*, p.p. 38 y 40.

217. *Ibidem.*, p.p. 38 y 40.

218. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p. 42.

219. *Ibidem*, p. 45.

corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, como son la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor. Pueden promoverla o intervenir en el proceso respectivo, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez (en esta última opción, por decisión debidamente motivada), estén legitimados para ello. Conforme al mencionado artículo, una síntesis de la demanda, será publicada en el diario oficial y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. Especifica este artículo, que la sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además, para quienes no hayan participado en el proceso.

Según este artículo, el patrocinio de los intereses difusos está limitada a la materia descrita y a tres sujetos activos: al Ministerio Público, a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que estén legitimadas por la ley o que, a criterio del Juez, gocen de tal legitimidad, de acuerdo a una decisión que deberá ser debidamente motivada.

Un caso de "legitimación legal" se encuentra en el artículo 51° de la Ley peruana de Protección al Consumidor (220), por la que, en el ámbito de los reconocidos por la jurisprudencia administrativa de Indecopi, como consumidores, esta institución podrá, previo acuerdo de su Directorio, promover procesos judiciales en temas de su competencia y en defensa de los intereses de los consumidores, de acuerdo al citado artículo 82° del Código procesal, gozando estas acciones, del beneficio expreso de una tramitación sumarísima que podría no seguirse para otras acciones indemnizatorias conforme al Código Procesal civil, salvo calificación expresa del juez. En efecto, nada impediría, que se pudiera recurrir al trámite del procedimiento sumarísimo en función de la urgencia de tutela jurisdiccional y de acuerdo al artículo 546° numeral 6) del citado Código.

En todo caso, frente a una reclamación judicial impulsada por el Indecopi, no se requeriría de la calificación o *certificación* especial de la legitimación a cargo del juez lo que, en otros supuestos, podría dilatar la atención del conflicto. Conforme al mencionado artículo 51° de la indicada Ley de Protección al Consumidor, se pretende facilitar estas acciones. El Indecopi podrá delegar esa facultad, cuestión que no puede ser objetada por la autoridad judicial, la cual sólo puede requerir el documento de delegación. Se dará publicidad al inicio de este procedimiento (regla que guarda relación con lo ordenado por el artículo 82° del Código Procesal Civil) y luego de ello, Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en los que se funde el petitorio si éstos, no manifestaran expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o hacerlo valer por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas las publicaciones. Vencido el plazo indicado se citará a la audiencia de conciliación. Una vez que la sentencia que ordene el cumplimiento, quede consentida o ejecutoriada, Indecopi cobrará la indemnización respectiva, prorrateando su monto o velando por su ejecución entre los consumidores que se apersonen al correspondiente proceso acreditando su titularidad. El monto no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de los intereses difusos. Se deberá determinar, aunque la norma no lo dice, un período de caducidad de la posibilidad de que el afectado requiera después de ese tiempo, el prorrateo del monto obtenido.

220. Artículo que fue modificado por el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 807 de 18.04.96, sobre facultades, normas y organización del Indecopi.

Aunque según texto expreso del actual artículo 51° de la Ley de Protección al Consumidor, mediante Decreto Supremo, debían regularse aspectos complementarios para el ejercicio de este mecanismo referido a los alcances, el adecuado uso del fondo, la distribución del monto o la ejecución de las obligaciones frente a los afectados, hasta ahora no se han dictado las reglas complementarias.

Ante los diversos comentarios realizados sobre lo que se entiende por legitimidad, interés y hasta acción, resulta evidente la conexión que esta figura plantea en tanto, de un lado, está reconocido en este caso, el derecho a acceder a la justicia y defender los derechos de indeterminados consumidores afectados o dañados e inclusive, el interés para obrar y la legitimidad a título de personería o habilitación extraordinaria para accionar, aplicándose las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. Ello involucra un rango de discusión procesal diferente pues si bien se supera a través de esta figura, el escollo del interés y la legitimidad, y se pasa a analizar, por ejemplo, la producción defectuosa de un producto y el daño que el mismo debió causar en los consumidores, será menester recurrir a la creatividad judicial para aplicar formas de reparación cuando de por medio se encuentra una colectividad o un conjunto de personas indeterminadas en el momento de interponerse la demanda.

Queda claro en todo caso, que lo que se procura es facilitar formas de protección aún cuando no se pudiera llegar a los objetivos de reparación integral los que indudablemente, se ligan con la determinación de los daños que de manera concreta, se han producido a la víctima

Acosta Estevez, en la obra ya citada, referida a la tutela procesal del consumidor (221), resalta que este interés difuso configura una variedad de "situaciones de ventaja" y es genérico, lábil, vocacionalmente participativo, esencialmente fungible y frecuentemente atípico o carente de amparo en su cobertura normativa, material y procesal sea de manera total o parcial. No carecemos en nuestro ordenamiento, de la consagración regulatoria general aunque si de una específica que facilite su manejo concreto lo que queda en evidencia, sobretodo, en la regulación complementaria del artículo 51° de la Ley de Protección al Consumidor que hasta la fecha no se dicta. Es obvio, sin embargo, que de invocarse ambos artículos, el 82° del Código Procesal Civil y el 51° de la Ley de Protección al Consumidor, el juez tendría que admitir la demanda procurando facilitar, a través del proceso, la defensa del consumidor en base a la regla de interpretación más favorable a éste, impuesta por el artículo 2° de la ya citada Ley de Protección al Consumidor. La lentitud o dejadez de las autoridades no podría ser un argumento para limitar la protección. Sería éste, un interesante caso a atender pues por la vía jurisprudencial que sería admisible en función del superior interés que significa proteger la vida y el derecho al desarrollo y bienestar a que se refiere el artículo 2° numeral 1) de la Constitución política del Perú.

Si bien en el caso de que el patrocinio sea asumido por Indecopi, podría mantenerse cierta rigidez en la calificación del rango de sujetos a quienes se concede tal título, es interesante destacar que en apreciación judicial, la calificación podría darse en un sentido más amplio que el que liga al consumidor con la noción de cliente en un vínculo con el titular de la oferta económica protegiendo también al tercero afectado por un bien que colocado en el mercado, causa un daño no solo al comprador o a sujetos de su entorno familiar o social inmediato. Tal podría ser el caso del auto que por una falla en los frenos, vinculada a un defecto de fabricación o diseño, atropella a un amplio grupo de sujetos que transitaban por una calle o que, por dichos defectos, estalla, provoca un incendio que hiere o mata a su propietario pero también a diferentes personas que se hallaban cerca del vehículo. No aparece clara la razón para realizar una

221. *Ob Cit.*, p. 47.

distinción procesal y rechazar la protección a unos y otros cuando el producto colocado en el mercado, y a disposición de los consumidores concretos y potenciales (que puede ser el no-adquirente directo pero si afectado), es el causante del daño. Se trata, sin lugar a dudas, de un tema sobre el que hay mucho por desarrollar. No creemos, sin embargo, que tales sujetos deban quedar fuera de protección aunque asumimos los problemas concretos que se derivan de la interposición de una demanda por parte de una asociación que invoque la protección de tales sujetos en el terreno indemnizatorio.

Del tema procesal referido a los intereses difusos, se desprenden, además, consecuencias en la figura de la cosa juzgada entendida como la inamovilidad del fallo para el caso de que éste sea adverso para quienes asumieron el patrocinio. Tal situación no podría considerarse como aplicable a quienes no intervinieron en forma alguna en el proceso pues ello atentaría con la finalidad del régimen tendiente a que se apliquen las reglas a favor del consumidor previstas en el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor. Resulta evidente, sin embargo, que el tema permite y merece, un análisis y una exploración académica mucho mayor que la planteada en estas líneas.

La larga explicación en torno a los conceptos de interés, legitimidad y acción planteada al inicio de este apartado, encuentran una particular ubicación cuando se considera que nos hallamos ante una regulación de protección y ventaja por las características de los intereses en juego, en el terreno jurisdiccional.

4.2.3. Modelos de acciones colectivas de responsabilidad civil por productos defectuosos.

4.2.3. *Class actions* o acciones de clase en el Derecho de los Estados Unidos de América.

Las acciones de clase han sido concebidas como una forma de hallar *justicia colectiva* superando las dificultades que presenta una acción individual cuando se presenta para perseguir la defensa de sus derechos, involucrando, como afirma Rustad, los derechos de un grupo de personas que de manera individual, lucharían sin la fuerza suficiente para llevar a sus oponentes a la corte (222). Un esquema tendiente a facilitar la interposición de acciones en defensa de los sujetos afectados no puede dejar de analizar las *acciones de clase* y su desarrollo en el derecho angloamericano.

Observamos que ha sido importante elemento causal de las mismas, la constatación de que, ante un mundo que se organiza en sociedades cada vez más avanzadas en el terreno científico, técnico y económico, la interacción de los grupos sociales y la dependencia cada vez más acentuada de los sujetos entre sí, genera la aparición de intereses comunitarios o colectivos que reclaman tutela jurídica en el ordenamiento positivo y que, para una adecuada protección (defendiéndose con la fuerza que brinda el grupo), requieren de conceptos complementarios de legitimación o habilitación para obrar, diferentes a los usualmente admitidos por el Derecho procesal tradicional.

La *class action*, fue utilizada en los Estados Unidos de América desde 1842 pero su origen es más antiguo y puede hallarse en el *Bill of Peace*, creada por la Corte Inglesa del Chancery. En la actualidad, es la llamada Regla Federal del Procedimiento Civil

222. KOENING, Thomas H y Michael L. RUSTAD, *In Defense of Tort Law*, New York and London, New York University Press, 2001, p.p. 209 y 210.

número 23, dictada en 1938 y enmendado en el año 1966, la que regula dichas acciones ante las Cortes Federales y del Estado en los Estados Unidos de América.

Menciona Agustín Viguri Perea (223), que dichas acciones de clase podrían ser calificadas como acciones judiciales orientadas a la defensa de intereses colectivos o de procesos representativos para la defensa de un grupo de personas situadas en una posición jurídico-material similar.

La sola denominación indica su significado: son acciones en las que una clase o relativamente numerosa categoría de sujetos, unidos por elementos típicos e intereses comunes, pretende la solución del conflicto de la clase en sede judicial. Se persiguen con ellas, varios objetivos. Uno es atender los problemas económicos de los sujetos afectados que, por el poco valor individual de cada conflicto o la categoría de intereses, considerando la magnitud de la parte que pretenden demandar, no pueden accionar adecuadamente por sí solos.

Como resalta el citado Viguri, las acciones de clase ofrecen un interés particularmente considerable en aquellos casos en los que se han producido daños masivos simultáneos o en serie en la sociedad. Ello ha originado y origina, litigios masivos por daños o *mass tort litigation*, que se incrementan debido a los actuales procesos de colocación de productos en el mercado o empleados a "gran escala", produciendo daños igualmente masivos como el generado en los soldados de Vietnam, por el uso del herbicida químico llamado el *Agente Naranja*, los daños por los productos fabricados con asbesto, por el *Bendectin* (fármaco empleado para reducir o evitar las náuseas en las embarazadas), el *DES*, empleado para prevenir abortos o partos prematuros, entre otros. Las *class actions*, han hallado su fundamentación en la necesidad de conceder un tratamiento uniforme ante una multiplicidad de pleitos sometidos a elementos comunes como son los daños indicados (aunque también se recurre a dicha figura en otros caso de perjuicios que afectan a una multiplicidad de personas), lo que permite que los afectados cuenten con mecanismos que busquen justicia y economía en el uso de los recursos que representa un litigio conjunto. Tras la figura, hay lo que se conoce como el concepto de *fluid recovery* o reparación fluida⁽²²⁴⁾; asumiendo ésta, distintas características.

Lo cierto es que el impulso de la figura procesal, se ha relacionado, indudablemente, con el éxito de las demandas mientras que la atención en el terreno procesal, se ha fijado, en todo caso, a partir de lo solicitado y el fin perseguido. Ello ha hecho que en la práctica, su aplicación concreta pueda tener diversas formas. Los requisitos para su admisión son previamente certificados por la autoridad judicial.

Henderson y Twerski (225) mencionan que las cortes usualmente han evitados las acciones de clase en el caso de accidentes en masa dadas las diferencias entre los demandantes, las materias en discusión y defensas de responsabilidad reconociendo

-
223. VIGURI PEREA, Agustín, *La Responsabilidad Civil en el marco del Derecho de Consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos*, Granada, Editorial Comares, 1997, p. 19.
224. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, en su trabajo *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, en Estudios sobre Derecho de Consumo, *ob. cit.*, p. 79.
225. HENDERSON, James A. Jr. Y TWERSKI, Aaron D., *Products Liability. Problems and Process*, New York, Aspen Publishers, 2004, p. 689. Cabe señalar que estos autores citan numerosos precedentes. Se ha producido, en algunos casos, el retiro de la certificación otorgada al llegar la discusión a una segunda instancia, por detectarse excesiva rapidez en otorgarla, generando que tales acciones queden "en el aire". Véase lo indicado por HENDERSON, James A. Jr. Y TWERSKI, Aaron D. *Ibidem*, p. 691.

que ellas se habían visto forzadas a repensar las alternativas y las prioridades por el volumen corriente de los litigios y la frecuencia de los desastres en masa. José Antonio Payet resaltó que la aplicación de este mecanismo presentó dificultades pues las cortes norteamericanas se mostraron renuentes a considerar cumplidos todos sus requisitos aunque lo permitieron para casos como el del *Agent Orange* (226).

Con relación a dichos requisitos, fue el juez Weinstein quien aprobó la llamada "certificación de la clase", lo que quedó reconocido por la jurisprudencia norteamericana (227). Estas argumentaciones fueron:

1. *Statutory requirements*, por los que aparece en la *Regla 23 (a)* de la Federal Rules of Civil Procedure, presupuestos procesales concretos ante los cuales, opera una condicionalidad pudiendo ser alterada, ampliada, ser subdividida o ser rechazada pues progresa en cada caso, asumiéndose que la corte debe errar en favor y no en contra del mantenimiento de una acción de clase (228). En todo caso, debe determinarse prioritariamente, si se cumplen los siguientes cuatro requisitos que a continuación explicamos de manera sucinta:
 - 1.1. La presencia de un amplio número de demandantes ya presentes y de posibles futuros demandantes o *numerosity requirement*, por el que, conforme a *Regla 23 (a)*, la clase propuesta resulta tan amplia o grande que el *joinder* (229) o el *litis consorcio* de todos los miembros para un tratamiento individual, es impracticable, siendo necesario tratar la reclamación como una *de clase*. Sobre el particular, el profesor Newberg (230), realizó un examen de los principales actos de las cortes en torno a la *numerosity*, concluyendo en que cualquier clase que consistiera en un análisis de casos de 40 o más miembros, podía generar una presunción de impracticabilidad. En todo caso, la indagación a que se refiere la *Regla 23*, no estaría referida propiamente al número de gente afectada sino más bien, a la dificultad o a lo inconveniente que resulta acumular o ensamblar a todos los miembros de la clase, situación que se atenúa si se procede a un tratamiento de clase de las demandas. Bastaría que los pleitos repetidos en ediciones comunes, resulten difíciles, costosos y generen una pérdida de recursos judiciales para que pueda proceder la certificación en este extremo.
 - 1.2. La concordancia o *commonality requirement*, por la que todos los demandantes requerían de una o más cuestiones comunes o vínculos en común, sea en los hechos o en el derecho, lo que debe involucrar a los miembros de la clase e, inclusive, a un número sustancial de los mismos (231). No sería necesaria una uniforme aplicación de las teorías jurídicas sino la presencia de una sola aplicación del hecho o una ley común a todos los miembros de la clase para satisfacer el requisito de la concordancia. Según el caso, la concordancia, puede construirse a partir de una interrogante o inquietud común o preocupación o *comunidad de*

226. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*, p. 186.

227. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 54.

228. Un ejemplo de la certificación de las acciones de clase, puede hallarse en Internet bajo el sitio: www.theapplejack.com.doc3.htm la cual muestra un fallo de la Corte del Distrito de Tejas-División de Lubbock por la que el 04 de enero de 2000, se analizó el cumplimiento de los requisitos de la Regla 23., en la acción impulsada por E. Saunder de Charles como demandante y en la acción civil N° 5: 00-CV-003-C. Como se puede observar, la revisión es fundamentalmente, de carácter procesal.

229. No es fácil hallar una traducción para la palabra *Joinder*; en este contexto procesal, observamos una cercanía más no identidad con la figura de la acumulación.

230. Los comentarios en cuestión, aparecen formulados por los abogados Head & Association en el sitio www.headlawyers.com/class.html.

231. *Ibidem*, p. 2.

intereses que relaciona a todos los miembros de la clase, referida a que el demandado pudiera satisfacer íntegramente la compensación para todos los afectados. Por ejemplo, la indicada preocupación sustentó este requisito cuando se presentó la enfermedad pulmonar conocida como asbestosis y se discutió el tema en el litigio *In re Joint Eastern Southern Distric Asbestos Litigation* (232).

- 1.3. La tipicidad o *typicality requirement*, es el tercer elemento de la Regla 23 (a), la cual se demuestra cuando las demandas de los representantes de la clase, son típicas de las demandas de una clase entera. La tipicidad existe en donde la lesión de un demandante se presenta o se relaciona directamente con el daño a una clase, y éste con el causado a un demandante. Se puede decir que la pretensión de un demandante es típica si se deriva del mismo acontecimiento o práctica, o curso de una conducta que ha generado las demandas de otros miembros de la clase y si ellas, se basan en la misma teoría legal. No se requiere que las demandas sean idénticas sino más bien, que gocen de una tipicidad o sometimiento a ciertas reglas que serán evaluada de manera independiente de los patrones de hecho que varían en las demandas individuales. Siempre que aparezcan nexos entre las demandas de los representantes de la clase o en las defensas o en las cuestiones de hecho y derecho que resulten comunes, será posible considerar que el requisito de la tipicidad está satisfecho. En todo caso, el análisis se refiere al requisito de tipicidad de los elementos antes descritos respecto de lo invocado por los demandantes.
- 1.4. La representación adecuada o *adequacy of representation requirement*, por el que los demandantes nombrados deben representar adecuadamente los intereses de la clase. En este sentido, se analiza si los consejos del nombrado para ejercer la representación, protegerá adecuadamente los intereses de la clase y si hay conflicto de intereses entre los representantes y el resto de la clase. No necesita la comprensión de un experto pero si demostrar su capacidad para manejar una acción compleja. Se presenta en este caso, una investigación en torno a la calificación de los consejos que puede dar el representante quien debe perseguir la resolución de la controversia.
2. *Suitability*.- Recogida por la Regla 23 (b)(1), la cual establece una nota de obligatoriedad de la *Class Action*, referida a la necesidad de asignar un fondo limitado para el pago de los posibles demandantes y enfrentar la posible precariedad de recursos.
3. *Extreme need* o la presencia de un caso de "extrema necesidad", lo que supone impedir la repetición de litigios y alegaciones fácticas como las que se hacen en los procedimientos iniciados y tramitados por separado. De ello se desprende también, la necesidad de fortalecer el arreglo mediante la vinculación de los reclamantes ausentes (233).
4. La Regla 23 tiene requisitos particulares que aparecen en la llamada Regla 23 (b), por los cuales se analizan las cuestiones de la ley o del hecho común a los miembros de la clase los que predominan sobre cualquier otro que afecta solamente a los miembros individuales. Sin embargo, en torno a los ausentes, el *requirement for (b)(1) class*, considera que no debe darse un perjuicio de los mismos como resultado de las acciones individuales (234). Para que dicha predominancia se produzca, ella debe representar una parte significativa de los casos de los miembros individuales de la clase. Así, las diferencias en el grado de lesión y de daños sufridos por los miembros individuales de la clase, no significa que predominen

232. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p.p. 51 y 74.

233. *Ibidem*, p.p. 54 y 55.

234. *Ibidem*, p.p. 55 y 56.

ellas de manera individual o que la certificación de la clase resulte inadecuada. Por otro lado, se hace necesaria, una evaluación general en cuanto a que la acción de clase se constituye en un método superior a otros disponibles para juicio justo y eficiente de la controversia, debiendo persuadir a la autoridad que de no optarse por el mismo, se logrará que el demandado obtenga beneficios sin internalizar los costos de las medidas adoptadas.

5. Con la certificación de la clase, que es aprobada de oficio y a la brevedad, por el Juez tras la verificación del cumplimiento de los requisitos, se genera la posibilidad de aplicar obligaciones a los integrantes de la clase en caso de acuerdo tal y como ocurrió en el caso de asbestosis antes citado (235), acuerdo que debe resultar razonable de acuerdo a las circunstancias.

La revisión de diversos precedentes, nos muestra un conjunto de actividades previas de investigación para acumular pruebas y demostrar las características del caso en los hechos y en los argumentos jurídicos que se constituyen en las causas de la acción, un grupo de profesionales que la impulsan como representantes; pueden o no aparecer personas concretas como integrantes de la clase. En las diversas causas seguidas contra la empresa Ethicon Inc. por la colocación de suturas fabricadas por la demandada, las cuales habrían producido una infección en los receptores del producto, se observa que muchas fueron denegadas en un primer momento y luego fueron reactivadas. (236).

