

APUNTES Y REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRODUCTOR EN EL PERÚ

OLENKA WOOLCOTT OYAGUE

Abogada graduada en la Universidad de Lima (1994).
Doctora en Derecho en la Scuola Superiore di Studi
Universitari e di Perfezionamento S. Anna, Universidad de
Pisa, Italia (1999).

I. EL RÉGIMEN JURÍDICO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

En el Perú, la responsabilidad civil del productor por los productos defectuosos ha recibido recientemente un tratamiento específico por la vía de la legislación especial.

En efecto, en 1991 se dicta el Decreto Legislativo N° 716 que contiene un régimen de protección al consumidor. Entre las normas del citado Decreto, el art. 32 establece que "el proveedor de productos defectuosos es responsable de los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos".

Hasta antes de dicha normativa especial, todo posible problema que se generase por la circulación de un producto defectuoso podía ser abordado sólo y únicamente a la luz de la disciplina general sobre la responsabilidad civil, sea ésta contractual o extracontractual, tal como se halla prevista en el Código Civil vigente.

No obstante la existencia de un régimen especial de la responsabilidad del productor como el que contempla el art. 32 del D. Leg. 716, éste no ha tenido aplicación hasta el momento por parte de la jurisprudencia peruana la que más bien, ha continuado aplicando a los poquísimos casos sobre la materia la disciplina general de la responsabilidad civil. Tal desaplicación de la norma especial puede atribuirse en buena parte a la escasez de casos de esta naturaleza que llegan a los tribunales, por ser más bien, propios de economías en desarrollo, pues no existe en el Perú una cultura de litigación como la que predomina en los Estados Unidos de Norteamérica, además de otros factores que se suman para determinar que difícilmente el Poder Judicial en nuestro medio se vea frente a causas judiciales de este género¹. Esa desaplicación de la norma puede igualmente atribuirse a la falta de difusión de la existencia de una disciplina específica, siendo ésta aún, más severa que el régimen general de la responsabilidad civil.

¹ El Poder Judicial peruano adolece de estos problemas desde hace muchos años. En los últimos años, se ha emprendido un proceso de reforma del sistema judicial: la lentitud en el desarrollo de los procesos es sólo una de las más notorias consecuencias debidas a un agregado de factores que, no es el caso referir. De otro lado, no existe en nuestro medio una cultura del consumidor, no hay una política definida sobre la protección de los consumidores. La informalidad existente en el comercio en el Perú constituye un serio problema que aqueja nuestro mercado.

Por su parte, la doctrina en el Perú no ha mostrado preocupación por la difusión de un nuevo y específico régimen de responsabilidad del productor.

Con las precisiones que anteceden sobre la normativa aplicable a los casos de daños derivados de productos defectuosos pasaremos a explicar el régimen de responsabilidad que ha sido y sigue aplicándose a este tipo de daños, vale decir, el previsto por el Código Civil, para luego destacar la particularidad del régimen que se introduce en 1991. Sucesivamente, haremos referencia al caso de los daños derivados de servicios defectuosos.

1.1 La responsabilidad del productor bajo el régimen general de responsabilidad que contempla el Código Civil peruano

Si bien en el Perú, a partir de la década de los ochenta, se vislumbra un interés por tutelar en modo especial al consumidor², dicha tutela sin embargo, no llega a comprender una definida acción a favor de las víctimas de daños derivados de productos defectuosos. En efecto, el problema del resarcimiento³ de este tipo de daños en nuestro país quedaba completamente bajo la órbita general del ordenamiento civil vigente en la medida que éste le fuera aplicable.

El vigente Código Civil de 1984 no contiene una norma que regule específicamente el problema de los daños derivados de productos defectuosos. Consecuentemente, este problema, de tener lugar, sería resuelto por los jueces en atención a las normas vigentes sobre la responsabilidad contractual o extracontractual.

Siendo el problema de los daños derivados de productos defectuosos uno que surge en contextos industrializados, mejor aún, en contextos de economías desarrolladas, se explica que en el Perú, un país en vías de desarrollo y con una industria incipiente, no hayan sido llevados ante los tribunales peruanos casos de responsabilidad del productor, salvo contadísimas excepciones, en las que si en alguna manera se ha abordado el problema, se ha hecho siguiendo las normas del Código Civil y sin mayor empeño en atender los elementos o presupuestos que a nivel de derecho comparado encontramos ya desarrollados, tales como la noción de 'defectuosidad' que se coloca a la base de la imputación de responsabilidad del productor.