Tal fue el caso de *De la Rosa, et. Al. versus Ethicon, Inc. Et al*, iniciada ante la Corte Superior del Condado de San Francisco, el 30 de junio de 1999 siendo archivada para ser presentada nuevamente el 18 de julio del 2000 agregándose a otros demandados. La clase propuesta se define a partir de todas las personas en el Estado de California que tenían suturas de Vicryl fabricadas por la demandada desde el 01 de diciembre de 1993. Suturas que fueron colocadas en su persona durante cirugía u otros procedimientos médicos y que desarrolló, después de esto, una infección. Esta demanda, contiene hasta trece causas de acción siendo las principales, de negligencia, responsabilidad estricta en general y por defecto de diseño, fallas en las advertencias, brechas en la garantía, garantía implícita y explícita, garantías por usos particulares; mala representación intencional y por negligencia, fraude en el acuerdo; violación de los remedios legales a favor del consumidor, y pérdida del consorcio; la información hallada en Internet, señala el nombre de los abogados de los demandantes. El tratamiento es similar en *Lorenzo, et. al. versus Ethicon, Inc.* entre otras acciones de clase interpuestas en Texas, y *Hovey versus Ethicon, inc. et. al* en Carolina del Norte. En todos estos casos, se observan causas similares, agregándose en tal condición, la regla *res ipsa loquitur*, la ocultación fraudulenta y otras especiales de los Estados en donde se litiga. En algunos casos, se incluye a los sobrevivientes de los fallecidos por la exposición al producto como en *Morgan, et. al versus Ethicon, Inc. et al*.

Cuando la composición del grupo no puede ser definida con precisión, pues no se alcanza a identificar ni son posiblemente identificables, se ha observado que el juez ha sentenciado ordenando medidas que alcanzan a un grupo o género de interesados que acaso no coincidan con quien sufrió la efectiva lesión, pero que se verá beneficiado, pues no la sufrirá en el futuro. Tal fue el caso de una sentencia dictada en los Estados Unidos de América y concretamente en Los Ángeles, con relación al alza ilegal de las tarifas de taxis. Ante la imposibilidad de conocer quienes eran los afectados de manera total, el juez ordenó a título de reparación, la rebaja de precios equivalente al alza indebida.

235. *Ibidem*, p. 56.

236. Se pueden ubicar en Internet, el resumen de las acciones en trámite bajo la pista www.suturevictims.com/classaction.html.

Constituye ejemplo histórico, el pleito que una persona (conocida normalmente como *class suitor*) interpuso contra la General Motors manifestando que él como comprador de un determinado modelo de automóvil de dicha empresa, había sufrido un perjuicio derivado de la sustitución del motor del respectivo modelo, cambio que, sin embargo, no había sido comunicado a los 67,000 compradores del mismo, en cuyo nombre, el demandante decía actuar sin contar con ninguna representación. El caso terminó mediante una transacción y la empresa fabricante ofreció 200 dólares de indemnización y la ampliación de la garantía por tres años a favor de cada uno de los poseedores del modelo de vehículo en cuestión ⁽²³⁷⁾.

La doctrina recogida por Ricardo de Ángel menciona que aunque en el plano individual, la solución resultaba injusta ya que los beneficiarios de la reducción no habían sido necesariamente los mismos que se vieron afectados con ella, era claro que en el plano general o colectivo, el beneficio resultaba evidente bajo el principio de la fluidez de la reparación ⁽²³⁸⁾.

Lo importante del tema es la trascendencia del mismo en el ámbito del Derecho de daños o *Tort Law* norteamericano ⁽²³⁹⁾ en las últimas décadas, y su particular incidencia en las acciones derivadas de productos defectuosos, especialmente por daños masivos derivados de productos tóxicos como por ejemplo, por consumo de tabaco.

Sobre el particular, es importante recordar lo ocurrido ante los daños por el consumo del medicamento DES. El detalle no sobra al permitir comprender mejor el tema. Hacia los años treinta, un productor norteamericano logró fabricar sintéticamente la hormona femenina limitando, a través del referido producto, el aborto o los partos prematuros. Superada la fase de investigación y ensayos, el medicamento fue puesto en circulación en el año 1941 siendo fabricado en base a una fórmula unitaria, por 200 productores aproximadamente que la vendieron bajo distintos nombres.

Viguri ⁽²⁴⁰⁾, da cuenta de que los médicos recetaban el producto por su nombre genérico sin tener en cuenta la específica. La autoridad de los Estados Unidos de América más conocida como FDA (Food and Drug Administration), encargada de la evaluación de los alimentos y productos, autorizó la venta con carácter experimental, para impedir los abortos y bajo la obligatoriedad de señalar la denominación correspondiente del medicamento. Pero ya a fines de 1960, la presentación de numerosos casos de cáncer uterino o a la vulva (un poco extraño) en las hijas de las consumidoras del medicamento (que estaban embarazadas cuando éste fue suministrado). El cáncer se presentó cuando las afectadas se hallaban en la pubertad y tras un período de incubación de diez o doce años. La investigación de las causas, determinó la relación entre la enfermedad y el consumo del medicamento. Por esta razón, en 1971, las autoridades norteamericanas, prohibieron la venta del DES ordenando a las empresas, comunicar a los médicos y a la población de los riesgos derivados de tal consumo. Se calcula que entre un millón y medio y tres millones de mujeres, tomaron el medicamento durante el embarazo. Pero de ello, se derivaba las dificultades para probar el medicamento que, de manera concreta, tomaron las madres de las afectadas. Los problemas jurídicos que se presentaron fueron manejados a través de una determinación diferente de la causalidad. Subraya Viguri, que había problemas adicionales a los derivados de la presentación de *daños tardíos*, como son la fijación

237. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Ibidem.*, p. 79.

238. *Ibidem.*, p. 81.

239. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 1.

240. *Ibidem*, p. 24. Véase los comentarios en torno a las acciones de clase por daños producidos por el D.E.S. en BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Lima, Ara Editores, 1997. PAYET, José Antonio, *Ob. Cit.*

temporal de pólizas de seguros. Ellos se relacionaron con problemas en la concepción de la sustancia sintética básica, la experimentación insuficiente, la falta de instrucciones en el envoltorio, la insuficiencia de contraindicaciones, e inclusive, la demora en la toma de la decisión de retiro del medicamento que justificaron la aplicación de la responsabilidad civil con el consecuente pago de la indemnización, sobre las empresas fabricantes en función del porcentaje de ventas totales de DES que tuvo en el mercado.

Hasta hace algunos años, se consideró que las acciones judiciales *de clase* para la protección de los intereses colectivos, configuraban una institución única en su género, propia del contexto legal estadounidense el cual no se aplicaba aún fuera del Derecho angloamericano aunque ya se advertía una creciente tendencia a su admisión en Brasil y Canadá (241). Pensamos que lo descrito al tratar el caso peruano, revela que, al menos en el terreno de la regulación, se ha avanzado hacia fórmulas creativas que no han probado aún su efectividad en el terreno concreto de daños masivos. Como ya se indicó, la procedencia de las acciones está siendo “repensado” por las cortes de los Estados Unidos de América (242) aunque el hecho de que se hayan producido situaciones de retiro de las certificaciones, brindan un panorama complejo. No deja de ser útil, sin embargo, revisar estas experiencias del Derecho comparado.

4.2.3.1. Casos emblemáticos de acciones de clase.

A continuación, describimos los aspectos más importantes de algunas acciones de clase impulsadas en los Estados Unidos de América y relacionadas con productos defectuosos, lo que permitirá evaluar sus características y, de la misma manera, considerar elementos valiosos para la revisión del tema en nuestro país.

4.2.3.1.1. Litigio los daños causado por Asbestos.

Se califican como *Toxic Torts*, a los daños causados por el contacto de las personas con sustancias tóxicas (243). En esta categoría se encuentra la contaminación causada por pesticidas (asociados a daños producidos con el nacimiento por el contacto con las madres), solventes para el lavado (asociados a daños cerebrales entre otros), asbestos (generador de cáncer y otras enfermedades al pulmón) Nos ocuparemos solo del tratamiento jurídico concedido en el ámbito procesal, a los perjuicios causados por la exposición a los productos fabricados con asbestos.

Hacia los años 70, Johns-Manville Corp, que por esos años, era la más importante empresa dedicada a la fabricación de dichos productos, fue demandada por miles de personas que contrajeron asbestosis por exposición al mineral en astilleros, empresas de construcción, etc. Lo concreto es que los afectados obtuvieron veredictos a su favor, en base al sistema de jurados y luego de probar los siguientes extremos (244): a) que la

241. *Ibidem*, p. 19.

242. HENDERSON, James A. Jr. Y TWERSKI, Aaron D. *Ob. Cit.*, p. 691.

243. JASPER, Margrethe, *Ob. Cit.*, p. 49.

244. VIGURI PEREA, Agustín, *Ob. Cit.*, p. 51. En esta parte, el trabajo de este autor resulta realmente importante por la manera clara de describir el conflicto. Es posible hallar información sobre el caso en Internet con la referencia al producto.

compañía había vendido un producto peligroso; b) que la empresa conocía en el momento de la venta, que el producto era defectuoso, situación que permitió rechazar la defensa de la demandada amparada en el argumento conocido como "state of art" por la que habría argumentado que el estado de la tecnología le impedía detectar la defectuosidad; c) que los afectados, efectivamente, habían contraído la enfermedad al haber estado expuestos al mineral o producto. Las indemnizaciones que la empresa soportó, la llevaron a la quiebra en 1982. En 1988, se produjo una reconversión que habría permitido al grupo, volver a operar a través de otros negocios, creando un fondo para compensar a las víctimas que tampoco fue suficiente. La situación se complicó en la medida que la enfermedad tiene un período de incubación que puede llegar a los 20 y hasta 40 años lo que motivó la generación interminable de demandas. Tal realidad, llevó a fijar otras reglas que llevaron a proponer un arreglo (*settlement*), de la defensa para lograr la certificación de una *Class Action*, sobre la base de la *Regla 23 (b)(1)*, que permitiera agrupar y solucionar, en la medida de lo posible, los reclamos de todos los demandantes, presentes y futuros, de la siguiente manera: a) Cada demandante recibiría de manera inicial, solo el 45% del monto de su pretensión, quedando el resto, hasta que los demás accionantes, obtengan dicha suma; b) Una parte sustancial de los ingresos del demandado, que conformarían un "trust", quedarían reservados para futuros demandantes, procurando superar, de esta manera, el riesgo de insolvencia de la compañía productora; c) La compensación que se pudiera lograr por esta vía, no podría sobrepasar la cantidad estipulada en el acuerdo lo que procuraba no afectar la compensación al resto de los afectados (245); d) Las personas que revelaran daños más graves, serían indemnizadas en primer lugar; e) Se ratificó el carácter *vinculante* del procedimiento a seguir no pudiéndose litigar en otro Estado o Tribunal Federal, por lo que el fallo sea adverso o favorable, debía comprender a todos los miembros de la clase. Ante lo expuesto, la certificación de la clase fue realizada por el Juez Weinstein, de acuerdo a los siguientes: a) Se analizó el requisito *Suitability*, por lo que la nota de obligatoriedad se orientó, conforme a la *Regla 23 (b)(1)*, en base a la conveniencia de asignar un fondo limitado para el pago de los posibles demandantes, siendo esta, la mejor forma de afrontar la precariedad en el pago de recursos del *trust*; b) La situación de extrema necesidad o *Extreme need*, se refirió a la posibilidad de evitar la repetición de litigios, discusiones probatorias que afectarían a las víctimas en caso de una tramitación de las demandas por separado, lo que ya había ocurrido en los primeros momentos en los que se detectó la enfermedad, siendo por ello conveniente fortalecer el arreglo; c) Los requerimientos propiamente procesales o *Statutory requirements*, referidos al amplio número de representantes o *numerosity*, la presencia de vínculos o comunidad de intereses o *commonality* (referido a la posibilidad de que el demandante no satisficiera íntegramente la compensación para todos los afectados de asbestosis), *typically* (por el que había una típica situación de daños provenientes del mismo producto) y la adecuación de la representación o *adequacy of representation*, por el que quienes se atribuían la defensa de los intereses de la clase eran los más notables profesionales sobre la materia. Además de este conflicto, se presentaron otros siendo también significativo el de *Georgine v. Amchem Products*, también referido a los daños por asbestos.

Margrethe Jasper (246) destaca que en los casos de daños tóxicos o *Toxic Torts*, como el que envolvió a este proceso, la presencia de la *Class Action* resultó crucial para lograr el objetivo de la protección al promover economías en el ámbito judicial. Las pruebas

245. *Ibidem*, p. 54. Menciona Viguri, que esto significaba la supresión del derecho constitucional de los ciudadanos norteamericanos, a defender los intereses ante un jurado, lo que no era legítimo.

246. *Ob. Cit.*, p. 50.

de la defensa, apuntaron a cuestionar la credibilidad del demandante y de las pruebas presentadas en cuanto a la presencia de otras sustancias tóxicas que influyeron en la generación del daño.

4.2.3.2.1. Litigio por el uso del *Dalkon Shield*.

También es importante citar el litigio mencionado el que se relaciona con los daños en masa causados a las mujeres que utilizaron el producto defectuoso consistente en el dispositivo intrauterino, *Dalkon Shield*, fabricado por la compañía Robins. Para la reparación, esta empresa constituyó un *trust*, con la aseguradora Aetna Insurance Company y a raíz del conflicto, presentó su solicitud de quiebra. El Tribunal Federal de Apelación (4th Circuit), certificó la Class Action en función de la *Regla 23 (b)(1)*, y, al igual que en el caso antes citado, se llegó a un arreglo final para que el pago de las compensaciones se distribuyeran entre Aetna y Robins.

Las regulaciones procesales sobre las que se pronunció el Tribunal, no estuvieron referidas a la limitación de fondos, probablemente por estar de por medio una empresa aseguradora de recursos más amplios que no mostraba posibilidad de insolvencia. El tema de análisis estuvo vinculado más bien al hecho de que por la participación de Aetna, se pudiera producir judicialmente, *determinaciones inconsistentes entre sí* respecto a si dicha empresa era responsable de los daños producidos (lo que conduciría a decisiones inconsistentes), pudiéndose establecer estándares de conducta incompatibles para las partes que se opusieran a la "clase".

4.2.3.2.3. Litigio por implantes de silicona.

Otro modelo emblemático, que reviste un particular interés para comprender no solo las *Class Action* sino también, sus posibilidades para hacer efectiva la protección, es el de *Lindsey versus Dow Corning Corp* (247), referido al uso de los implantes de silicona. Solo describiremos los aspectos más saltantes del proceso; su mayor atractivo, en nuestra opinión, se centra en la minuciosidad del acuerdo al que se llegó con las compañías fabricantes.

El producto fue desarrollado desde la década de los 30, pero fue en los 40, que la demandada Dow Corning Corp, difundió ciertos usos como el gel para implantes mamarios y en los años 60, se utilizó el mismo en los Estados Unidos de América. De hecho, un caso que menciona Viguri (248), es el de una bailarina del club Cónдор en las Vegas, llamada Carol Doda, quien en pleno auge del top less, en el año 1964, se aplicó, según la tecnología de la época, hasta 20 inyecciones de silicona, para aumentar sus senos. Aunque existían indicios de los daños que se podían ocasionar por su ruptura y contacto con los tejidos, no se habrían dictado aún, en dicho país, regulaciones concretas para el acceso y uso de estos productos.

Lo concreto es que la indicada bailarina, tuvo que constatar, tiempo después, como la silicona destilaba por su cuerpo. Aunque en 1988, las autoridades de dicho país comenzaron a requerir datos sobre la seguridad de los implantes mamarios con prótesis

247. *Ibidem*, p. 99.

248. *Ibidem*, p. 99.

de siliconas, al parecer, desde 1976, Dow Corning Corp, ya tenía dudas sobre su seguridad. Inclusive, en ciertos experimentos con animales, había indicios de que provocaban reacciones inflamatorias y la muerte de los que los recibían. A consecuencia de los daños, se discutió si se trataba de casos de negligencia médica por parte del responsable de la operación (*medical malpraxis*), de ausencia de consentimiento informado (*lack of informed consent*) o, propiamente, de una acción de responsabilidad por defectos de fabricación (*manufacturing defects*).

En la defensa de *María Stern versus Dow Corning Corp*, su abogada, Nancy Hersh, a través de la investigación en los archivos de la compañía, llevada a cabo por dos de sus asociados, reveló que la posibilidad de ruptura de los implantes, era superior a la declarada formalmente por la empresa y que, al parecer, ésta ya conocía este hecho. La gravedad de las dolencias de la demandante y su falta de recursos económicos, la condujo a un arreglo directo que impidió conocer más del caso como las consecuencias de "silenciar" la información.

En *Desmarais versus Dow Corning Corp*, se evidencia la amplitud de los daños. La demandante, Louanna Desmarais se sometió a una operación para aumentar el tamaño de sus senos con implantes fabricados por la demandada. En 1984, tras sufrir de ulceraciones en su pecho izquierdo, fue operada para extirparle un fragmento de la silicona que destilaba y podía causar un riesgo aún mayor de afectar el tejido protector. Cuatro meses después de esa operación, la demandante tuvo que ser intervenida de dolencias en su seno derecho. La actora fundamentó su demanda en la negligencia médica, en la responsabilidad objetiva, en la violación del deber de comunicación y representación indebida ante lo que la compañía Dow Corning Corp, argumentó que procedía un juicio sumario y basada en la doctrina del *learned intermediary* era posible defenderse pues al comunicar los riesgos al colectivo de médicos, sin notificar al médico en concreto, la responsabilidad podía ser reconducida. Pero en este caso, no solo el Tribunal rechazó el juicio sumario sino que rechazó también la alegación referida a la exclusión del fabricante pues consideró que solo una advertencia al médico que efectúa la operación, evita que el productor esté excluido de informar al consumidor. Hay mucho más que incluir en torno a las discusiones de hechos y de carácter jurídico referido a los implantes de silicona producidos por la citada empresa como por otras lo que revela la importancia de la acción de clase en función de los requerimientos procesales ya expresados. *Lindsey versus Dow Corning Corp* constituyó una demanda cuya decisión fue dictada el primero de setiembre de 1994 y que agrupó a más de 200,000 consumidoras afectadas por estos implantes (siendo más de 600,000 quienes pedirían información sobre el proceso abierto), realizados con anterioridad al 01 de junio de 1993 (pues las numerosas reclamaciones se iniciaron antes de 1992 y antes de tal año, solo habían algunas demandas que sin embargo, mostraron resultados tanto a demandados como a demandantes beneficiadas con elevadas indemnizaciones como la de 4,5 millones que quedó en tres millones, dictada en *Livshits versus Natural Y Surgical Specialties* pues el implante generó cáncer en la víctima, basándose ella en la doctrina de ampliación de garantía o *breach of warranty* y la de *Toole versus MacClintock* en la que Brenda Toole, recibió 350,000 de daños compensatorios y 5 millones de dólares por punitivos también por causar el producto, cáncer a la víctima, aunque aquí, el argumento fue el de negligencia). Cabe señalar, que Dow Corning Co, en 1976 había publicado un folleto ilustrativo de los implantes señalando que ellos eran sencillos y de gran duración sin explicar adecuadamente los riesgos implícitos provenientes del implante mismo. El convenio marco, obligó a la empresa, a satisfacer un abono total de 4,25 billones de dólares. Además, este caso, reveló como aspecto clave, la necesidad de considerar una adecuada notificación a todos los miembros de la clase que pudieran a formar parte integrante de una acción

por lo que aquí, se impulsó un proceso de comunicación a través de anuncios, comunicaciones directas a las afectadas, a los médicos, etc.

Ya en esa época, se recurrió a las ventajas del sistema informático para hacer un adecuado compendio de la articulación procesal ascendente a más de cuatro y medio millones de folios situación que no evitó que el procedimiento se dilatara. Se considera que pese a los esfuerzos en la notificación, muchos afectados, no llegaron a conocer del proceso. El caso lo manejó un conocedor de estas acciones, el Juez Sam C. Pointer junior del Juzgado Federal de Primera Instancia del Distrito Norte de Alabama, quien con la ayuda de un panel o comité federal de 17 miembros, que él mismo constituyó, logró recoger las reclamaciones de los distintos distritos, pasando luego, a la elaboración del convenio el que también permitió una reducción proporcionada de las compensaciones las que se hallaban entre 104,000 y 1,4 millones de dólares concediendo a las demandantes, la oportunidad de desvincularse del arreglo si no estaban de acuerdo con las cantidades resultantes del ajuste. En caso de que un elevado número de accionantes, se retiraran, podía operar el retiro del demandado.

Otro tema interesante, se relaciona con la posibilidad de que, para facilitar el avance del proceso, y evitar una discusión sobre la causa-efecto de los sujetos que componen la clase, se diera una renuncia a los daños punitivos por los integrantes del grupo, calidad de daños que atemorizaba y atemoriza a los fabricantes. Se discutió también, el control a los honorarios profesionales o *contingents fees* que presenta, en algunos casos, gran desproporción respecto de la pretensión. En este caso, se limitaron los gastos en minutas de formalización y costos administrativos al 24% del fondo siendo esta cantidad, de 1,01 billones de dólares. El Juez habría aplicado en ciertos supuestos, beneficios especiales por la valoración del riesgo y la particular intervención o buenos oficios de los profesionales modificando la fórmula conocida como *lodestar* para modificar los tiempos de intervención de los letrados. El acuerdo, obviamente complicado y de naturaleza judicial, contempló las reclamaciones presentes y futuras sustentándose en el hecho de que los recursos de los demandados no eran ilimitados y podrían verse aún más reducidos si no se producía una concertación de intereses y por el contrario, se presentaban numerosas demandas; que el retraso podía ser mayor por la naturaleza de los litigios como por las dificultades en la atención de las cortes, entre otros aspectos.

Son cuestiones importantes, en nuestra opinión, la forma en la se plantearon temas como la recepción de reclamaciones por daños manifestados como por los que pudieran presentarse en los próximos 30 años sin que se pudiera objetar que tenían un interés de grupo; no se requirió que los afectados se sometieran a la revisión de médicos especialistas como en otras acciones de clase; se contempló la posibilidad de compensación adicional en ciertos casos como para enfermedades relacionadas con implantes, incluso en caso de que éstas se desarrollaran en los descendientes; la posibilidad de desvincularse si el pago era manifiestamente insuficiente de acuerdo a sus necesidades; quedó también fijado, un fondo especial para emergencias. Se ha objetado el que el Juez solo pudiera, en este caso, aprobar o desaprobado el acuerdo sin poder apreciar las características de las pretensiones concretas lo que deja en la defensa de cada afectado, la verificación concreta sobre la pertinencia o no de lo acordado sobre los casos individuales y la desvinculación de la demanda. En ello, podía considerarse el debilitamiento en el derecho a un pronunciamiento de los tribunales para lograr un pronunciamiento justo. Sin embargo, ello operó, a nuestro parecer, por la necesidad de que la autoridad judicial ponderara el apoyo a un mayor número de personas afectadas, dejando en cada sujeto, el determinar si obtenían un beneficio concreto u optaban por uno incierto. Los daños que pueden ser transmitidos a los descendientes, por la mutación genética inducidas por productos defectuosos son

situaciones no contempladas en estos casos (249). El 15 de mayo de 1995, Dow Corning solicitó acogerse al procedimiento de quiebra pidiendo la suspensión de las acciones por productos procurando evitar que la empresa quedara ligada a las contribuciones adicionales a las previstas en el acuerdo. El Juez de la quiebra Arthur Spector ordenó que el Comité de Letrados representante de las afectadas, quedara integrado en el Comité de víctimas de los implantes de siliconas. Sin embargo, aún en el caso de un país de tantas proyecciones económicas, ello no impidió que se produjera el desplome del acuerdo pues, llegado el momento, se elevó el monto de las reclamaciones previstas que originalmente fue por más de cuatro mil millones de dólares. Esto no resta mérito a la preocupación por cubrir los daños que pudieran revelarse hasta 30 años después de producido el implante.

La revisión de los anexos que incluye el interesante libro de Agustín Viguri (250), revela que este caso, tuvo una secuencia que merece ser reseñada en sus partes más importantes para comprender la forma en la que se trabajó este difícil caso y pueden ser atendidas situaciones similares. Ante la acción de clase presentada contra los fabricantes de implantes de mama fabricados con silicona, y *certificada* como tal en abril de 1994, se presentó un acuerdo que aprobado preliminarmente, fue luego homologado por el Juez Pointer del Juzgado Federal de Primera Instancia del Distrito Norte de Alabama en los Estados Unidos de América, siguiéndose el procedimiento que explicamos más adelante. De manera previa a la aprobación del acuerdo, el mismo Juzgado, inició un proceso de distribución de notas informativas hacia Europa, Asia, África, Australia, América del Sur y Canadá para informar del programa de indemnizaciones por los perjuicios ocasionados por el implante como los que pudieran manifestarse en el transcurso de los próximos 30 años. El acuerdo, según la nota informativa, comprendía a quienes se les hubiere implantado una prótesis de mama fabricada en los Estados Unidos antes del 01 de junio de 1993. Para tener derecho a los beneficios, era necesario inscribirse según formulario distribuido para tal efecto (debiéndose pedir al médico en donde se realizó la operación, la información que mencionaba la nota), a más tardar, el 01 de diciembre de 1994 bajo el plan de fondos designados o el constante por patologías. La inscripción del acuerdo impedía la presentación de litigios posteriores ante los tribunales de los Estados Unidos de América. Las personas que desearan oponerse o ser excluidos del acuerdo, debían presentar el respectivo formulario antes del 17 de junio de 1994, lo que les impedía obtener los beneficios resultantes del acuerdo pero les permitía iniciar posteriores litigios. Vencido tal plazo, solo podían ingresar personas al sistema, más no hacer observaciones, oposiciones o desistimientos. La no participación no generaría el beneficio del acuerdo. El 18 de agosto de 1994, se realizó la "audiencia objetiva" sobre lo equitativo o justo, razonable y adecuado que era el arreglo evaluando si el mismo debía aprobarse (*fairness hearing*). No era necesario asistir sino que podían enviarse observaciones por correspondencia lo que colaboraba con la simplicidad de la atención a las perjudicadas. La autoridad judicial consideró que el Acuerdo se había redactado de buena fe y que era amplio, transparente y flexible para facilitar su aplicación. Como ya se dijo, los productores fijaron un fondo de US \$ 4,225,070,000.- según fuera necesario para resolver las reclamaciones actuales y sucesivas contra los mismos. Aunque fueron admitidas, se fijaron menores compensaciones para las demandantes

249. Se ha señalado que en el caso de los implantes de siliconas, un examen a 11 hijos de mujeres sometidas a implantes de siliconas, reveló que seis de ocho bebés alimentados con leche materna, demostraban enfermedades al esofágicas y esclerodermia. El desarrollo de la ciencia, traerá, sin duda, nuevas luces sobre el tema. *Ibidem*, p. 132.

250. *Ibidem*, p.p. 234 a 323.

extranjeras. Era posible contratar un abogado particular pero quienes no lo tuvieran, quedaban automáticamente defendidos por los abogados de la colectividad. Se prepararon documentos sobre el acuerdo, con detalle de las personas comprendidas, las cifras a concederse en función de las características de los males generados (otorgándose una suma mayor mientras más joven fuera la víctima con disminución gradual y una clasificación por grados en función de la severidad de la inhabilitación). Se facilitaron líneas telefónicas para obtener información y un resumen de las principales preguntas y respuestas en torno a este conflicto y ella fue aprobada por el tribunal para que pudiera servir de orientación a las interesadas.

Los procedimientos han seguido adelante inclusive después de celebrado este acuerdo. Viguri (251), da cuenta de una indemnización concedida en noviembre de 1995, por un jurado de Reno en el Estado de Nevada a Charlotte Mahlum por un total de 13,90 millones de dólares por daños compensatorios y punitivos luego de alegar que el implante de silicona le generó esclerosis múltiple. En este litigio conocido como *Mahlum versus Dow Chemical Co.*, se observó que la actora prefirió demandar a la citada compañía que era accionista pero, al parecer, una especie de supervisora de *Dow Corning Co.* Aunque en otros casos, ya había sido desestimada la posibilidad de accionar contra esta empresa, no se rechazó su intervención y se concedió la indemnización.

La más elevada compensación individual, concedida por daños generados por implantes mamarios fue de 25 millones de dólares y es la dada a Pamela Johnson en los seguidos contra Bristol-Meyers Squibb Co., la cual se remonta a la operación que por razones estéticas se realizara la demandante en 1976, dictándose el fallo en diciembre de 1992 pues tras la ruptura del implante y el derramen de la silicona, se produjeron necesarias operaciones pero además, se habría analizado el cáncer generado en la víctima como resultado de la silicona (252).

No constituye tema central de este trabajo, analizar la magnitud de las indemnizaciones como, de manera minuciosa, los diversos mecanismos jurídicos que se ponen en marcha en las Acciones de Clase o *Class Action*, sino más bien aproximarnos a lo que ella puede ofrecer para nuestra realidad. Aunque resulta un reto seductor hacer un estudio comparativo y profundo del tema, nos limitamos a incluir apuntes sobre el tema.

Hasta Hollywood se ocupó de este conflicto en un drama que, según Jonh Meroney del Wall Street Journal de 11 de abril de 1997 (253), en un drama que mostraba el poder, el dinero, la corrupción, el sistema legal y aspetos del deseo de obtener belleza entre otros temas.

Indudablemente, crea preocupación entre los productores la posibilidad de que se llegue a la quiebra ante la generación de indemnizaciones por daños masivos. Sin embargo, lo que resulta necesario analizar es la necesidad de ponderar y conceder peso específico, en cada caso, al socorro, en el terreno procesal, a las víctimas, sector al que podemos ingresar todos como consumidores. El objetivo es alcanzar un justo equilibrio entre el derecho que tenemos a la vida, a la salud y a nuestro patrimonio como al que corresponde a la estabilidad del proveedor aunque en este caso, sea menester distinguir entre calidad de proveedores diligentes respecto de quienes no lo son y contra éstos últimos, dirigir las acciones correspondientes con toda la rigurosidad y sobre todo la creatividad que el sistema jurídico admita.

251. *Ibidem*, p. 158.

252. *Ibidem*, p. 160.

253. Se puede hallar esta nota en el sitio www.junkscience.com/news/holly.html.

4.3. La experiencia del Derecho Comparado y el Derecho nacional.

Como ya adelantamos, al realizar una reseña procesal que ha tocado lo dispuesto por el régimen vigente en nuestro país, la tutela se ha orientado a partir de una construcción jurídica en torno a los derechos subjetivos, que fue esencialmente individual en un primer momento, debiendo reconocer el aporte de la escuela alemana con Windscheid y Muther sobre la acción del derecho romano y más adelante, de la italiana, con Chiovenda y Carnelutti.

Bajo el llamado Derecho Común o *Common Law* y concretamente, en los Estados Unidos de América, ha operado una visión de flexibilidad en la imposición de reglas procesales en función de la categoría de intereses protegidos, aspecto que se ha reflejado o que ha quedado fijado en las resoluciones judiciales o precedentes, frente a los diferentes contextos propuestos por los daños masivos. Las *Class Actions* o Acciones de Clase, como ya mencionamos, tiene una amplia difusión y aplicación para daños masivos no solo vinculados a productos defectuosos sino a diversas clase de perjuicios como por ejemplo, la afectación de derechos constitucionales de ciertos sectores por razones de raza, políticas, perjuicios de carácter laboral, por el holocausto judío durante la persecución nazi en la segunda guerra mundial, daños ambientales, entre otros. Las reglas básicas, cuando se litiga ante las cortes de los Estados Unidos de América, son las indicadas en las páginas anteriores aunque cada caso, puede presentar detalles especiales y adicionales.

Somos de la opinión que, en el Derecho continental europeo en donde hallamos nuestras raíces procesales como específicamente en las referidas *Acciones de Clase*, ha operado la constatación de que, ante casos particulares, corresponde aplicar un noción de habilitación extraordinaria o excepcional originada en las características de ciertos conflictos de interés público, a favor de quienes no interpusieran la demanda de manera directa. Ello ha originado ajustes en la percepción de conceptos como el derecho de acción hacia su afirmación en procedimientos concretos y efectivos, de interés y legitimidad, sobre todo, en el marco del Derecho continental europeo admitiéndose, inclusive, la demanda y el desarrollo del procedimiento para quien invoca el *interés difuso* de personas indeterminadas o víctimas potenciales no identificadas.

Hay, pues, puntos de contacto respecto de la propuesta de las *Class Actions* del Derecho angloamericano y la contemplada en el artículo 82° del Código Procesal Civil peruano como en el artículo 51° del Decreto Legislativo N° 807, sobre Facultades, Normas y organización del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi. Esta última regla, es todavía más minuciosa y como ya mencionamos, se sustenta también en el citado artículo 82° del código procesal peruano, permitiéndose la acumulación, de manera genérica, de las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general, cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados que guarde conexidad con aquellas (254). En ambas figuras, se invoca el

254. Como indicamos en su oportunidad, el citado artículo 51° del Decreto Legislativo N° 807, inclusive, alude a la constitución de un fondo a partir de lo que se logre determinar como indemnización por la vía judicial, para resarcir a quienes acrediten ser titulares del derecho discutido en el proceso, ante el Indecopi. Como parece en el mentado artículo, se requiere de un

patrocinio de un conjunto indeterminado pudiendo tratarse de discusiones sobre bienes de inestimable valor patrimonial o la defensa del consumidor. Lo que se analizará en su oportunidad, para quienes se apersonen al proceso, será si hay una misma pretensión o elementos comunes respecto de las distintas pretensiones o por lo menos, elementos afines como precisa el artículo 84° del Código Procesal civil.

Sin embargo, las *Acciones de Clase* del derecho angloamericano, están proyectadas para daños masivos que abarquen a un grupo numeroso de afectados y demandantes que sean identificados o identificables. La numerosidad o la presencia de un elevado número de demandantes, sería un elemento de análisis previo por el juez o requisito de procedibilidad.

Para nuestro Código Procesal Civil no es indispensable aludir a un grupo especialmente numeroso. El beneficio excepcional para el patrocinio de intereses difusos, ha sido planteado en el artículo 82° del Código procesal civil, en función de la importancia concedida a las materias o temas que aparecen en el citado artículo como articulador de intereses e inclusive de hechos y argumentos de derecho típicos, y siempre que lo ejerciten sujetos particulares como el Ministerio Público y ciertas organizaciones e instituciones sin fines de lucro que según la ley o en función de una calificación o *certificación* del Juez, merezcan tal habilitación. En las *Class Actions*, pueden incorporarse como representantes, tanto las organizaciones e instituciones como otros sujetos siempre que el juez considere adecuada o apropiada su intervención o representación. Es requisito indispensable del artículo 82° del Código procesal Civil, que opere una forma de notificación a través de la publicación de una síntesis de la demanda en nuestro diario oficial y en otro de mayor circulación del respectivo distrito judicial. En las *Class Actions* hay indudablemente dicha notificación, operando todas las formas posibles y adicionales de comunicación lo que también responde a una realidad técnica pero también económica particular. Dependerá del Juez nacional, las reglas a aplicar con creatividad para que, según el caso, se cumpla el objetivo de informar a los afectados con celeridad y eficacia. Lo más valioso, de la experiencia foránea, lo constituye la posibilidad de profundizar en una propuesta de acción judicial por la que se propongan acuerdos de conciliación susceptibles de brindar respuestas amplias y dotadas de cierta efectividad, como se ha podido observar por ejemplo, en *Lindsay versus Dow Corning Co.*

Sería también interesante, que se tomen aspectos importantes de dicha experiencia para "armar" la normativa complementaria a las acciones para el patrocinio de intereses difusos, contemplada en el artículo 51° del Decreto Legislativo N° 807, de en donde se fije, por ejemplo, la posibilidad de sugerir, según el caso, los supuestos de atención para daños evidentes y los tardíos; un fondo para la protección de las víctimas ante lo cual, los afectados identificados concurren con un porcentaje que, en una primera etapa, facilite la atención para el mayor número de afectados; la atención prioritaria de los casos más graves, un fondo de emergencias, limitaciones para los gastos procesales o costos y costas, etc.

Ciertamente, hay mucho camino aún por recorrer para asimilar la creatividad procesal que revela la experiencia anglosajona en torno al tratamiento de la responsabilidad por productos defectuosos. Buena parte del impulso, descansa en la posibilidad de detectar y proyectar el daño ante la autoridad judicial salvo que éste revista tal carácter de gravedad que haga innecesaria una especial investigación sobre las características del defecto. En ese sentido, hay una gran ventaja dado el carácter especializado de los

Decreto Supremo destinado a regular los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo, regular los procedimientos de distribución o para la ejecución de las obligaciones en favor de los consumidores afectados.

operadores del derecho y de otros profesionales como los peritos vinculados a los diferentes productos que, en nuestro caso, está descansando en las asociaciones de consumo más dinámicas.

Sin embargo, ante el daño producido a un amplio número de sujetos, será menester considerar no solo los aspectos relacionados con la aplicación sustantiva como también con las cuestiones procesales específicas. Un tema adicional, por definir, será el de la aplicación del fallo dictado para quienes no han intervenido o no fueron parte en el procedimiento respectivo ni tampoco se incorporan para la recepción de una parte de la indemnización cobrada por Indecopi. Es evidente que no habría cosa juzgada para ellos, no será posible afectar sus intereses ni el acceso a la justicia (siempre que recurran a la autoridad en el plazo prescriptorio respectivo) de los que no se apersonaron al proceso ni cobraron beneficio alguno. Será menester regular la situación de quienes se presenten a Indecopi para cobrar parte de la suma cobrada por la citada Indecopi aunque es evidente que en este caso, habrá una sumisión a las condiciones que regularon este procedimiento y, a partir del pago total o parcial, los efectos de un acuerdo con efectos de transacción extrajudicial por los conceptos abonados que podrá ser opuesto por el productor que fuera demandado por Indecopi, como medio de defensa en caso de nuevo litigio, pues, aunque dicha institución, fue la demandante, el pago se ha realizado con dinero proporcionado por el productor demandado, actuando el Instituto como una intermediaria del pago, salvo por conceptos no comprendidos en la acción de Indecopi. Será necesario un trabajo intenso en la formulación de reglas para que ellas no se constituyan en un elemento que limite el interés de los afectados, pero que, al mismo tiempo, confiera al productor, los incentivos para solucionar los conflictos y aplicar la prevención que es siempre, la propuesta ideal en materia indemnizatoria. Las dificultades para la protección procesal, radican en la diversidad y amplitud del perjuicio al consumidor como lo atomizado que puede estar el reclamo lo que limita traducir las opciones en medidas concretas que orienten al juez. Las medidas previstas han sido concebidas con un marcado carácter individual que actualmente no es el único a considerar como hemos visto. Como ya adelantamos, el problema de detectar y probar ciertos perjuicios dada su complejidad, representa un problema previo para quienes quieran interponer las acciones pero también para su análisis durante el procedimiento mismo.

Hay mucho camino por andar y ni siquiera hemos dado, aún, los primeros pasos en los hechos aunque si en el ámbito formal de la normativa nacional, la que al ser escueta, deberá ser completada por la jurisprudencia.

Son, en nuestra opinión, elementos de facilitación para el acceso a la justicia, la fijación del criterio *pro consumidor* inmerso en el 2° de la Ley de Protección al Consumidor, las concedidas respecto de la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto (que podría ser aplicadas para la prueba sobre la seguridad del producto) la misma que corresponde al proveedor y la facilidad para que las partes ejerzan con libertad, su voluntad conciliatoria la misma que, de ser manifestada a través de los ofrecimientos que se realicen en las audiencias administrativas o fuera de ellas, no podrán ser utilizadas como medio probatorio de responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien lo formula, de acuerdo a lo fijado en nuestro país, por el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución N° 085-96-TDC (del Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi) en los seguidos por Humberto Tori Fernández con Kourus E.I.R.L. de fecha 13 de noviembre de 1996, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 30 de noviembre de 1996.

Como indicamos, hemos pretendido establecer rutas para la estructuración de un régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos orientado a la acción

efectiva, a la defensa de la vida y la integridad de la persona humana y de sus bienes, considerando que en un medio de recursos particularmente escasos, es indispensable alcanzar la real y justa protección de las víctimas a partir de los esquemas que propone el Derecho civil e inclusive el administrativo.

4.4. Mecanismos adicionales de facilitación para la protección de los consumidores.

Aludir a los mecanismos de facilitación, supone estructurar reglas para aliviar o eliminar las limitaciones para la protección de los consumidores que imponen los costos del litigio, el tiempo que tarda obtener la indemnización, la complejidad, etc. Además de lo ya manifestado, se trata de incidir en mecanismos procesales simples y transparentes, como la instalación de oficinas de ayuda u orientación gratuita a los consumidores sobre las reglas de protección y de acción concreta, en el ámbito de las instituciones públicas y organismos privados como asociaciones de consumidores y por qué no, de organismos ligados a los proveedores y con ello, a la producción y a su control (que permitan crear fondos de aseguramiento como existe, por ejemplo, en los países escandinavos), además de juzgados especializados, conciliadores y árbitros conocedores de la problemática que estos daños genera. Este puede facilitar el progresivo acceso a la justicia. Aunque la potestad de solucionar los conflictos, con carácter definitivo, reposa en la autoridad judicial, es fundamental, repensar en las opciones que permitan atender con rapidez, a bajo costo y de manera equitativa, las necesidades de los afectados potenciales y de quienes ya tienen la infeliz calidad de víctimas, sea en conflictos de gran magnitud como en los pequeños daños.

Organizar formas o mecanismos adecuados de solución de conflictos a través de una conciliación especializada, del arbitraje de consumo bajo el auspicio del sector privado y del Estado, constituyen retos de interesantes proyecciones.

La Comunidad europea ha trabajado en el avance de un sistema extra-judicial, diseñado para atender las reclamaciones en materia de consumo considerando para ello, la conciliación y el arbitraje (255). Con tal fin, se propiciaron ámbitos de discusión como coloquios de especialistas que, en Montpellier en 1975 y Gand en 1982, se ocuparon no solo de la tutela jurisdiccional sino también de la extrajurisdiccional.

Se ha reconocido la necesidad de incentivar la información y educación a los consumidores, crear mecanismos simples para los litigios de pequeña cuantía, etc. Es posible considerar la experiencia de *Órganos Privados de Recursos* que aunque tenían carácter privado, fueron creados por instituciones o agrupaciones empresariales, a veces, con la colaboración de organizaciones de consumidores para, bajo control o supervisión pública, impulsar la conciliación y el arbitraje. No obstante tener intereses claros a favor de determinados sectores de la actividad productiva, una organización como la indicada, puede colaborar para detectar y controlar los casos de productores informales al incentivar la educación del consumidor sobre todo en los sectores más humildes y desprotegidos del país.

Como señala Acosta, en el Estado francés, tal y como ha ocurrido en Dinamarca, los órganos extrajurisdiccionales tienen carácter institucional, integrados en centros públicos. En este sentido, es interesante resaltar la experiencia del *Buzón de Correos 5,000* y los llamados *jueces conciliadores*. En el primer caso, hay un objetivo de solución amistosa del conflicto que se inicia con el envío de cartas sobre los conflictos

255. ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*, p. 146.

de los consumidores al momento y después de adquirir bienes y servicios sea por incumplimiento de la reglamentación existente para los consumidores e inclusive, el generado en el terreno contractual. Es posible también hacer consultas sobre los temas indicados. Además de asesorar, se propicia el acuerdo con la intervención de las organizaciones de consumidores y a falta de acuerdo, los reclamos se trasladan a una Comisión de Conciliación integrada por representantes de los consumidores, de los profesionales y empresarios como de la administración (256).

Una figura adicional es la del *juez conciliador* que conoce de todo tipo de litigio o controversia, salvo la que está referida al estado de las personas y la controversia frente al sector público. Son elegidos en forma discrecional por el Presidente de la Cour d'Appel sin que se considere ninguna condición especial de representatividad. No obstante su nombre, que alude al régimen judicial, es considerado un órgano de arbitraje público de equidad, con sede en las administraciones municipales o locales, dotado de gran simplicidad y de oralidad en su desarrollo por el que se auspicia el acuerdo directo pero con poder de resolver como en un arbitraje; en Alemania, Italia y España, se encuentran esquemas similares de estímulo al arbitraje (257).

Un ejemplo a considerar es el arbitraje de consumo establecido en España por RD 636/1993, de 3 de mayo-BOE de 21 mayo de 1993 la que ha estimulado a las mismas proveedoras constituyan un sistema de solución como garantía adicional para el consumidor al momento de adquirir un producto. Aquellos que están integrados bajo el sistema de arbitraje, tienen la publicidad que así lo acredita dando una imagen de mayor seriedad para el consumidor. Aunque se requiere de una evidente adaptación, al reconocer que aludimos a realidades sociales y económicas diferentes que gozan de un aparato estatal con mayores recursos económicos para auspiciar estas iniciativas, no se debe perder de vista la posibilidad de trabajar en la reducción de los costos de la reclamación y la atención de los conflictos de manera rápida, segura e imparcial.

Resaltan Capelletti y Garth (258), que el sistema japonés, considerado como de muy reducida litigiosidad, ofrece un ejemplo sobresaliente respecto del uso de la conciliación por terceros respetados, interviniendo personas "laicas" o ajenas al sistema legal y un juez que escucha a las partes de manera informal y sugiere una solución justa. Una de las partes puede iniciarla y es el juez quien decide si remite o no el conflicto a un tribunal. En todo caso, la forma de atender las situaciones litigiosas goza de respeto pese a tener cierta antigüedad y por ello, haber surgido en un contexto autoritario muy distinto al que actualmente muestra Japón.

Creemos que en este terreno, no ha calado aún, en el ámbito nacional, la necesidad de contar con un manejo intensivo que se lograría con la reducción de costos, simplicidad y la consiguiente difusión, de los mecanismos complementarios de atención del conflicto o, simplemente, mecanismos extrajudiciales, para la composición de conflictos.

Tanto la conciliación, regulada en nuestro país a través de la Ley N° 26872-de Conciliación dictada el 13 de noviembre de 1997 como el arbitraje, regulado por la Ley N° 26572-General de Arbitraje, promulgada el 05 de enero de 1996, constituyen vías valiosas pero que requiere contar con personal especializado en la materia, bajos costos y mecanismos simples que faciliten, inclusive, la intervención del mismo consumidor para facilitar el acceso a la justicia en pleitos de reducido valor económico, los que, de no ser solucionados de manera directa y ser amparados finalmente por la autoridad judicial, deberían ser objeto de registro ante la autoridad administrativa encargada de

256. *Ibidem*, p. 153.

257. *Ibidem*, p.p. 153 y 154.

258. *Ob. Cit.*, p. 55.

estos conflictos (nos referimos a Indecopi). No hemos llegado aún, a la articulación de un mecanismo de conciliación y arbitraje de consumo simple y a bajo costo como existe en otros países, no obstante que se reconoce como tendencia actual, la desjudicialización de la atención de los conflictos. Esta es una sugerencia por trabajar.

La intervención de las asociaciones de consumidores resulta sumamente importante en dicho proceso de facilitación de la defensa procesal de los consumidores en general y de los afectados por la producción defectuosa en especial. Se están dando importantes avances en el tema. Nuestra Ley de Protección al consumidor, expresa, en su artículo 4° que dichas asociaciones son organizaciones que se constituyen de conformidad con la normativa del Código civil (259), siendo su finalidad, la protección de los consumidores. Su representación abarca la de sus asociados como la de quienes le otorguen poder y puedan interponer a nombre de ellos, denuncias y reclamos ante las autoridades competentes. Aunque no observamos, la formación, en nuestro país, de una tradición asociativa en la defensa de los intereses de los consumidores afectados por productos defectuosos y, en general, por cualquier otro daño, se observan iniciativas valiosas para mejorar esta defensa (260).

Respecto de lo que ya tenemos, es importante destacar que el artículo 40° de la Ley de Protección al Consumidor, según el texto planteado por la citada Ley N° 27311, permite que el procedimiento pueda ser iniciado de oficio, a instancia del consumidor afectado, o del que potencialmente pudiera verse afectado, o mediante denuncia de una Asociación de Consumidores, rigiéndose esta disposición, por lo establecido en el Decreto Legislativo N° 807 que regula las facultades del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-Indecopi.

Para el caso de productos adquiridos o servicios contratados por una sociedad conyugal (situación que resulta común) o por otros patrimonios autónomos, la modificación contenida en el artículo 40° antes mencionado, expresa que cuando se solicite la imposición de una medida correctiva de devolución o de reposición, la legitimidad para obrar corresponderá al patrimonio autónomo mientras que la representación procesal será de cada uno de sus integrantes según señala el Artículo 65° del Código Procesal Civil.

Representa un avance, la iniciativa incorporada a través del artículo 45° de la Ley N° 27311 de 18 de julio del 2000, para fortalecer el sistema de protección al consumidor, por la que se autorizó al Directorio del Indecopi para celebrar convenios de cooperación interinstitucional con asociaciones de consumidores de reconocida trayectoria, estableciéndose que también se podrá disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por dichas asociaciones, sean destinados a financiar publicaciones, labores de investigación o programas de difusión a cargo de las mismas.

Ordenamientos como el español, en el ámbito de la protección al consumidor y al dañado en general, reconocen la importancia de conceder apoyo tanto político como económico (que sería más restringido en nuestro país) o incentivos a las organizaciones de consumidores en tanto ellas pueden cubrir los espacios a los que no llegan otras instituciones. Estas organizaciones, en otros países, son invitadas para discutir los temas que importan a los consumidores y además reciben ayuda y subvenciones que en la práctica suelen ser su principal fuente de ingreso (261). En España, constituyen

-
259. Conforme al artículo 80° del Código civil peruano, la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una organización común, persigue un fin no lucrativo.
260. Queremos destacar en este sentido, las actividades que desde diferentes ámbitos, impulsa don Jaime Delgado Zegarra, través de una activa asociación de consumidores.
261. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley General para la defensa*

federaciones y confederaciones que amplían su espectro de protección e intercambio de información; estas organizaciones pueden dirigirse a la colectividad a través de los medios de comunicación en condiciones de igualdad con otras instituciones.

Otras formas de facilitar la atención de la problemática, involucran la revitalización de la figura de la Defensoría del Pueblo a través de un Defensor del Consumidor como hay en otros países principalmente en los países escandinavos; la creación de fiscales especializados para atender estos casos, además de la proyección, en coordinación con el Indecopi, de la orientación y el apoyo procesal especializado en áreas revelantes, en un ámbito regional mayor al actual.

Ante tales sugerencias, el dictado de regulaciones para agilizar el procedimiento indemnizatorio del consumidor, a través del uso de la vía sumarísima para los casos de ciertos daños (por lo general, de reducido monto) constituye, igualmente, una alternativa necesaria y valiosa.

Una propuesta interesante, es la expuesta por Cappelletti y Garth, al referirse a lo que llaman "mecanismos que se apoyan en la persuasión y no en la coerción" (262) y suponen la reparación a los perjuicios a los consumidores a través del apoyo de los medios de comunicación o información, tal y como ha ocurrido en Canadá, Inglaterra y los Estados Unidos de América entre otros países. Estaciones de radio y televisión como algunos diarios, se ocuparon de recibir las quejas de los consumidores, derivándolas a las respectivas reparticiones que las podían atender, o las investigaron directamente empleando el arma de la publicidad. El inconveniente del camino de la publicidad, radica en el mal uso que muchos pueden hacer de un mecanismo como el indicado amenazando con perjudicar al proveedor con dañar su nombre sin un verdadero ánimo de fomentar la solución armoniosa de los conflictos. En nuestro país, hay diarios como "El Comercio" que mantiene una página dedicada a tratar problemas que involucran a los consumidores y derivan, atienden o investigan sus quejas. Este trabajo, es en todo caso, un ejemplo de seriedad y apoyo concreto para mejorar la situación del consumidor. Aunque una conocida asociación de consumidores ha tenido acogida en un programa radial, no ha crecido el apoyo en este ámbito.

Sobre el particular, es importante reconocer que los mecanismos de facilitación que procuran proteger los intereses de la sociedad, pasan por considerar una noción particular de interés público rescatando el papel que juegan las instituciones en la protección de la población.

Para ello, recogemos los comentarios de Alfredo Bullard en cuanto a que se requiere considerar un marco institucional apuntalado en tres frentes: el formal; la exigibilidad o el "enforcement" y los presupuestos internos o el marco informal entendido en este contexto, como el *ánimus* o la disciplina moral (idea que también puede entenderse como el aprendizaje o la inducción hacia un cambio o internalización psicológica de valores) requerida para contratar y ejecutar un contrato bajo reglas de buena fe (263). Consideramos que sus comentarios son de gran valor al reclamar el funcionamiento concreto y efectivo de los modelos jurídicos.

Se destaca, en este contexto, que el marco formal, conforma un conjunto de reglas claras y sencillas dirigidas a proteger los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos como vehículos para el adecuado funcionamiento del mercado debiendo agregar en este contexto, los derivados de un esquema de protección ante los daños.

de Consumidores y Usuarios, ob. cit., p. 547.

262. *Ob. Cit.*, p.p. 76 y 77. También es importante considerar el trabajo de ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Ob. Cit.*.

263. GONZÁLES, Felipe, *Ibidem*, p. 244. El artículo citado forma parte de este texto y corresponde concretamente a Alfredo Bullard, *Las acciones de interés público en defensa de la libre competencia y la protección al consumidor: el caso peruano*.

La exigibilidad supone la existencia de idoneidad y eficacia en las medidas adoptadas por las que el sistema o la autoridad (judicial especialmente) aplica las reglas imperativas con criterios predecibles y bajo una apariencia de legitimidad o justicia.

A su vez, el marco informal (que, en realidad, apunta a la percepción moral o de valores), involucra concepciones éticas que abarcan la conciencia como también, en el inconsciente individual y el colectivo, constituyéndose en un sustento de conductas que son eficientes por ser honradas y predecibles incentivando la reducción de los conflictos.

Como bien dice el indicado, Alfredo Bullard, el marco institucional construido sobre la base de los citados frentes o elementos, no solo consolida los cambios sino que los puede legitimar frente a la población que puede llegar a sentirlos como algo suyo o por lo menos, como un ideal digno de protección y apoyo.

Resulta interesante agregar, en esta parte, los comentarios de Douglass C. North respecto a la importancia de las instituciones como importante herramienta para la estructura de incentivos de una sociedad, al ser ellas las que sobre la base de consenso social asignan códigos de recompensas y sanciones (264).

La facilitación estaría dada por la asignación y ejercicio de un papel dinamizador a las instituciones pero también, en la fijación de mecanismos concretos que permitan la protección efectiva ante los daños causados por los defectos de los productos.

Precisó North que el desarrollo en el terreno económico se fundamenta en la productividad a través de la maximización de resultados y ello se logra mediante el diseño institucional que aliente a las personas para emprender actividades productivas lo que se traduce también, en actividades o conductas reconocidas como deseables o no deseables para la comunidad. Lo interesante es que la internalización propiamente dicha, se logra por la fuerza de la imposición de modelos por los que se refuercen dichas conductas "deseables", situación que nos lleva a un terreno más bien de corte psicológico que es en donde reposa, finalmente, el éxito de las medidas adoptadas.

Bajo una óptica económica liberal, Douglass North insistió en la privatización de los activos al considerar que hay mercados en los que asignar derechos privados que sean protegidos y explotados racionalmente, resulta más eficiente. Manifiesta North, que se debe insistir en la obligatoriedad de la ley reforzando los derechos de propiedad o para este caso, las reglas de responsabilidad civil; y, finalmente, es fundamental un Poder Judicial que de manera oficial, justa, imparcial, y bajo esquemas estables, predecibles, busque hacer velar los acuerdos o las reglas.

264. INDECOPI, Instituto Apoyo y Promperú, *Importancia de las instituciones en el desarrollo de una economía de mercado*, Impresión Pacific Press, Lima, 1996, p. 19. Resulta interesante destacar que, en este punto, hay un juego terminológico que nos viene del Análisis Económico del Derecho pero que, en buena cuenta, se relaciona íntimamente con la psicología. En efecto, el esquema de castigos y recompensas guarda clara relación con el aprendizaje propuesto por el conductismo por el que las personas responden a los estímulos externos (incentivos y desincentivos del instructor o del sistema), demostrando una conducta determinada en respuesta al premio o al castigo. La internalización o interiorización que, en economía, representa la incorporación o asunción de determinados elementos (el cálculo del costo y el beneficio) que la persona tomará en cuenta, en la toma de decisiones, proviene también, de la incorporación de valores, actitudes y patrones conductuales a los que es sometido el sujeto. La asimilación conceptual se vincula a la conexión social de ambas disciplinas. Sin embargo, creemos que el campo de la psicología ofrece lecturas más complejas para tratar las relaciones humanas. El cálculo de costos y beneficios, es, sobre todo en nuestro país, una herramienta de apoyo más y nunca la única a considerar, en este juego de incentivos y desincentivos, ganancias y pérdidas que es la vida. Como abogados, la búsqueda de un esquema justo para las víctimas y para los productores, evidentemente, está ligada a ese cuadro que, desde su perspectiva, ambas disciplinas estudian.

Un marco institucional sólido que repose en el consenso, a la larga o a la corta, legitima un sistema económico y jurídico por el apoyo de la población.

Creemos que hay todavía mucho que hacer en nuestro país en lo que corresponde a la construcción de un adecuado marco institucional. A nivel del marco formal, se han dictado diversas normas que propugnan la simplificación y claridad de reglas a nivel de la protección al consumidor, muchas que propugnan mecanismos adecuados para la solución de conflictos como son las de conciliación extrajudicial y arbitraje, ambos, con cierta dosis de especialización.

Se han dado aciertos en el terreno de la regulación o desregulación con el ánimo de facilitar las actividades de los sujetos y también para la protección de los consumidores en el terreno de la producción defectuosa. La Ley de Protección al Consumidor ha ido sufriendo ajustes con la finalidad de facilitar esos objetivos (265).

Sin embargo, coincidimos con quienes piensan que en el ámbito del *enforcement* o ejecutabilidad de reglas hay todavía, graves deficiencias que “borran” o alteran cualquier intento de cambio (266). En efecto, el manejo del Poder Judicial en el Perú al que llegan los reclamos de muchos consumidores y el que llegado el momento, tiene el rol de ejecutar las resoluciones dictadas por el Indecopi, se realiza sobre la base de una revisión solo de carácter procesal más que sustantiva. De allí, la importancia de fomentar una especialización también en el terreno de la autoridad judicial. La materia requiere de formación jurídica especializada y una importante dosis de tecnicismo en la evaluación del defecto.

Aunque el principio por el que la interpretación de las regulaciones de protección al consumidor, se realizan en el sentido más favorable al consumidor (267), será importante verificar la interpretación que se da a tal precepto con la finalidad de requerir al proveedor, la entrega de información relevante. En ciertos casos, será importante evaluar la posibilidad de conceder derechos a los consumidores o a las organizaciones para pedir de manera directa, información cuando se trata de adquirentes de productos sobre los que existen indicios claros de daños a los consumidores.

La posición imparcial de las autoridades y su acercamiento especializado a esta problemática facilitaría llegar a la verdad y evitar la afectación del derecho de las partes a una profunda y justa investigación. No es casual que no haya sido posible ubicar una sentencia judicial que revele pleno conocimiento o la formación adecuada en estos temas. Eso nos lleva a sugerir la inclusión de tema en los cursos que imparta a los magistrados, la Academia de la Magistratura.

La falta de un marco institucional racional y previsible de administración de justicia en el terreno de la producción defectuosa especialmente, afecta el diseño de un sistema jurídico moderno que pueda generar confianza y hacer que el peso de los daños causados por los defectos de los productos descansa en el responsable.

265. Las modificaciones más saltantes se han dado en nuestra opinión, a través de las impuestas por las Leyes números 27251 y 27311 dictadas durante el año 2000 las cuales establecieron una regla por la que los preceptos de este régimen, deberán interpretarse a favor del consumidor (Ley N° 27251); y, aquellas que establecen la facultad de la Comisión de Protección al Consumidor para ordenar cualquier medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro tal y como aparece en el artículo 1° de la Ley N° 27311, el cual modifica el artículo 42° del citado Decreto Ley de Protección al Consumidor.

266. GONZALES, Felipe, *Ibidem*, artículo de Alfredo Bullard ya citado, p. 245.

267. Artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor aprobada por Decreto Legislativo N° 716, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27251.

A la larga, el proveedor que tome costosos seguros para proteger a las víctimas eventuales, por los daños que sus productos generen, competirá de manera desigual con quien no contrata ningún seguro y menos aún es cuidadoso con los productos que coloca en el mercado. Este último tiene el incentivo de un menor costo de sus productos lo que al final, le genera mayores ingresos. Ese menor costo proviene no solo de la falta de cuidado y obviamente, del costo del seguro que no paga pero también de las indemnizaciones que no abona pues el régimen imperante es incapaz de dar respuestas eficientes que lo castiguen por sus omisiones.

Accionar contra un proveedor descuidado involucra tomar en cuenta el plazo del proceso, lo impredecible del resultado y el beneficio que eventualmente se generará, lo que se constituye en un real problema cuando se trata de considerar un país pobre como el nuestro. En efecto, si a la incertidumbre y a la falta de acciones claras, le sumamos las reducidas posibilidades que los perjudicados tienen por sus situaciones de pobreza, veremos un paisaje de descontento y frustración que, a la larga, genera más conflicto.

La falta de un adecuado sistema para detectar los problemas y luego del daño, hacer efectiva la defensa y ejecutar las reglas, afecta con mayor fuerza a los sectores menos favorecidos que son aquellos que deberíamos proteger; quienes tienen menores restricciones para la viabilidad de sus proyectos, se informan pudiendo evitar ser afectados o en caso de daño, logran una mejor negociación con sus proveedores.

Al no llegar muchos reclamos a la vía judicial ni a la administrativa por no darse incentivos para ello, en las clases populares que son los más, pero el público en general, desconoce qué productos causaron daños, eliminando o limitando la posibilidad de sanción y la supresión “natural” del producto defectuoso por la vía del mercado.

Con relación a la facilitación por la vía de un arreglo pre-judicial, resulta importante el apoyo que confieren la reglas que regulan la actividad de Indecopi según lo previsto en el artículo 39° del mencionado Decreto Legislativo N° 716-Ley de Protección al Consumidor. De acuerdo al artículo 38° de la citada Ley, se busca solucionar las disputas recurriendo a la conciliación, la mediación, el arbitraje o mecanismos mixtos a fin de que a través de procedimientos sencillos y rápidos se atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios sin perjuicio de las competencias administrativas.

Sería importante, sin embargo, apuntar a una efectiva descentralización de funciones de la Comisión de Protección al Consumidor o de su Secretaría Técnica para acercar la realidad de la reclamación a otros ámbitos geográficos, fuera de las fronteras de Lima o del mismo Indecopi, a través de la delegación a que la indicada ley admite en su artículo 46° (268).

También en el terreno de la complementación administrativa, y, por esa vía, de la facilitación, es conveniente considerar la conveniencia de crear un procedimiento administrativo especial e instancias también especiales para reclamaciones pequeñas de los consumidores. Establecer un alto costo para el pago de la tasa por apelación para acceder a la Sala de Derecho de la Competencia o Tribunal del Indecopi, conduce a la desprotección o indefensión; este es un tema a trabajar a fin de que este pago, se halla al alcance de la mayor parte de los consumidores peruanos, sobre todo, cuando se observan reclamaciones relativamente diminutas en monto aunque no en términos de repetición o frecuencia.

268. "Artículo 46°.- La Comisión de Protección al Consumidor, previo acuerdo del Directorio del INDECOPI, podrá delegar sus facultades o las de su Secretaría Técnica a otras instituciones públicas o privadas para conocer acerca de las presuntas infracciones cometidas en determinados sectores de consumo o dentro de un ámbito geográfico específico."

La variación operada a través de la Ley N° 27311 (269) al conceder a la Comisión de Protección al Consumidor la posibilidad de pronunciarse sobre la reposición y reparación de productos, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o cualquier otra medida tendiente a revertir los efectos de la conducta infractora, ha buscado reforzar los canales de atención y suplir, en nuestra opinión, los problemas que aquejan a los consumidores de requerir la atención de estos conflictos por la vía del Poder Judicial. Es obvio que hay allí un mecanismo facilitador en sede administrativa.

Fueron muchos los reclamos tendientes a que se ordene alguna medida tendiente a revertir los efectos de la conducta infractora del proveedor; ninguna fue aceptada debido al tenor de la normativa aplicable (270).

La presencia de numerosas reclamaciones por quienes creían tener la calidad de consumidores (y no la tenían por no ser consumidores finales), reveló que durante los primeros años de creación de Indecopi y de aplicación de la normativa, hubo un generalizado desconocimiento de las atribuciones de tal institución. Las solicitudes se fundamentaron en lo previsto por los artículos 5° inciso e) y 32° de la Ley de Protección al Consumidor. Tanto la Comisión de Protección al Consumidor como la Sala de Defensa de la Competencia en primera y segunda instancia, respectivamente, determinaron que esos supuestos planteados como de responsabilidad civil, no reconocían la facultad de Indecopi para determinar la reparación, acción que solo podía ser realizada por el Poder Judicial.

Consideramos que la presión por “armar” un esquema eficiente, generó la propuesta sobre las medidas correctivas planteadas primero, en el Documento de Trabajo N° 001-1999 denominado “Avances, retos y propuesta en la promoción de los derechos del consumidor”, publicado en el diario oficial "El Peruano", en el año 1999, con motivo del “Día del Consumidor” (271).

Mediante dicho documento, Indecopi propuso un cambio al artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor a efecto de crear un nuevo articulado que permitiera un pronunciamiento en torno a la determinación de una reparación de carácter patrimonial. La razón que se dio para tal sugerencia fue la expectativa del consumidor quien al recurrir al Sistema de Apoyo al Consumidor hoy Sistema de Apoyo al Ciudadano (el cual se constituye en un ente de apoyo que propicia la conciliación o la solución de conflictos sin que medie una denuncia formal del consumidor) o a la Comisión de Protección al Consumidor, esperaba la solución integral de su conflicto.

La propuesta quedó a la espera de modificaciones que se produjeron a través de la Ley N° 27311; dicha ley, sin aludir expresamente a la facultad de ordenar indemnizaciones, permitió que el Indecopi admita a través de las llamadas *medidas correctivas*, entre

269. Ley N° 27311 de 26 de junio de 2000, publicada el 18 de julio de 2000.

270. Hay ejemplos que ilustran ese criterio, siendo uno de ellos, el contenido en la Resolución N° 059-97-TDC, recaída en el expediente N° 028-96-C.P.C. en los seguidos por Rosa Augusto Laos contra Abical Motors S.A. sobre pretensión indemnizatoria y cumplimiento de la oferta y promoción de productos. La señora Augusto Laos había solicitado a Indecopi, se le conceda una indemnización por los daños y perjuicios causados al no recibir la denunciante, información veraz y suficiente acerca de los beneficios adicionales por la compra de un vehículo, pretendiendo desconocerlos y además, variar unilateralmente dichas prestaciones. La mencionada Sala formuló una ilustrativa descripción sobre el ámbito de su competencia, el que sólo permitía la aplicación de las sanciones administrativas conforme a los artículos 42° y 46° de la Ley de Protección al Consumidor, aún cuando esa disposición aludía en su artículo 5° inciso e) al derecho de los consumidores a la reparación por los daños y perjuicios como consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.

271. El cual se celebra el día 15 de marzo de cada año.

otras, la reposición y reparación de productos; la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y, cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro según aparece en el artículo 42° de la Ley 27311.

Originalmente, el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor señalaba la posibilidad de que Indecopi, a través de su Comisión de Protección al Consumidor, estableciera sanciones de carácter administrativo tales como advertencia; multa; decomiso y remate la mercadería; destrucción de mercancías, envolturas y/o etiquetas; y, clausura del establecimiento o negocio sea temporal o definitiva (272).

Resulta indudable que dichas medidas, al ser actos emanados de una autoridad administrativa, se rigen por los artículos del Título Preliminar, artículo 1° y demás pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General contenido en la Ley N° 27444 publicada el 11 de abril de 2000, ley a la cual también se somete el procedimiento en el que se analiza el conflicto. La medida correctiva surge, a su vez, de un procedimiento que respete los principios de debido proceso, obviamente el de legalidad, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, y demás que resulten aplicables de acuerdo a lo descrito en el Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Agotada la vía administrativa, procede discutir la validez de las medidas sobre la base del procedimiento contenido en la Ley N° 27584 publicada en el diario oficial, el 7 de diciembre de 2001 la misma que regula el proceso Contencioso-Administrativo.

La discusión más importante no se presenta en el terreno descrito sino en si las medidas correctivas tienen o no el carácter de una indemnización o reparación.

La Comisión de Protección al Consumidor a través de las Resoluciones números 513-2000-CPC de 01.02.01 y la 617-2000-CPC de 25.01.2000 (273), ha manifestado que no cabría considerar que las medidas correctivas tienen carácter resarcitorio *per se* (274) por ser ellas de carácter administrativo.

Somos de la opinión que hay en dichas medidas, facetas indemnizatorias que funcionan como facilitadores para la fijación de un sistema de apoyo al consumidor, aún cuando por su origen y características formales, tengan carácter administrativo. Su función es la de proteger la satisfacción de los intereses inmediatos y patrimoniales del consumidor, cumpliendo con lo indicado en la Constitución y en la Ley de Protección al Consumidor.

Concretamente, los incisos d), e) y f) del artículo 42° de la Ley antes indicada (275), conceden a la Comisión de Protección del Consumidor, la posibilidad de disponer la

272. -Tal artículo, en la parte que establecía la clausura definitiva fue modificado por efecto del artículo 20° del Decreto Legislativo N° 807, disposición publicada el 18 de abril de 1996 y de manera integral en función de lo previsto por los artículos 41° y 42° de la Ley N° 27311 publicada en el diario oficial el 18 de julio de 2000-

273. [Citadas por Juan Espinoza Espinoza quien fuera miembro de la Comisión de Protección al Consumidor, en la publicación mensual de la Gaceta Jurídica, Legal Express, Año 1, N° 2 de febrero del 2001, en cuya página 3, aparece un artículo del citado Espinoza, La Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor y las Nuevas Medidas Correctivas. Un tipo de reparación civil?.](#)

274. [Ibidem, p.3.](#)

275. ["Artículo 42°.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:
a\) \[Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;\]\(#\)
b\) \[Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 \\(sesenta\\) días calendario;\]\(#\)](#)

reposición y reparación de productos; la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o, cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Se observa en este sentido, clara identificación entre lo que tal artículo expone y los comentarios que formulan autores clásicos como Henri y León Mazeaud y André Tunc en su *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil* (276). Sobre los modos de reparación, dichos juristas explicaban que tras la verificación de la responsabilidad del demandado y el derecho del demandante, la autoridad judicial, tiene dos caminos:

- a) Puede disponer la reposición de las cosas en el estado anterior; adoptará las medidas propias para colocar al demandante en la misma situación que si el demandado no hubiera incurrido en responsabilidad. Decían que del acto ilícito no quedaría “sino el recuerdo” y sus efectos desaparecerían.
- b) Puede no tratar de borrar el daño sufrido pero sí esforzarse por compensarlo tomando las medidas destinadas a procurar a la víctima una ventaja que resulte el equivalente del perjuicio padecido. El perjuicio no desaparece sino que queda compensado (277).

La redacción del citado artículo 42°, guarda evidente similitud con lo planteado en el apartado a) de la exposición de los Mazeaud aún cuando la dinámica que sustenta la emisión del acto administrativo, es restringida a los conceptos legalmente autorizados. Se puede disponer la reposición, reparación del producto y la devolución de la contraprestación pagada y en esos ámbitos, directamente vinculados a la devolución. Una premisa que refuerza la esencia o el carácter real de la medida, es la constatación de que, de haberla concedido el Indecopi, no podría la autoridad judicial requerir su abono sino que, por el contrario, tendría que deducir el monto pagado por la devolución de la contraprestación y limitar su pronunciamiento a los demás conceptos que hayan sido objeto de la demanda como puede ser el daño moral o extrapatrimonial y los patrimoniales como otros vinculados al lucro cesante por ejemplo. Al ser la naturaleza jurídica concreta, la misma, no podría requerirse del proveedor una doble imposición al solicitar se abone nuevamente, en el respectivo procedimiento judicial indemnizatorio, lo ya pagado en función de una medida correctiva dispuesta y aplicada como podría ser, por ejemplo, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor.

La medida correctiva es, por su origen y por el ente que la aplica, evidentemente administrativa; sus efectos y consecuencias, sin embargo, tienen impacto en el ámbito indemnizatorio.

c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado. La publicación se realizará por cuenta y costo del infractor, hasta por un máximo de 30 treinta días calendarios;

d) Reposición y reparación de productos;

e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor; y/o,

f) Cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del INDECOPI y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, serán puestos a disposición de éstos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 45° de este Decreto Legislativo.”

276. Ob. Cit., Tomo III, Volumen I, p. 480.

277. Ibidem, p. 480.

Una primera lectura de lo previsto en el artículo 42°, pareció mostrar una tendencia a comprender todos aquellos conceptos que permitieran una corrección total de la infracción cometida por el proveedor contra el consumidor, incluyendo también, el daño extrapatrimonial en base a lo dispuesto en el inciso f) del artículo 42° de la Ley de Protección al Consumidor, según modificación realizada por la Ley N° 27311. Una interpretación sistemática pero que, además toma el principio de legalidad que anima y sostiene la conducta pública y, en general, las atribuciones o potestades reconocidas a los entes públicos, respecto de conceptos que no tengan parámetros concretos para la "reversión" como ocurre con el daño extrapatrimonial, limita considerar que hay allí una fórmula abierta; si bien, el citado inciso, alude a medidas destinadas a revertir los efectos de la conducta infractora, ello dependerá de lo que las partes pactaron y de los conceptos que es razonable pedir al proveedor.

La revisión integral del artículo nos orienta hacia dos primeros parámetros para la acción pública: los contenidos en los artículos d) y e); debemos entender que lo que se ordena en el inciso f), es más bien, por el devenir de las competencias administrativas descritas, un precepto que complementa la posibilidad de revertir y por ende borrar en el terreno patrimonial (que es en el que se expresan los dos incisos mencionados), el daño causado por el defecto.

Queda en el Juez, la potestad de ordenar o pronunciarse sobre todas las facetas del resarcimiento expresados de manera concreta en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor.

Creemos que es jurídicamente posible conceder una atribución como la indicada en el artículo 42° antes mencionado, en la medida que, como se reconoce en la doctrina nacional (278), resulta innegable que para cumplir con determinadas funciones y dado su carácter especializado en ciertas materias, la Administración Pública puede contar y, de hecho, cuenta desde hace mucho tiempo, con la potestad de resolver aquellos conflictos que merezcan especial tutela jurídica e interesa a la administración cumplir como parte de su rol ejecutivo, suponiendo el ejercicio de las funciones legalmente concedidas (279). No tienen ellas, todas las facetas amplias que contiene la función jurisdiccional y que son como refiere Hernando Dévis Echeandía (280): a) la potestad de intervenir para desatar un conflicto de pretensiones jurídicas sometidas a su decisión; b) pronunciar declaración que persona interesada le ha solicitado y sin que ello entrañe conflicto por desatar contra otra o actuando para investir de legalidad ciertos actos; c) realizar la ejecución forzosa o coactiva de un derecho. El abanico de posibilidades es amplio y entraña la revisión de lo resuelto por los entes administrativos de acuerdo a ley.

Aún cuando de por medio pudiera acusarse que Indecopi pretendía una maximización de sus intereses y de su papel, en agravio del Poder Judicial, lo cierto es que esta ampliación de facultades tenía y tiene como ventaja la de centralizar la acción en una institución que había revelado mayor rapidez y uniformidad con la consiguiente predecibilidad de sus fallos.

La ejecución de estas medidas, requerirá del auxilio de la autoridad judicial agotados todos los recursos o plazos para que la resolución respectiva pueda ejecutarse.

Ideal hubiera sido insistir en la mejora de los fallos del Poder Judicial a efecto de concentrar la acción en un solo órgano (es decir, en una especializada autoridad

278. [RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico- Introducción al Derecho*, Lima, Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2001, p. 71.](#)

279. [CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 409.](#)

280. [DÉVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1964, p. 36.](#)

jurisdiccional, por ejemplo). Sin embargo, ya que los requerimientos de los consumidores hacen necesario un previo proceso de difusión de la problemática a nivel judicial, resulta necesario aprovechar la mayor especialización que tiene el Indecopi en torno al tema, manteniendo el mayor nivel de transmisión de experiencias y de coordinación que sea factible.

Ante las dificultades para modernizar el Poder Judicial a efecto de que logre superar la permanente y elevada carga procesal y mayor especialización en torno a la materia, la modificación propuesta y lograda permite salvaguardar los intereses de los consumidores con mayor rapidez y eficiencia. Ello no quita la necesidad de proceder a su adecuada difusión en el ámbito nacional.

Coincidimos con Alfredo Bullard cuando menciona que no es fácil sistematizar los ámbitos de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor; no coincidimos, sin embargo, en su comentario en cuanto a que ésta tiene, en principio, un rol de protección residual⁽²⁸¹⁾.

Las modificaciones producidas concretamente al artículo 39° de la Ley de Protección al Consumidor, por efecto de la Ley N° 27311, que ahora especifica que es la Comisión de Protección al Consumidor el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones al régimen de protección al consumidor, el panorama ha variado y de hecho, la intervención de la Comisión ha pasado a tener un carácter directriz más que residual. Se ha conferido al Indecopi, la atribución de determinar administrativamente los lineamientos administrativos para la protección al consumidor y las diferentes facetas de las conductas lícitas como los incentivos o desincentivos relativos al tema.

Las pautas dictadas han tenido como veremos, una construcción que recogió conceptos fijados por la jurisprudencia americana, aunque también otros del moderno derecho de consumo en el ordenamiento europeo.

No facilita o mejora el esquema, en todo caso, la carencia de un manejo coordinado por el Poder Judicial y el Indecopi, de conceptos básicos y/o comunes como el criterio de idoneidad, de seguridad o peligrosidad o también cuando se trata de considerar la difusión de ideas sobre la carga de la prueba por parte del proveedor.

Ciertamente, no puede negarse el gran esfuerzo de muchos magistrados por introducir ideas novedosas y mejorar la calidad de sus fallos. Sin embargo, sería ingenuo pensar que frente al despliegue general de las autoridades judiciales en el ámbito nacional, tal intento revista un carácter significativo.

Aunque la Comisión de Protección al Consumidor asume en primera instancia, la fijación de sanciones al proveedor como la posibilidad de pronunciarse en torno a algunas medidas que procuren la reversión de los efectos causados con la conducta infractora, es fundamental que el Poder Judicial atienda, con el tiempo, estos procesos de manera especializada para comprender el fenómeno reparador de manera integral.

Pese a las diferencias que hay entre el razonamiento judicial y el administrativo, creemos que debería apuntarse de criterios similares en temas como la noción de producto, defecto y la peligrosidad o el riesgo o de idoneidad, planteándose un manejo coordinado para tales casos.

Como se adelantó, sería importante proyectar procedimientos particulares o el uso de la vía del procedimiento sumarísimo en la vía judicial, para atender las reclamaciones por daños generados por productos defectuosos, cualquiera que sea el monto. Como ya se

281. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, *Ob. Cit.*, en GONZÁLES MORALES, Felipe y otros, *Las Acciones de Interés Público, Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, abril de 1997, p. 273.

adelantó, la creación de juzgados y salas o tribunales especializados para la atención de la problemática indemnizatoria del consumidor, es una propuesta a analizar.

También iría en esta línea, la fijación a través de la emisión de reglas o líneas de interpretación destinadas a evitar que se burle a los consumidores afectados a través de la "canibalización" o la desviación del patrimonio de un proveedor que va camino a ser declarado culpable en una demanda indemnizatoria, mediante mecanismos como el uso efectivo en el ámbito judicial, de la doctrina del "levantamiento del velo societario" que supone atender al uso fraudulento de la figura societaria con la finalidad de impedir los efectos de la aplicación de una sentencia indemnizatoria.

Se propugnaría, de esta manera, un sistema que proyecte simplicidad, celeridad, estabilidad, aplicación cierta, mayor estandarización, y, en general, la necesaria eficacia en torno a los alcances del régimen de protección a las víctimas de la producción defectuosa.

La adopción de reglas simples y mensajes claros al proveedor con líneas de coordinación entre las autoridades judiciales y administrativas a partir de lo que ocurre en el ámbito de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia nacional y la foránea, constituye un ideal que no debería ser eludido.

Como menciona North, es fundamental insistir en reducir los costos para la medición de atributos y los que se requiera emplear para requerir la obligatoriedad de los acuerdos (y obviamente de cumplimiento de la ley bajo interpretaciones predecibles).

La larga explicación en torno al importante papel de marco formal no puede llevarnos a olvidar o dejar de lado, la percepción o la idiosincrasia social de la población. En este como muchos otros países en vías de desarrollo o del tercer mundo, con economías frágiles, se suele observar en el proveedor una visión cortoplacista e indisciplinada frente al orden y a los principios de honestidad comercial y responsabilidad en la colocación de productos, lo que afecta el marco planteado en este trabajo como formal. Ella nace de múltiples factores, siendo uno de ellos, un débil trabajo en la educación en valores pero también, en el aprendizaje por observación que proviene del éxito de las conductas ilegales o deshonestas, que no son objeto de sanción (en buena cuenta, de la falta del *enforcement*).

No es fácil, sin embargo, aludir a disciplina o a la imposición de adecuadas propuestas o esquemas de conductas cuando se observa que el sujeto que opta por reclamar, recurre al Poder Judicial para verse obligado a esperar años por un fallo favorable o por la ejecución de una resolución administrativa o acuerdo conciliatorio o de un laudo que ya estableció su derecho. Si el proveedor sabe que no se aplicará ninguna medida efectiva o se darán débiles o lentas sanciones, tendrá los incentivos para actuar negligentemente.

Más que una "cultura de autoridad", deberíamos aspirar al desarrollo de mecanismos de auto eficacia o auto eficiencia generada en la reflexión y creación o reforzamiento de técnicas internas de motivación para el control y la protección de las personas lo que se hace con campañas realizadas con la colaboración de los medios, que promueven el respeto a las regulaciones de sentido común que explican el valor de las reglas de convivencia. No negamos que la ejecutabilidad empiece por una "mano" que cumpla con imponer la norma o la percepción que la ley será aplicada de manera efectiva. Pero inducir a la mejora en la calidad del razonamiento de las víctimas potenciales y de los mismos proveedores debería constituirse en un ideal que se traduzca en medidas educativas concretas.

Las resoluciones pronunciadas por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, se constituyeron en un elemento facilitador para los reclamos de los consumidores (lógicamente, dentro de los parámetros que impone las asimetrías informativas entre el consumidor y el proveedor y permiten fijar reglas de carácter

tuitivo para el menos informado en esta relación). Dicha facilitación se dio al subrayar, en base a lo ya expresado en torno al desarrollo histórico y doctrinario de esta materia, que la responsabilidad administrativa era objetiva, inclusive, antes que la normativa incluyera una mención expresa sobre el tema. La conducta del infractor era y es importante para graduar la sanción con arreglo a los elementos precisados en el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor ⁽²⁸²⁾, mas no para verificar la existencia de la infracción. En todo caso, esto se establece mediante la evaluación del nexo causal y la violación del estándar determinado o hipótesis de defectuosidad para el caso de los productos.

No obstante la variación operada en el artículo 41° de la Ley de Protección al Consumidor, por efecto de la Ley N° 27311, el que precisó que los proveedores son objetivamente responsables por las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, es útil considerar las pautas fijadas mediante la resolución N° 151-97-TDC de fecha 13 de junio de 1997 de la Sala de Defensa de la Competencia. Se subrayó mediante dicha resolución, que las multas que coloca el policía de tránsito por haber cruzado la luz roja constituyen el ejemplo típico de la sanción administrativa que debe pagar el conductor; esa responsabilidad se aplica independientemente de si se produjeron daños a terceros y es evidente que la policía no tiene la potestad para obligar al agresor a restituir o cubrir los daños ocasionados. Se describieron entonces, los parámetros de la acción administrativa la que no exige la presencia del daño, sino la comprobación de una conducta reprobable en el marco de la producción: la generación de un defecto. Se admite en el ámbito administrativo, la posibilidad de aplicar una figura de punición a través de la evaluación de la conducta del infractor para graduar las multas.

La informalidad tiñe a la producción defectuosa de características particulares muy propias de los países en vías de desarrollo. No puede negarse que esta producción se constituye, no obstante las críticas, en una opción importante en la medida que de un lado, con ella se logra solucionar los permanentes problemas de empleo que sufren economías como las nuestras mientras que de otro lado, se concede al consumidor la posibilidad de acceder a bienes a bajo costo dada la poca inversión que representa esta producción. Sin embargo, los riesgos superan los beneficios aunque para muchos, la producción informal pueda ser un motor para el inicio y futuro desarrollo de industrias. La "otra cara de la moneda" es la colocación en el mercado de bienes de pésima calidad sin ningún control o supervisión, representando una competencia desleal para quien recurre a todos los controles con el costo que supone hacerlo. Pretender sancionar a los informales o interponer acciones contra ellos constituye un esfuerzo, muchas veces inútil, pues nos referimos a sujetos que, en principio, no se mantienen en el mismo lugar o carecen de recursos o de patrimonio conocido para solventar una reparación mientras que, de otro lado, no suelen entregar comprobantes que determinen adecuadamente el origen del producto.

Ante ello, el sistema de defensa de intereses de los dañados no ha logrado diseñar un mecanismo legal ni de ejecutabilidad que les alcance y que logre a través de las sanciones, modelos adecuados de conducta dados las dificultades descritas. La única respuesta válida en este caso, puede darse por la vía del reforzamiento de los esquemas de coordinación interinstitucional y de control focalizado pero, sobre todo, de difusión y facilitación para que el consumidor actúe, sea protegiéndose como también

282. Mediante el segundo párrafo del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 716, se expresa que, para la imposición y la graduación de la sanción administrativa a que se refiere el primer párrafo de dicho artículo, se tendrá en cuenta la gravedad de la falta, el daño resultante de la infracción, los beneficios obtenidos por el proveedor, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado adoptar la comisión.

reclamando por la vía administrativa y judicial del consumidor mediante mecanismos simples, baratos y sumarios.

Se ha logrado mucho en el desarrollo de una cultura del consumidor. Pero hay todavía, muchas limitaciones, Basta aproximarse a la naturaleza o características de las denuncias o acciones de los consumidores en sede administrativa o judicial, para observar que quienes concurren no son los integrantes de la clase media baja o de extrema pobreza, o lo hacen en mínima proporción. En el Poder Judicial se aprecia un número mayor de accionantes por temas de responsabilidad civil por accidentes de tránsito y son muy pocas las demandas planteadas por productos defectuosos. No hay adecuada concepción del problema que se vincula además, a la poca preparación de las personas para saber cuando fueron dañados por un producto. No puede negarse que detectar la existencia de daños causados por productos defectuosos no siempre resulta simple y muchas veces exige un manejo técnico apoyado en profesionales y en pruebas complejas que permitan determinar la responsabilidad efectiva del proveedor. Aunque la presunción de responsabilidad colocada en el proveedor facilita el análisis, es menester que la autoridad y el consumidor, se hallen en la posibilidad de relacionar el daño imputado con la conducta del proveedor; en muchos casos, esa primera aproximación puede resultar complicada. El incentivo para formar ese equipo de personas preparadas en el análisis y el ánimo o interés de las víctimas se da a través de la determinación y efectiva aplicación de adecuados resarcimientos.

Hay allí un reto de las autoridades facultadas a pronunciarse en torno a las medidas que procuran revertir los efectos o consecuencias de la conducta dañosa del proveedor las que deberán ser cuidadosos para abordar un equilibrado tratamiento del problema sin afectar las actividades de determinados proveedores que al gozar de un prestigio determinado por la antigüedad y fama comercial de su marca, podrían verse absurdamente abrumados por acciones que persigan una indemnización sin tener derecho a ello.

Sin perjuicio de lo manifestado, resaltamos una vez más, la conveniencia de abordar reformas en el terreno educativo lo que también facilita la prevención del conflicto. Cualquier propuesta institucional queda fragmentada si no se considera el rol de la información transmitida al consumidor para una lucha efectiva de un sector tan escurridizo y tan importante como el informal aunque, en menor grado, también del formal. El inicio de la lucha surge del conocimiento sobre lo que el sujeto debe hacer para identificar los productos que presentan defectos y a donde debe recurrir, todo ello sin perjuicio de las acciones de control que las autoridades deben impulsar. De esta forma, se estimula al sistema para retirar los productos defectuosos sobre todo cuando se habla de graves riesgos a la vida, la integridad de la persona y sus bienes.

Por ejemplo, los medios de comunicación en España constituyen parte del esquema de protección institucional, en tanto los medios estatales están obligados a dedicar espacios y programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores y usuarios sobre la base de diferentes regulaciones, lo que facilita la transferencia y obtención de información ⁽²⁸³⁾. Ello podría facilitar o reforzar en nuestro país, la eficacia de la protección al introducirse los ya indicados modelos de auto eficacia basados en la soberanía del consumidor que solo surge en la medida que haya adecuada información.

Si bien la Ley de Protección al Consumidor alude a la publicación de las resoluciones en el diario oficial “El Peruano”, recordemos el ámbito especializado que dicho periódico tiene. No está de más considerar, para casos excepcionales, la posibilidad de

283. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, *Ibidem*, p. 465. Se menciona el marco regulatorio en esta tesis.

integrar los mensajes en torno a los resultados de los procedimientos y los contenidos educativos respecto de los riesgos y la línea de acción ante productos defectuosos, en los programas radiales o televisivos o los mismos mensajes que transmite la prensa, en función de las preferencias de los pobladores de cada área a la que se destina el mensaje.

La propuesta española y en general, la de los países miembros de la Comunidad Económica Europea, insisten en el derecho a la educación y formación en materia de consumo. Así, en el caso español, los artículos 18° y 19° de su Ley General para la Defensa de Consumidores o Usuarios, con un carácter instrumental, procura no sólo instruir a los consumidores hacia una visión crítica y seria del consumo, sino también a las autoridades para una mejor técnica de control con el ánimo de lograr en el ejercicio de dicha función, un equilibrio entre producción y consumo.

Al interior de la Unión Europea, inclusive, han incorporado al sistema educativo de formación a los alumnos escolares, materias relevantes sobre la cultura de consumo en la enseñanza primaria y secundaria, mientras que de otro lado, se insiste en la formación continua de las instituciones tanto públicas como privadas para los procesos de ordenación, inspección, control de calidad e información, tarea que en el caso de España, se halla a cargo del Instituto Nacional de Consumo para el caso de las instituciones que dependen del Estado, debiendo dicha institución, fomentar también la formación al consumidor mediante la realización de cursos y conferencias⁽²⁸⁴⁾.

Nuestra Ley General de Salud también trata lo relativo a la información en salud y su difusión. Sin embargo, el texto de tales disposiciones parece aludir a la difusión de situaciones referidas a amenazas o daños concretos para la salud cuando la educación debería darse como parte de una propuesta integral y permanente en torno a los productos, con una visión menos oportunista y más constante. Transmitir por televisión y radio ciertas reglas, tiene un efecto mucho mayor, pues por lo general, los peruanos suelen ver u oír más de lo que leen dados los problemas de analfabetismo que nos afectan.

La Constitución Política de 1993, expresa en sus artículos 7°, 8° y 9°, el derecho a la protección de la salud, lo que se traduce en una clara descripción de deberes y reglas concretas a través de la Ley N° 26842-General de Salud. Esta autoridad tiene, en el ámbito nacional, el control sanitario de los productos farmacéuticos y galénicos, estipulando una serie de directivas sobre la obtención del Registro Sanitario en base a fórmulas farmacéuticas elaboradas de acuerdo a los *estándares* que la misma norma señala y por los cuales se recurre según el caso, a la farmacopea Alemana, a la Belga, etc. Las reglas de fabricación y almacenamiento recurren igualmente a las Buenas Prácticas de Manufactura, de Laboratorio y de Almacenamiento recomendadas por la Organización Mundial de la Salud o a las que dicte la Autoridad nacional, las que obviamente, en razón de sus posibilidades técnicas y económicas, tienen limitaciones para innovar. En teoría, se plantea una fiscalización obligatoria, integral y permanente del control de calidad a través del artículo 59° de la Ley General de Salud, e inclusive, la difusión de los daños a la salud a través de mensajes publicitarios que adviertan a la población de los peligros (artículo 130°, inciso j). El inconveniente de estas reglas y de otras planteadas para el caso de medicamentos y recursos terapéuticos naturales, radica en lograr una verdadera supervisión y control de calidad. Salvo que el caso sea realmente notorio y que se disponga de información foránea respecto de las investigaciones y resultados sobre qué causó un daño, no siempre será posible detectar los defectos y menos aún, los riesgos que se hubieren generado a la población por la innovación tecnológica y, en general, por cualquier producto sea o no novedoso.

284. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Ibidem*, p.p. 482 y 483.

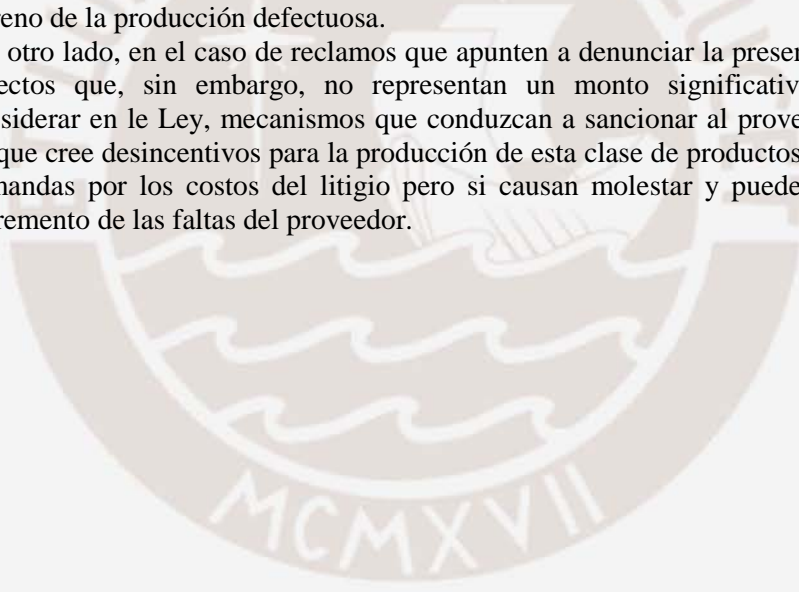
Dependemos de la información foránea y, por añadidura, el esquema de supervisión dada la escasez o carencia de recursos, no permite hallar a tiempo el defecto el mismo que queda generalmente en la víctima debido a la ignorancia o falta de recursos para accionar adecuadamente.

Según el artículo 37° de nuestra Ley de Protección al Consumidor, las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio en los casos en los que ello fuera necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor, pues éste debe cuidar la idoneidad y seguridad de sus productos.

Para el caso de alimentos y bebidas, la cuestión se reduce a la falta de posibilidades de control técnico y recursos humanos y materiales para ello. Vemos difícil que en el caso de haberse producido el “mal de las vacas locas”, en nuestro país, nos hubiéramos hallado en condiciones de detectar inmediatamente, ese producto defectuoso antes que en otros países. Dependemos de la información que nos llega, al no haber infraestructura ni recursos para determinar en la mayor parte de los casos, situaciones críticas que afectan a la población. Esto debe llevarnos a involucrar a los centros de investigación como son las Universidades, organismos gubernamentales y no gubernamentales en las tareas de investigación y recepción de información transmitiéndola cuando ello corresponda, buscando el equilibrio en la protección.

Se deberá trabajar para establecer incentivos a la población para que ésta conozca sus derechos, sepa a quien recurrir, proceda a plantear y perseguir un resultado en el terreno de la producción defectuosa.

Por otro lado, en el caso de reclamos que apunten a denunciar la presencia reiterada de defectos que, sin embargo, no representan un monto significativo, es menester considerar en la Ley, mecanismos que conduzcan a sancionar al proveedor de manera tal que cree desincentivos para la producción de esta clase de productos que no generan demandas por los costos del litigio pero si causan molestar y pueden determinar el incremento de las faltas del proveedor.



CONCLUSIONES

PRIMERA : Los daños por los defectos de los productos, sugiere un tópico importado, lejano a nuestra realidad. La frondosa jurisprudencia, doctrina y normativa del Derecho comparado y lo poco que existe en el Derecho nacional, ratifica la atención que, en términos generales, se concede al tema en el Perú. Su importancia, sin embargo, resulta indiscutible.

SEGUNDA : Cuestiones económicas, políticas e ideológicas, han variado la configuración de esta rama de la responsabilidad civil por el impacto de la producción y distribución masiva de productos que, de producirse un defecto que impacta en la seguridad, puede generar, también, daños masivos en la población. La tutela del consumidor y esta área de la responsabilidad civil, han coincidido en un terreno común, fertilizado por un objetivo: la defensa de un sector, el de los consumidores, asumiéndose que el equilibrio de las relaciones entre éstos y los proveedores, se rompe por la asimetría informativa en torno a la seguridad del producto. Las reglas son especializadas, de orden público y de marcado carácter preventivo.

TERCERA : La actividad de consumo es propia de la humanidad, aunque lo específico del proceso, por factores económicos, culturales o sociales, le agregue nuevos elementos. La preocupación por la seguridad de las personas y sus bienes, cuando éstas consumen productos, por otro lado, es una constante en el ser humano siendo la seguridad del producto, el aspecto central de esta responsabilidad, por sobre su idoneidad.

CUARTA : La tesis analiza la satisfacción de las funciones reparatorias y preventivas o de las que, para algunos autores, son *manifiestas* y *latentes*. Las primeras, buscan restaurar la posición que los demandantes tenían antes del daño traduciéndola en un perjuicio sobre todo, monetario. Las segundas, consideran el público papel del régimen de responsabilidad civil para orientar o dirigir las conductas negativas y corporativas, hacia los responsables, generando prevención, sin necesidad de imponer una política rígida o minuciosamente reglamentada por parte de las autoridades.

QUINTA : La investigación ha arrojado como resultados, la presencia de un modelo formal de responsabilidad civil por el defecto de los productos, contenido en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, que prescinde de la culpa del proveedor y cuyas reglas, deben ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor de acuerdo al artículo 2° de la misma ley. Se advierte la necesidad de ajustes normativos por mostrar ausencias, por ejemplo, en lo que corresponde al plazo prescriptorio y otros temas, siendo conveniente que se precise taxativamente, el esquema aplicable en materia de causalidad, la extensión del daño resarcible, la aplicación de los intereses, y aspectos probatorios que deben ser enlazados con la regulación procesal civil.

SEXTA : Se advierte, sin embargo, una preocupante falta de difusión y conocimiento mínimo de la regulación aplicable careciéndose de magistrados, profesionales del Derecho y técnicos especializados que colaboren en su uso efectivo y eficiente. Los fallos o las sentencias nacionales halladas sobre el tema confirman esta hipótesis. Ello hace que en la

práctica, no tengamos una propuesta nacional para tratar estos daños. No se ha internalizado aún, en el ámbito nacional, la protección al consumidor por los daños derivados de los defectos de los productos. Los últimos años han sido productivos para crear una mayor cultura de reclamo del consumidor aunque en el ámbito complementario de la defensa administrativa impulsada por el Indecopi, órgano que ha dictado principios útiles, criterios de razonabilidad y validez general. Pero, básicamente, ello no se extiende al ámbito judicial.

SETIMA : La realidad muestra, además, un poder judicial con cotidiana y crónica carga procesal, poco interesado en la innovación, con litigantes que, al igual que los magistrados, recurren solo al Código civil, una población heterogénea en lo social, cultural y económico, un entorno urbano y rural que limita contar con un modelo absoluto de consumidor. A ello, se agrega la pobreza extrema que debería ser considerada al delinear cualquier propuesta.

OCTAVA : Por lo general, en los conflictos sobre responsabilidad civil, los jueces y abogados, recurren a los artículos 1969°, sobre responsabilidad subjetiva, y 1970°, sobre responsabilidad por riesgo del Código Civil, sin presentar elementos de apoyo para sustentar y cuantificar el perjuicio y sin referirse a la Ley de Protección al Consumidor. Subsiste una tendencia enraizada en la conciencia jurídica por la que se incide sustancialmente en una aproximación literal a la regulación que no se complementa con ningún otro método interpretativo; ello los limita para ir más allá del texto y profundizar en la figura.

NOVENA : Ha sido y es valiosa fuente de experiencias y modelos Derecho Comparado, el que ha aportado la regulación, la jurisprudencia y la doctrina. A partir de una tradición común, en el ámbito de la responsabilidad civil, se han compartido iguales o similares nociones e interpretaciones doctrinarias, terminología y regulación de la responsabilidad civil, en Francia, Italia, Alemania, España y América Latina siendo éste, un factor aglutinante y un motor que facilitó y facilita aún, la recepción de instituciones jurídicas. Esto ha llevado a integrar las propuestas dinámicas del *Common Law* originadas en Inglaterra y en los Estados Unidos de América, modificándose la visión individualista del daño, que en algunos casos, ha permitido abordar criterios de solidaridad sobre quien debe asumir su reparación.

DÉCIMA : Ha operado un manejo integrador de las reglas de responsabilidad civil, de la tutela del consumidor e inclusive, de los derechos constitucionales, y la doctrina de los derechos humanos por lo que, ya en Alemania, por ejemplo, el tratamiento del tema en el ámbito jurisprudencial, ha recurrido a tales principios al defender a las víctimas de los defectos de los productos. El artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor, incluyó el principio de interpretación de las reglas, en el sentido más favorable al consumidor, mientras que el derecho comparado y de manera específica, la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de España como el Código de Consumo italiano de setiembre del año 2005, reconocen el principio de irrenunciabilidad de los derechos del consumidor que puede ser aplicado para el caso de las garantías impuestas por la ley o garantías legales.

DÉCIMO PRIMERA : La historia revela el tránsito en la atención de este daño, habiendo aportado el Derecho Civil, su valiosa tradición, la estructura de sus instituciones como el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina, para cruzarse con la tutela del consumidor construida en función de la realidad dinámica del mercado, de reglas de competitividad acceso a la información y persuasión a través del marketing o la mercadotecnia.

DÉCIMO SEGUNDA : La protección ante los daños por los defectos de los productos se ha desarrollado pese a la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual; sobre todo, en este ámbito, tales diferencias han comenzado a perder valor bajo la necesidad de una respuesta que armonice el objetivo de la protección al constatar que la mayor parte de relaciones que hacen que el producto llegue al consumidor, no se realizan con el fabricante del producto aunque subsistan aspectos contractuales en la transmisión de información. Esto, como la constatación de la brecha entre la información que posee el proveedor y la que tiene el existe el consumidor, ha conducido a incorporar reglas de orden público, marcado carácter tuitivo y preventivo, más cercanas a la responsabilidad civil extracontractual para tratar estos casos al considerar que ésta es la realidad actual que impera en los supuestos de daños por la fabricación y colocación de productos defectuosos.

DÉCIMO TERCERA : La responsabilidad civil surge ante el daño generado por el defecto del producto, el que tiene el rango indudable de la antijuricidad respecto del pacto y del principio general de no dañar. La conducta indicada, afecta a la víctima, generando, en el sujeto causante o en el llamado por el ordenamiento jurídico, la obligación de resarcir bajo un mecanismo de imputación de responsabilidad de carácter objetivo. Responder en términos de reparación, es, en nuestra opinión, el objetivo central de la figura de la responsabilidad civil lo que incide también en la prevención. La relación causal se desliza a través de las circunstancias que rodean al defecto y generan el perjuicio, modelando y marcando la presencia misma de la responsabilidad como las pautas de la indemnización.

DÉCIMO CUARTA : La perspectiva de análisis en la actualidad, tiene carácter pluridisciplinario, de compromiso constitucional y procesal, contando con principios informadores que también se hallan en la normativa específica. El artículo 65° de nuestra Constitución, reconoce que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se hallan en el mercado. Por la complejidad del fenómeno, el defecto del producto recorre muchas figuras como son, por ejemplo, la compra venta, el arrendamiento, el suministro, y otras, adoptando, en todos los casos, reglas favorables al consumidor por expreso mandato del artículo 2° de la ley de protección al consumidor.

DÉCIMO QUINTA : Los albores del derecho, nos traen la ausencia de deslinde en la sanción a aplicar por el daño causado aplicándose desproporcionadas reglas en las que el dolor por la pérdida de seres u objetos queridos, reclamaba venganza y sanción personal, advirtiéndose en el derecho romano, una fórmula simple que se asemejaría en la responsabilidad que ahora llamamos objetiva.

DÉCIMO SEXTA : Si bien para algunos, la visión del derecho romano fue primitiva, ésta tenía la ventaja de la simplicidad de aplicación. Con el cristianismo se “espiritualizó” la discusión impactando en las instituciones jurídicas, al conformarse un régimen de culpa que aparece con Justiniano y sigue su desarrollo hasta el Código Napoleónico, formalizándose en la Escuela de Derecho natural.

DÉCIMO SÉTIMA : Las reglas del Código Civil francés respondieron también, a la forma de estructurar la actividad económica a fines de los siglos XVIII y comienzos del XIX, períodos con relaciones de corte artesanal y agrícola. Los vínculos de poder, delinearon una propuesta ideológica para reforzar el esquema y dilatar la respuesta resarcitoria. El vendedor solía condensar el título de productor y la circulación de los productos era limitada a un mercado muy incipiente. La propuesta, en un inicio, procuró defender a las víctimas y liberarlas de las cargas probatorias en torno a la culpa de quien se asumía como

responsable de los riesgos. Surgió un estándar de lo que la sociedad podía tolerar frente al riesgo generado por el defecto, aflorando un concepto de culpa social, objetivándose la responsabilidad civil por el riesgo de la actividad económica. Los cambios que se generarían por el avance de la técnica y la ciencia, ampliaron cada vez más, las brechas de información y garantía obligando al proveedor, a demostrar que no es responsable del defecto ni del daño.

DÉCIMO OCTAVA : La lucha por imponer criterios distintos y facilitar el resarcimiento por las dificultades de probanza de la culpa como razones fundadas en cuestiones ideológicas sobre el papel de la empresa en la sociedad, llevan a prescindir de ésta como criterio de análisis. Tanto el Derecho comparado como el nacional, se admitió la presencia de nuevas categorías de sujetos por la modificación de las relaciones económicas.

DÉCIMO NOVENA : Aparecen como actores del mercado: los productores y los consumidores percibiéndose que el poder o la ventaja ya no era necesariamente económica sino que se basaba en la mayor información del producto que una tiene sobre la otra. Marcó un hito, la propuesta del presidente Kennedy quien en 1962, estableció que debía procurarse el acceso de las personas a la información, educación y elección.

VIGÉSIMA : La propuesta del Derecho Europeo y Comunitario revela un esquema de concertación y coordinación a través del interés en la armonización de normas, mediante instrumentos internacionales siendo especialmente importante, la Directiva Comunitaria N° 85/374 que ha sido transpuesta a la normativa interna de los Estados miembros de la ahora, Unión Europea. Se ha incorporado un concepto de responsabilidad civil que no incide en la culpa del fabricante, define el defecto y la carga de la prueba, precisa reglas de canalización de la responsabilidad civil, fija las circunstancias que rodean y califican el defecto, las situaciones que exoneran al productor, establece limitaciones al resarcimiento como plazos de prescripción y de caducidad para la reparación.

VIGÉSIMO PRIMERA : La propuesta en los Estados Unidos de América puso en evidencia la lucha de las víctimas con los grandes y ricos consorcios de producción masificada cuyos productos benefician a la población pero también la perjudican. Las elevadas indemnizaciones han generado atractivos para la interposición de demandas, generando su multiplicación y el desarrollo de operadores jurídicos como técnicos, especializados en el tema. De la misma manera, se crearon mecanismos para el tratamiento de la responsabilidad estricta que prescinde de la culpa del productor, establece garantías y reglas para el tratamiento procesal de la prueba y las demandas mediante las acciones de clase entre otros, aportando creatividad que ha influido en el Derecho comparado de manera decisiva. Está presente también, el Análisis Económico del Derecho. Pero se critica el régimen por considerar que no crea incentivos adecuados, es costoso, impredecible, reflejándose ello en el costo de los seguros y en el precio de los productos. Se habría reforzado además, una cultura adversarial o de confrontación aludiéndose incluso, de la enfermedad del litigio o *litigation disease*. Las reglas del Tercer *Restatement of Torts*, habrían buscado imponer equilibrio y mesura en torno al tema.

VIGÉSIMO SEGUNDA : Las discusiones más importantes en el ámbito nacional, se producen a partir de los textos codificados que se impusieron en nuestro país por la influencia foránea. El vigente Código civil de 1984, incluye en materia de responsabilidad civil extracontractual, una regla general de naturaleza subjetiva contenida en el artículo 1969° con inversión de la carga de la prueba y una segunda propuesta en el artículo 1970°, de responsabilidad civil bajo la teoría del riesgo por actividades y bienes riesgosos o

peligrosos. No incluyó el citado código, reglas específicas para tratar la responsabilidad civil por productos defectuosos, al parecer, por el temor a despertar o crear litigantes desesperados por obtener ganancias indebidas a costa del sistema de producción y distribución de productos. Es obvio que un sistema no se construye solo con un cambio normativo y que hay en juegos otros factores cuando se discute la aplicación de la regla jurídica.

VIGÉSIMO TERCERA : Nuestra Ley de Protección al Consumidor fue promulgada en 1991, sin que, como ya indicamos, sea utilizada por magistrados y abogados en estos conflictos. Su artículo 32º, ha configurado una hipótesis particular para reparar los daños por los defectos de los productos, ligada a la *seguridad* de los mismos condensando el anhelo social de seguridad en el consumo al incorporar como obligación del proveedor, que los productos que éste coloque en el mercado, sean seguros. Constituyen elementos particulares de este régimen, el producto y el defecto, la relación de consumo, la presencia del consumidor y el proveedor. La tipificación de la defectuosidad se realiza a partir de las circunstancias que rodean al producto, representando la afectación, la decepción, la negación al ofrecimiento de seguridad a que las personas tienen derecho. La opción legislativa ha impuesto un factor de imputación objetivo siguiendo el manejo contemporáneo del tema.

VIGÉSIMO CUARTA : La noción de seguridad se relaciona a su opuesto, la idea de riesgo, fijándose a partir de las circunstancias que rodean al producto. Pero la percepción de creer que se puede estar o tener un absoluto estado de seguridad, solo determina el nivel de aspiración más no el de expectativa que se desarrolla, entre otros aspectos, en función del manejo cognitivo de las personas, en su experiencia y la de otros. Frente a tal anhelo, una teoría de la motivación, la de *Abraham Maslow*, plantea que en la jerarquía de necesidades humanas, luego de la satisfacción de las fisiológicas de hambre y sed, se halla la búsqueda de seguridad, entendida como *sentirse a salvo o fuera de peligro* ante los riesgos. La carencia de recursos para sobrevivir, por lo general, interfiere en la búsqueda de la seguridad y la modela, pudiendo generar distorsiones en tal percepción con la cual debe trabajar tanto el proveedor como las autoridades inmersas en el conflicto.

VIGÉSIMO QUINTA : La aproximación a la percepción humana constituye una de las propuestas de esta investigación, recurriendo el Análisis Económico del Derecho como herramienta pero visualizando las circunstancias que guían a la persona hacia la seguridad las que son confrontadas desde una perspectiva jurídica. Bajo los esquemas propuestos por la Psicología de la Motivación, se reconoce a la *expectativa*, como capacidad de representación mental de los consumidores que es exteriorizada e influye en la probabilidad subjetiva de éxito midiéndose por la *distancia psicológica* (o simple distancia) entre la aspiración y la real posibilidad de obtención del objetivo que, en este caso, es alcanzar seguridad y protección frente al consumo del producto.

VIGÉSIMO SEXTA : La conformación de la expectativa es resultado de un proceso al que ingresan nuestro razonamiento, la interacción entre la estimación de los riesgos, de la dificultad de la tarea concreta a realizar, la estimación de las habilidades y recursos para llegar a un resultado. Allí, están los mensajes que el proveedor lanza sobre el producto a través de la publicidad como la atribución causal de cada sujeto; tras ese proceso, la persona concluye en cuan probable o factible resulta la consecución de un objetivo: alcanzar la seguridad, lo que lleva a la representación del riesgo. Se distingue entre lo que se *desea* conseguir o *nivel de aspiración* y el *nivel concreto de la expectativa*, que es lo que las personas *estiman* que pueden conseguir tras un proceso mental que evalúa los medios

reales para alcanzar la meta. Es un proceso racional, no exento de emocionalidad, a partir de lo cual, se llega a lo razonable como equilibrio entre lo ideal y lo posible, lo que pretende el consumidor y lo que plantea el producto. El daño como resultado del defecto de un producto, nos lleva a analizar, en los términos de nuestra Ley de Protección al Consumidor, los contornos del ofrecimiento de seguridad reconociendo la motivación como proceso adaptativo ante lo que ofrece el entorno.

VIGÉSIMO SÉTIMA : Para configurar la expectativa general o específica sobre la seguridad de los productos, se toman en cuenta de manera objetiva, las circunstancias que rodean al producto y abarcan, las actividades del proveedor en cuanto al diseño y colocación del producto, la manera como éste ha sido puesto en el mercado, incluyendo la publicidad, su apariencia, el uso de marcas, el empleo de instrucciones o advertencias, los materiales, el contenido y la condición del producto, comprendiendo el uso previsible del mismo, todo lo cual, está delineado en el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor. También se integran los procesos del consumidor con la evaluación de riesgos, los costos generales y el beneficio del uso o consumo del producto. Juega un papel importante la mercadotecnia o *marketing*, como disciplina que se ocupa de la venta y comercialización de productos, con fines de lucro o de carácter empresarial, centrada en el consumidor. En la sociedad actual, su función es la de recoger y procesar la información sobre las necesidades y deseos de los consumidores orientándolos a elegir un producto. Ello ratifica que, además de saber más del precio y del mercado, el proveedor está en mejor posición de conocer sobre la seguridad del producto y de orientar al consumidor en tal búsqueda.

VIGÉSIMO OCTAVA : Resulta indispensable reconocer, sin embargo, que los significados o la determinación y extensión del ofrecimiento de seguridad que plantea la indicada ley, se construyen o determinan frente al caso, en el ámbito en el que se desplaza el producto y su función concreta en la vida de las personas. Por ello, consideramos que el artículo 32° de la Ley de Protección al Consumidor, contiene una cláusula general que establece lineamientos para fijar la adecuada distancia entre el nivel de aspiración y el nivel de expectativa del consumidor sobre la seguridad a que las personas tienen derecho.

VIGÉSIMO NOVENA : Resulta importante destacar que las circunstancias a las que se refiere el citado artículo 32°, son particularidades, características o calidades del producto o atribuibles a él que configuran condiciones objetivas de uso o consumo, teniendo ellas, un carácter enunciativo y no limitativo considerando la redacción misma de la normativa y las múltiples formas que puede tener el producto y el ofrecimiento de seguridad. La tipología de defectos de fabricación, diseño y advertencia, colabora en la comprensión del tema, razón por la que, como construcción doctrinaria es aplicable y de utilidad para su comprensión, aunque no haya sido recogida en la Ley de Protección al Consumidor.

TRIGÉSIMA : La extrema pobreza compromete significativos porcentajes de la población de peruanos y peruanas lo que debe llevarnos a reflexionar en los requerimientos al proveedor y al consumidor. Los estados deficitarios como la desnutrición temprana, la falta de estímulos derivados de las carencias en la educación, y hasta el estrés emocional intenso durante el embarazo o de forma crónica a través de buena parte de la vida, son, entre otros, factores de riesgo, susceptibles de afectar la capacidad cognitiva de ser humano, lo que debe ser tomado en cuenta para delinear el modelo de consumidor razonable, fijar la necesidad de información y los mecanismos de defensa de los consumidores.

TRIGÉSIMA PRIMERA : Para construir el modelo objetivo de consumidor, se ha aludido al concepto de *consumidor razonable*, nacido en el Derecho angloamericano y al interior de

una tradición de maximización de ganancia y ahorro, que se distancia de nuestro “buen padre de familia” nacido en el Derecho romano, bajo la influencia de estrechas relaciones personales y parentales, de carácter vertical y de subordinación. Sin embargo, aunque éste último, no es propiamente un agente económico, se relaciona con el *reasonable man*, al conformar, ambos, aquellos *estándares* de prudencia y diligencia deseables para confeccionar un “cuadro” de conductas anheladas por un grupo social, un ideal para la convivencia pacífica y desarrollo. Tal cuadro, sin embargo, no debe olvidar que nuestro país cuenta con diversidad de grupos sociales y económicos existiendo sectores inmersos en una realidad distinta lo que, también, debe ser tomado en cuenta al estructurar el modelo, buscando siempre abordar un esquema de carácter inclusivo.

TRIGÉSIMA SEGUNDA : Se han configurado criterios de análisis de la defectuosidad de los productos, usados por la jurisprudencia y doctrina en el marco del Derecho comparado, como son el test de las expectativas del consumidor (*consumer expectation test*) y el análisis de riesgo-utilidad o costo-beneficio (*risk-utility test*), además de propuestas que complementan ambos esquemas. Para el test de las *expectativas del consumidor*, el producto es defectuoso si la víctima prueba que éste no alcanza el grado de seguridad que debe esperar un *consumidor razonable*. Las críticas y dificultades al test de las expectativas del consumidor, como el interés por hallar mecanismos para atender, sobretodo, los defectos de diseño, ha conducido a recurrir a múltiples versiones del análisis *risk-utility* o *cost-benefit*, el mismo que, como demuestran los procedimientos judiciales en los Estados Unidos de América, requiere de numerosa información científica y tecnológica. Dicho *test* debe revelar, en términos generales, la defectuosidad del producto de manera tal que éste será defectuoso cuando el riesgo o el daño, derivados del uso o consumo, sean mayores que la utilidad. También, se analiza si el riesgo o daño podían haberse evitado por incorporar una mejora a un costo razonable o, si había productos alternativos disponibles capaces de satisfacer idénticas necesidades con un riesgo menor.

TRIGÉSIMA TERCERA : Ante los diferentes elementos evaluables en el análisis del *riesgo-beneficio* o *costo-utilidad*, se resalta también, la naturaleza del producto como vehículo para la creación de representaciones mentales o imágenes publicitarias persuasivas, y la relación de este factor, con los medios de comunicación de masas, entre otros factores vinculados a la inteligencia y conocimiento de los consumidores en general y del consumidor defraudado. Se critica el *test* de la expectativa del consumidor, pues con él, se impide que las víctimas que tienen conocimiento del defecto o el peligro creado por el producto, obtengan una indemnización sea por ser aparente y obvio el defecto o por haber sido adecuadamente informadas del mismo. Pero, si lo que se pretende es crear los incentivos para un cuidado razonable del consumidor, no se debería pretender el resarcimiento por una actitud poco razonable e inclusive, por no atender las advertencias sobre el uso o consumo del producto. Otra crítica se relaciona con la posibilidad de declarar defectuosos productos como medicamentos muy beneficiosos para la sociedad, por haber efectos secundarios desconocidos tanto por el consumidor como por el fabricante. La crítica final sería aquella denominada presupuesto falaz o *fallacious assumption*, por la que, se asume que el consumidor conoce lo que compra teniendo siempre expectativas reales sobre lo que adquiere. La crítica en torno al *test de riesgo-utilidad*, radica en resaltar que es básicamente "de economistas", concediendo inadecuada o poca atención a muchas de las fuerzas que impactan en el consumidor respecto de los riesgos del producto, incidiendo más en la parte económica de las precauciones que en el valor intrínseco que debe tener la búsqueda de la seguridad.

TRIGÉSIMA CUARTA : La Ley de Protección al Consumidor de nuestro país recoge una descripción similar a las circunstancias que regulan la defectuosidad; en el ámbito administrativo, las resoluciones de la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi reconocen que se ha recogido en dicha ley, la noción de expectativas del consumidor. No rechazamos la posibilidad de usar el análisis del riesgo y la utilidad, recogiendo los principios de la garantía que corresponde otorgar el proveedor. El análisis del costo y el beneficio podrían reforzar la falta de defensa otorgada al consumidor razonable o la decepción a sus expectativas. Problemas valorativos, una tradición distinta, las limitaciones del aparato judicial peruano como la de sus operadores impediría que ella se admita con facilidad.

TRIGÉSIMA QUINTA : La pertinencia de la prueba y sus alcances para descargar la responsabilidad es un tema procesal que es siempre calificado por la autoridad judicial. Conviene tomar en cuenta, sin embargo, que además de las premisas particulares de la regulación sustantiva, la regulación procesal civil admite al juez, evaluar una serie de circunstancias y dirigir el tema probatorio. Siguiendo los artículos 188°, 190° y siguientes del Código Procesal Civil, la autoridad judicial, en todo caso, se encuentra en una posición más activa que la admitida hasta hace unos años. Lo indicado hasta ahora, en todo caso, revela la necesidad de buscar criterios para la atención de la prueba bajo un juego de complementariedad, equilibrio y justicia, recurriendo al principio de interpretación favorable al consumidor según el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor.

TRIGÉSIMA SEXTA : Se requiere de una propuesta para atender el supuesto del *bystander*, quien no es adquirente, usuario o beneficiario del producto como destinatario final, pudiendo quedar afectado por la ocurrencia del daño a consecuencia del defecto del producto, pese a no haber recibido instrucciones o información al adquirirlo ni tener conexión directa con el proveedor del producto. Un esquema de protección a las víctimas debería incorporarlo bajo una concepción de consumidor potencial derivada de la colocación efectiva o potencial del producto en el mercado, al generarse una expectativa general de seguridad. Conviene reflexionar en su protección, sea con la Ley de Protección al Consumidor, por la vía interpretativa o por norma específica. Reconocemos las limitaciones de la indicada Ley para incluirlo dada la cerrada redacción del concepto de consumidor. Empero, de recurrir al Código Civil, será menester considerar un esquema que apunte al resarcimiento bajo interpretaciones que eviten un trato desigual respecto del concedido al consumidor.

TRIGÉSIMA SÉTIMA : Actualmente, es difícil hallar productos que involucren a un solo un proveedor. La primera consecuencia de ello es que frente al dañado pueden presentarse uno o más responsables. Los ordenamientos jurídicos adoptaron fórmulas diversas según teorías. Una es la canalización de la responsabilidad (*channelling of liability*) que sugiere la concentración o reconducción de la obligación de indemnizar en una persona que por lo general, es el fabricante o suministrador final, quien es seleccionado como responsable, bajo la regla de satisfacción del principio de protección al consumidor, produciéndose la liberación de todas las otras personas que intervienen en el proceso productivo o de distribución. Una segunda propuesta extiende el número de legitimados pasivos con el fin de garantizar a la víctima mayores posibilidades de protección. La Ley de Protección al Consumidor ha planteado en su artículo 32°, la responsabilidad del proveedor por los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos bajo el segundo sistema, el cual “llama” como demandados, a todos los sujetos que forman parte de la cadena de producción y comercialización, según definición del

artículo 3° de la Ley citada, el que indica quienes son proveedores, admitiendo la acción de repetición como las pruebas sobre la presencia del defecto y la ruptura del nexo causal.

TRIGÉSIMO OCTAVA : La investigación causal intenta una explicación de los sucesos por sus hechos generadores, lo que determina el surgimiento de la responsabilidad. Es elemento sustancial de la responsabilidad civil representando un juicio retrospectivo de los antecedentes del daño para colocar el peso del mismo en quien, para el ordenamiento, es responsable de su generación. Pero también, es elemento para marcar la extensión del daño resarcible. Creemos que la de causalidad adecuada es la que se aplica a la materia, considerando la condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado. Se recurre a un juicio de probabilidad con un refrendo sobre si el defecto imputado al producto, corresponde a una omisión idónea para producir un resultado que es regular o normal de acuerdo a las circunstancias. Al incorporar la Ley de Protección al Consumidor, una propuesta ubicada en el ámbito civil extracontractual, creemos que se ha seguido la teoría de la causalidad adecuada de acuerdo al esquema del artículo 1985° del Código Civil.

TRIGÉSIMO NOVENA : Un elemento indispensable de la responsabilidad civil, es el daño. No solo es componente sino que también, se integra el fenómeno activando los mecanismos de la responsabilidad civil a través de la causalidad, para fijar su procedencia y reconocimiento jurídico al tornarlo daño resarcible. Los daños indemnizables, según el artículo 32° de la Ley, son, en principio, los causados a la integridad física y bienes de los consumidores debiendo ser causados por el defecto. La indemnización comprende todas las consecuencias del mismo, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral además del daño emergente. El principio general y difundido, es el de la restitución total, plena o principio de reparación integral, debiendo considerarse el artículo 2° de la Ley de Protección al Consumidor con la interpretación más favorable al consumidor. Se apunta a la indemnización de los bienes de consumo debiéndose buscar soluciones razonables ante bienes de usos mixtos.

CUADRAGÉSIMA : La pobreza obliga a centrar la atención en propuestas complementarias de acceso a la justicia y tutela, que permitan fijar zonas de conflicto, brinden protección barata, predecible, efectiva y eficiente. Se sugiere un concepto apropiado de acceso a la justicia, tutela jurisdiccional y una propuesta dinámica y general para obtener una respuesta ante el daño considerando la teoría general de aplicación del derecho (*Law Enforcement*) con arreglo a las definiciones de la responsabilidad civil. Es un elemento valioso, en materia de interpretación, también en este contexto, el artículo 2° de la ley comentada. La pretensión se conecta con los remedios procesales y con mecanismos de atención como la de los intereses difusos. La atención complementaria del conflicto en sede administrativa puede colaborar en la solución del conflicto por la vía de la conciliación, sin perjuicio de considerar la alternativa del seguro. Es recomendable incidir en la educación a los consumidores, la creación de mecanismos simples para litigios de pequeña cuantía, la posibilidad de implementar *órganos privados de recursos* que, con la colaboración de organizaciones de consumidores, instituciones o agrupaciones empresariales y con supervisión pública, impulsen la conciliación y el arbitraje, entre otras medidas como la revitalización de la figura de la Defensoría del Pueblo a través de un defensor del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., *Tutela Procesal de los Consumidores*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- ALVAREZ LATA, Natalia, *Cláusulas Restrictivas de Responsabilidad Civil*, Granada, Editorial Comares, 1998.
- ALCOVER, Guillermo, *La Responsabilidad Civil del Fabricante (Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1990.
- ALPA, Guido, BIN, Marino Bin y CEDON, Paolo, *La responsabilità del produttore*, Padova, Cedam-Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1989.
- ALPA, Guido, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- , *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Giuffrè. Laterza & Figli Spa, 1996.
- , BESONE, Mario, *Il consumatore e la Europa, raccolta e un commento di testi e materiali della Comunità Económica Europea e del Consiglio d'Europa*, Padova, Cedam, 1979
- , BIANCA, Massimo, CORSARO, Luigi, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, FRANZONI, Massimo, MONATERI, Pier Giuseppe, SALVI, Cesare, SCHLESINGER, Piero, *Estudios de la Responsabilidad Civil*, Lima, Ara Editores, 2001.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *La Responsabilidad - Homenaje al Profesor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo -Perrot, 1995.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad Civil - Límites de la reparación civil*, Buenos Aires, Abeledo -Perrot, 1970.
- ARELLANO CUEVA, Rolando, *Comportamiento del Consumidor. Enfoque América Latina*, Mexico, Mac Graw Hill, 2002.
- BANDURA, Albert y WALTERS, Richard, *Aprendizaje social y desarrollo de la personalidad*, Madrid, Alianza S.A., 1963.
- , *Pensamiento y acción. Una teoría social cognitiva*, Madrid, Martínez Roca, 1963.
- , *Self-Efficacy. The exercise of control*. Stanford University, W.H. Freeman and Company, 1997.
- BARDELLA, Gianfranco, *Un siglo en la Vida Económica del Perú - 1889-1989*, Lima, Ausonia S.A., 1989.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y Javier Salas Hernández, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Editorial Civitas, 1992.
- BERMAN, Harold J, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Novena Edición, 1997.
- BONFANTE Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Tercera Edición, Instituto Editorial Reus, 1965.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Lima, Ara Editores, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

- CAFFARO, Rosanna, *Il Codice del Consumo. La tutela del consumatore dopo il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 2006*, Napoli, Editoriale Esselibri-Simone, 2005.
- CAFFARO, Rosanna, *Tutela dei Consumatore. Disciplina Comunitaria e Normativa Interna*, Napoli, Editoriale Esselibri-Simone, 2002.
- CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.
- , *Tratado de la Venta*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- , *Tentaciones Académicas*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
- CILLERO DE CABO, Patricia, *La Responsabilidad Civil del Suministrador Final por Daños ocasionados por Productos Defectuosos*, Madrid, Civitas, 2000.
- CARRANZA, Jorge A., *El dolo en el Derecho Civil y Comercial - estudio doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y hnos., 1993.
- CASARES, Julio, *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, S.A., 1959.
- CENDON, Paolo, *La Responsabilitá Civile - Responsabilitá Extracontractuale*, Tomo XI, Torino, UTETCR, 1998.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *El daño Aquiliano en la Legislación del Perú*, Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1962.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989.
- GACETA JURÍDICA, *Código civil de 1984*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Tomos I, II, III, 2002.
- CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ, Lima, Imprenta del Gobierno, por Eusebio Aranda, 1852.
- COHEN, Félix S., *El método funcional en el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.
- COOTER, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Zannoni Eduardo, *Responsabilidad por productos elaborados*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.
- COOPER, H.H.A, *Diez Ensayos sobre el "Common Law"*, Lima, Editorial Universo, 1967.
- CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA, *Jurisprudencia Civil*, Lima, Cultural Cuzco, 1989.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, con especial atención a la reparación del daño*, Madrid, Cuaderno Civitas S.A., 1995.
- DE CUPIS, Adriano, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Barcelona, Bosch, 1970.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del Contrato privado*, Lima, Cultural Cuzco S.A., Tomo I, 1983.
- , DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *La Responsabilidad Civil en el Derecho Aeronáutico - daños causados por aeronaves a terceros*

en superficie, Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, año 1946.

DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil (Métodos, Sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.

DÉVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, 1964

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quinta edición, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial Civitas, 1999.

DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, Lima, Editora Humbolt, 1983.

ESPINOZA, ESPINOZA, Juan, y otros, *Ley de Protección al Consumidor*, Lima, Editorial Rodhas, 2004.

-----, *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

-----, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *Ciencia Política- Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Librería Studium S.A., 1975.

FAGNART, Jean Luc et PIRE, Alain, *Problèmes actuels de la réparation du dommages corporel*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1993.

FLEMING, John G., *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1967.

FONDATION NATIONALE ENTREPRISE ET PERFORMANCE, *Responsabilité Individuelle, garanties collectives. Accidents corporel: réduire les risques et réparer sans faute*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

FONSECA HERRERA, Raimundo, IGLESIAS SÁNCHEZ, María Jesús, *Diccionario Jurídico*, Madrid, Editorial Colex, 1999.

FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Cultural Cuzco, Lima, Primera Edición, 1980.

GARCÍA GIL, Javier Francisco, *El Daño Extracontractual y su reparación, tratamiento jurisprudencial*, Madrid, Editorial Dislex, S.L., 2000

GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1993.

GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría general de la reparación de daños*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997.

-----, *Responsabilidad. Problemática Moderna*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.

GHERSI, Carlos Alberto y WEINGARTEN, Celia (Directores), *Defensa del Consumidor*, Primera Edición, Rosario, Nova Tesis, 2005.

GHIRARDI, Olsen A., *El razonamiento judicial*, Lima, publicación de la Academia de la Magistratura, 1997.

GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.

GOMEZ ASPAC, Hugo y otros, *Protección al Consumidor. Compendio de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2006.

GONZÁLES Morales, Felipe y otros, *Las Acciones de Interés Público, Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Santiago de Chile, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, abril de 1997.

GARCÍA TOMA, Víctor, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Tomo II, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998.

GUZMÁN FERRER, Fernando, Código Civil de 1936, Lima, Cultural Cuzco, cuarta edición, Tomo II, 1982.

HURTADO POZO, José, en su *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Lima, Sesator, 1978.

HENDERSON, James A. Jr... Y TWERSKI, Aaron D., *Products Liability. Problems and Process*, New York, Aspen Publishers, 2004.

HOWARD, Philip K., *The collapse of the Common Good-How America's lawsuit culture undermines our freedom*, New York, Ballantines Books, 2001.

INDECOPI, Instituto Apoyo y Promperú, *Importancia de las Instituciones en el desarrollo de una Economía de Mercado*, Lima, Impresión Pacific Press, 1986.

JASPER, Margaret, *The Law of Products Liability*, New York, Oceana Publications Inc., Second Edition, 2001.

JORDANO FRAGA, Francisco, *La Responsabilidad Contractual*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987.

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Paris, 1868.

-----, *Abuso de Derecho*, Paris, 1868.

JOURDAN, Patrice, *Le principes de la responsabilité civile*, Cuarta edición, Paris, Dalloz, 1998.

KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism. The american way of law*, Harvard, Harvard University Press, 2001.

KEETON, Page, *Products Liability-Design Hazards and the Meaning of Defect*, 10, Cumb. L. Rev. 293, 310, 1979.

KELLY, Julio Alberto, *La Responsabilidad del Fabricante*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1987.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

KIONKA, Edward, *Tort in a Nutshell, Injuries to person, and property*, St. Paul Minn, Nest Publishing, CO 1977.

KOENIG, Thomas H., y RUSTAD, Michael, *In Defense of Tort Law*, New York and London, New York University Press, 2001.

KYSER, *The expectations of Consumers*, 103 Colum. L. Rev. 1700, 1763 del 2003.

LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid, Tecnos, Tercera Edición, 1997.

LEDEZMA Narváz, Marianella, *Ejecutorias*, Tomos I, II, III, IV, V, Lima, Cultural Cuzco, años 1995, 1996 y 1997.

LEÓN HILARIO LEYSSER LUGGI, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Trujillo, Editora Normas Legales, 2004.

LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil*, Medellín, Legis Editores, Primera Edición en Español, 2004.

LOIS CABALLÉ, Ana Isabel, *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Madrid, Tecnos, 1996.

MANZANILLA, José Matías, "La responsabilidad de los empresarios por los accidentes de trabajo", *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos*, año VI - Vol 1, enero 1911.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, Ricardo de Angel YAGÜEZ, *Estudios sobre Derecho de Consumo*, Bilbao, Iberdrola S.A., Segunda Edición, 1994.

MASLOW, Abraham H., *Motivación y Personalidad*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos S.A., 1991. Edición en español, tercera edición en inglés publicada por Harper & Row, Publishers Inc., 1954, 1987.

MAZEAUD, Henri y otros, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo 1, Volumen I, 1961.

-----, MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *El “riesgo de la empresa” como fundamento de la responsabilidad civil*, en “Responsabilidad de la empresa”, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., 1996.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I.

MINISTERIO DE JUSTICIA, EDITORA PERÚ, *Compendio de Legislación sobre Servicios Públicos*, Lima, Primera Edición Oficial, 2000.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Derecho Civil*, Temis-Estudio de Belaunde y Monroy Abogados, Santa Fe de Bogotá, Tomo I, 1996.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Fondo de Cultura Jurídica, Trujillo, Volumen I, 1995.

MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, Civitas, 1994.

MOOK, Douglas G., *Motivation, The Organization of Action*, New Cork, London, WW Norton & Company, 1996.

MOSSET Iturraspe, Jorge, y otros, *Daños*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

-----, como Director y autor, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, GHERSI, Carlos A., STIGLITZ, Gabriel A., PARELLADA Carlos, ECHEVESTI, Carlos A., *Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Hamburabi-José Luis Depalma-Editor, 1997.

-----, *Responsabilidad por Daños*, Buenos Aires, EDIAR, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe, CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de las Obligaciones*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

PALMERO, Francesc, FERNÁNDEZ-ABASCAL Enrique G., MARTÍNEZ Francisco, CHÓLIZ Mariano, *Psicología de la Motivación y la Emoción*, Madrid, Mac Graw Hill, 2002.

PARELLADA, Carlos A., *Límites de la responsabilidad objetiva*, en *Daños*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1991.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, José María Bosch Editor S.A., 1990.

PAYET, José Antonio, *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomos I y II, 1992.

PIRENNE, Henri, *Historia de Europa-Desde las invasiones hasta el Siglo XVI*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño Moral. Prevención. Reparación. Punición*, Buenos Aires, Hammurabi-Luis Depalma Editor, Segunda Edición, 2004.

POLINSKY A. Michell, *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel,S.A., 1983.

POLLITT, Ernesto, *Desnutrición, Pobreza e Inteligencia*, Lima, Retablo de Papel Ediciones, 1974.

PONZANELLI, Giulio, *La responsabilitá civile-Profilo di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law - Fourth Edition*, Little, Brown and Company, Boston Toronto London, 1992.

-----, LANDES William, *The economic structure of tort law*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 1987.

PRADA ALONSO, Javier, *Protección del Consumidor y responsabilidad civil*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1998.

PROSSER, William L. *Handbook of the Law of Torts*, publicada por St. Paul, Minn, por West Publishing Co., 1964.

QUIROGA LEÓN, Aníbal y otros autores, *Las garantías constitucionales de la administración de justicia*, en "La Constitución diez años después", Lima, Constitución y Sociedad y la Fundación Friederich Neumann, 1989.

RAWLS John, *Teoría de la Justicia*, Segunda Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RABIN, Robert L., *Perspectives on Tort Law*, Aspen Law & Business, 1995.

REALE, Miguel, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 1979

RODRIGUEZ CARRIÓN, José Luis, *La responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000.

RAMOS NUÑEZ, Carlos, *El Código Napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima, 1997.

-----, *Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma*, Lima, ARA editores, 1997.

-----, *Toribio Pacheco. Jurista peruano del siglo XIX*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima, 1993.

-----, *Historia del Derecho Civil Peruano*, Tomos I, II, III, IV y V, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Lima, 2000, 2001 y 2003, respectivamente.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Vigésima Edición, 2001.

REEVE, Johnmarshall, *Understanding Motivation and Emotion*, New York, John Wiley & Sons INC., Third Edition, 2001.

REICH, *Mercado y Derecho*, Barcelona, A., Font, 1985.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *Régimen de Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Valencia, Aranzadi, 1995.

ROSSI Blas, *La Lex Aquilia y la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Universidad de Montevideo, 1951.

ROJO Y FERNÁNDEZ RÍO, Ángel, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974.

RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

-----, RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

SALOMON, Michael R., *Consumer Behaviour. Buying, Having and Being*, New Jersey, Pearson. Prentice Hall, 2004.

SALVESTRONI, Umberto, *Studi sulla responsabilità civile e altri scritti con appendice legislativa*, Torino, G. Giapichelli Editore, 1994.

SALVI Cesare, *La Responsabilità Civile*, Milano, Giuffré Editore, 1998.

SANTOS BRIZ, La Responsabilidad Civil, Madrid, Montecorvo, 1986.

SCHAMPS, Genevieve, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, 1998.

SCOGNAMIGLIO, Renato, *El daño moral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962.

SCHIPANI, Sandro, *Responsabilità "ex lege Aquilia", Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Università di Torino, G. Giapichelli, Editores, Torino, 1969.

SISTA, Ley Federal de Protección al Consumidor, México, Editorial SISTA, 2005.

SPEZIALE-BAGLIACCA, Roberto, *La culpa. Consideraciones sobre el remordimiento, la venganza y la responsabilidad*, Madrid, Biblioteca nueva, 2002.

- SOLÉ I FELIU, Josep, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas sobre por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*, Lima, Grijley, 2001.
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A., *Responsabilidad por Daños (Elementos)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.
- VENINI, Juan Carlos, *Responsabilidad por daños, contractual y extracontractual*, Santa Fe, Editorial Junín, 1990.
- VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, M. Rosa, *La Responsabilidad Extracontractual del Fabricante*, Barcelona, Bosch, 1999.
- VIGURI PEREA, Agustín, *La Responsabilidad Civil en el marco del Derecho de Consumo. Las acciones en defensa de intereses colectivos*, Granada, Editorial Comares, 1997.
- VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*, Lima, Ara Editores, 2002.
- WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- , *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, Ara Editores, 2002.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., STIGLITZ, Rubén, Directores de la Obra, *Derecho de Daños*, Primera Parte, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1991.
- TRIMARCHI, PIETRO, *Istituzioni Di Diritto*, ottava edizione, Milano, Giuffrè Editore, 1989.

ARTÍCULOS

- AGUILAR-CANOSA Y CASTELLA, Santiago, "La responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos en España y en la Unión Europea", en "La Ley", Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, Editada por Actualidad S.A., Madrid, año XVIII, número 4392, de 10 de octubre de 1997.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, Entrevista en Thémis, Revista de Derecho, Segunda Época, Lima, números 27 y 28, Tomo 1992-C (1992).
- , *Responsabilidad Contractual y Extracontractual: de la diversidad a la unidad*. Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, 1989,-C (1989), páginas 1186-1196.-
- , *Presunciones de causalidad y de responsabilidad*, en Revista Jurídica Argentina, La Ley, Buenos Aires, Tomo 1986-E, año 1986, páginas 981-991.
- , *Responsabilidad Objetiva derivada de la generación de confianza*, en Themis, Segunda Época, Lima, p.p. 27-28, marzo 1994.
- AMILCAR CIPRIANO, Néstor, *Daño moral futuro*, Revista Jurídica Argentina, la ley, Buenos Aires, Tomo 1987-B (1987).
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo, *Me quiere; no me quiere. Deshojando "margaritas ideológicas" en torno a la protección del consumidor*, artículo a ser publicado en Ius et Veritas, N° 13.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Una nueva teoría explicativa de la relación de causalidad "Theorie du cheminement ou de l'empreinte continue du mal"*, pp. 1378-1381/ Revista Jurídica la ley, Buenos Aires, tomo 1991-E, 1992.

CALABRESI, Guido, *Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo*, Ius et Veritas, Lima, año II, número 3, noviembre de 1991.

-----*La Responsabilidad Civil Extracontractual: El Derecho en una Sociedad Mixta*, en Thémis, Revista de Derecho, Segunda Época, No 23, Lima, 1992, páginas 43 a 53.

-----entrevista concedida a Thémis, Revista de Derecho, Segunda Época, No 23, Lima, Abril de 1993, páginas 55 a 61.

-----*Acerca de la Causalidad y de la Responsabilidad Extracontractual: un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.*, en Thémis, Revista de Derecho, Segunda época, No 33, Lima, 1996.

CARDENAS QUIROZ, Carlos, *Intereses legales e indemnización de daños (acerca del segundo párrafo del artículo 1985 del Código Civil)*, p. 21-23, en Ius et Veritas, Lima, año V, N° 8 (junio, 1994).

CIPRIANO, Néstor Amilcar, *El daño psíquico (sus diferencias con el daño moral)*, Néstor Amilcar Cipriano, Revista Jurídica la ley, Buenos Aires, tomo 1990-D, 1990, p.p. 678-682.

DAVIS, Mary J., *Design Defect Liability: In search of a Standard of Responsibility*, 39 Wayne L. Rev. 1217, 1236-1237, 1993

ECHEVESTI, Carlos Alberto, *El daño moral, Su legitimación Activa y pasiva*, C.A.E., p. 904, 909, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, tomo 1992-A, 1992.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La necesidad de establecer criterios apropiados para cuantificar la reparación del daño subjetivo*, Juan Espinoza Espinoza, p. 21-28, Revista Jurídica del Perú, Año XLIV, Lima 1, abril, 1992, Dic. 1994.

-----, *La Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor y las Nuevas Medidas Correctivas. ¿Un tipo de reparación civil?* En Legal Express, Año 1, N° 2 de febrero del 2001, página 3, publicación de Gaceta Jurídica.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño al proyecto de vida*, artículo publicado en *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, diciembre de 1996, p.p. 47 a 97.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo, *Pérdida de la vida humana, pautas que ponderan la indemnización*, Oswaldo Alfredo Gozaini, 946-954, Revista Jurídica Argentina "La Ley", Buenos Aires, Tomo 1985-C, 1985.

GUZMÁN Y MEDINA, José M., "La Doctrina del daño moral", en *Revista Universitaria. Órgano de la Universidad Mayor de San Marcos*, año XXII, Vol 1, Primer Trimestre, año 1928.

JAMES Philip, *Cuatro conferencias sobre la ley de "Torts"*, Revista Derecho, Lima 41, Diciembre de 1987.

Loi 98-389 du 19 de mai 1998, relative a la responsabilité por le fait des produits defectueux, Recueil Dalloz, 1998, Cahier, 10.09.98, FIEHP, 35.

KEETON, Page, *Products Liability-Design Hazards and the Meaning of Defect*, 10, Cumb. L. Rev. 293, 310, 1979.

LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel, *La atribución objetiva de la responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del derecho Privado*, p.p. 823,830, Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, Tomo 1988-C(1988).

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, p.p. 1119-1922, Revista Jurídica la ley, Tomo, 1980-B (1980).

CANALES MAYORGA, Claudia y MIRÓ QUESADA, Sandra, artículo *¡Cuidado consumidor! Si el monto de la medida correctiva que solicitas es "elevado" ... te esperamos en el Poder Judicial*, en "Diálogo con la Jurisprudencia", N° 50, Gaceta Jurídica, noviembre de 2002, p.p. 113 a 140.

MOSET Iturraspe Jorge, *Los Daños en una Economía de Mercado*, Revista de Derecho Scribas,

Instituto de Investigación Jurídico Notarial (INDEJ) año I, N° 2, Arequipa, Diciembre de 1996, página 97.

-----, *Entrevista*, en Themis, 2da. Época, p.p. 55-59, Lima 24, 1992.

National Consumer Agency of Denmark, *The Consumer Ombudsman*, Información general recibida por correo electrónico, Copenhague, 1997.

NELSON, William E., en "*From Fairness to Efficiency: The transformation of Tort Law*", in New York, 1920-1980", Buffalo Law Review 47, 1999, 177.

PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XVIII, N° 53, Mayo, Agosto, 1985.

PHILIP, James, *Cuatro conferencias sobre la ley de "Torts"*, Philips James, p. 365-414, Derecho, Lima, 41, Dic. 1987.

PIZARRO, Ramón Daniel, *Valorización del daño moral*, p. 828, 834, Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, Tomo 1986-E (1987).

POLINSKY A. Michell, *Resolviendo disputas por razón de vecindad: la economía simple de los mandatos de cesación y de las indemnizaciones por daños y perjuicios*, Thémis, Segunda Época, Lima, 1995, páginas 173-197.

POLLITT, Ernesto, *Deficiencia Endémica de Yodo en los Andes y sus consecuencias psicobiológicas*, Cusco, Allpanchis, N° 56, 2000.

POLLITT, Ernesto, SACO-POLLITT, Carmen, "On the Role of the Physical Environment in the development of intelligence", en *Current Topics in Human Intelligence. The Environment*, New Jersey, Case Western Reserve University, Douglas K. Detterman Editor, Ablex Publishing Corporation, 1996.

POSNER, Richard A., *Strict Liability: a comment*, Journal of legal studies, Chicago, 1973, páginas 205-221.

-----, *The concept of corrective justice in recent theories of tort law*, Journal of legal studies, Chicago, 1981, páginas 187-206.

PROSSER, William L., *The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, en Yale L.J. Vol 69. 50 Minn. L. Rev. 791 (1966) 791-848.

SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José, RUBÍ PUIG, Antoni, "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)", Working Paper N° 164, Barcelona, octubre de 2003. Se puede hallar el documento en InDret, www.indret.com.

SHAPO, Marshall S., *A Representational Theory of Consumer Protection: Doctrine, Function and Legal Liability for Product Disappointment*, 60 Va. L. Rev. 1109, 1974.

-----, *In Search of the Law of Products Liability: The Ali Restatement Project*, 48 Vand. L. Rev. 631 (1995) 631- 697

SIMONE, Oswaldo Blas, *Bases genéricas de los seguros de responsabilidad civil*, Revista Jurídica Argentina "La Ley", Buenos Aires, Tomo -C, 1990, p.p. 744, 754.

SMITH, Juan Carlos, *Límites lógicos del riesgo creado*, Juan Carlos Smith, 969-978, Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 1981-B, (1981).

SOMMA, Alessandro, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordenamento privatistico della repubblica federale tedesca*, Estratto, Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno L fasc, 3-1996, Giuffré Editore, Milano, 1996.

-----, *Software, responsabilità civile e tecniche di imputazione del danno: in particolare le esperienze tedesca*, Estratto, Revista Critica del Diritto Privato, anno L fasc, 3-1996, Giuffré Editore, Milano, 1996.

-----, *I contratti del consumatore nell'esperienza tedesca: il recepimento della direttiva 93/13*, Estratto dal volume: *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Giuffré Editore, Milano, 1997.

-----, *Diritto dei consumatori o diritto dei consumi*, Biblioteca della libertà, 1998.

TASCHNER, H.C., *Exposé introductif a la Directive et son introduction dans les droit européens*, en Ghestin, J., *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produit défectueux*, Paris, 1987.

VIDAL RAMÍREZ Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual en el Código de 1984*, Lima 42, Derecho, 1988.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daño Estético*, p.p. 945, 961, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1988-E (1988).