Sin embargo, reiteramos que desde la perspectiva del Código Civil, un caso de daño derivado de producto defectuoso bien puede ser resuelto según sean aplicables las normas de la responsabilidad contractual o de la responsabilidad extracontractual. Ello sin perjuicio de poner en evidencia que, un sector importante de la doctrina peruana

2 En efecto, en 1983 el Gobierno peruano dicta por DS 236-83-05 un conjunto de normas de protección al consumidor, las que obligaron posteriormente fuera de ley mediante la ley n° 23863. Dicha normativa contenía en su ítem Disposición Final una norma que estableció la responsabilidad civil y administrativa de los proveedores de bienes o servicios que ofrecen, por actos propios y por los de sus colaboradores, contra los derechos del consumidor. Es norma evidentemente de lugar a un problema de interpretación, dado su misma claridad y detalle de las responsabilidades que aparece correspondiente. El art. 24 de esa normativa (que estableció "el derecho del consumidor a pedir ante otras medidas, la indemnización o la que fuere lugar cuando el producto tuviere defectos o vicios ocultos...") no dejó en claro si creaba una hipótesis de responsabilidad del fabricante por daños derivados de los vicios o defectos de sus productos o si simplemente el derecho de los consumidores a ser indemnizados conforme a las disposiciones generales sobre la responsabilidad civil. En fin, se trataba de un dispositivo legal que no ha trascendido a nivel de la jurisprudencia peruana.

3 En realidad, no es que en el Perú se pueda hablar de un 'problema de asignar los daños derivados de productos defectuosos', pues, los casos que han llegado a los tribunales son más ínfimos. Lo que no significa necesariamente, que en el Perú los productos sean de una tal calidad que difícilmente generen daños, sino que, no hay una línea de contención sobre los derechos de los consumidores, quienes aún siendo afectados, no interponen demanda judicial para hacer valer sus derechos.

se ha pronunciado por el tratamiento del tema como uno de responsabilidad extracontractual⁴.

1.1.1 Desde la perspectiva de la responsabilidad contractual

La víctima de los daños derivados de producto defectuoso podría hacer valer su derecho al resarcimiento contra quien le transfirió el bien que generó el daño, es decir que entre el consumidor y el fabricante o vendedor que se trate de responsabilizar, debe existir una relación obligatoria, cuyo incumplimiento podrá dar lugar al resarcimiento de los daños que resulten para el adquirente del bien o producto defectuoso siempre que no haya mediado una causa no imputable al deudor. En tal sentido establece el art. 1314 del Código Civil que "quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

La ley presume que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso son imputables al deudor a título de culpa leve⁵. Lo que comporta que, el deudor -fabricante o vendedor- puede liberarse de responsabilidad probando su ausencia de culpa en la entrega del producto, lo que no significa necesariamente que tenga que probar el caso fortuito o la fuerza mayor. El fabricante se libera probando que cumplió con realizar los controles de calidad pertinentes (si es el caso de los defectos de fabricación), o que no era razonablemente posible elaborar un producto más seguro (si se trata de un defecto de diseño). Para el vendedor, en cambio, la prueba de la ausencia de culpa resulta más fácil, desde que, en su calidad de tal, bastaría que pruebe que no resultaba razonable realizar la investigación que hubiese sido necesaria para descubrir el defecto.

Responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares

En el marco de la responsabilidad contractual, conviene llamar la atención en la hipótesis en la que el deudor para la ejecución de su prestación se vale de otros sujetos que lo auxilian para ese fin, en cuyo caso el art. 1325 C.C. establece la responsabilidad de dicho deudor por los actos dolosos o culposos de los auxiliares, salvo pacto en contrario.

La norma sería aplicable al caso en que se imputara responsabilidad al fabricante o al vendedor -deudores del consumidor que ha resultado víctima de los daños- por el hecho doloso o culposo de sus empleados o auxiliares en general. Cierto es que será muy difícil identificar la culpa de los auxiliares en el caso de nuestro interés, dado que la misma pudo haber tenido lugar no obstante los controles razonables que han de tenerse en cuenta en las diversas fases del proceso de producción.

Sobre la extensión de los daños resarcibles

El C.C. de 1984 siguiendo la influencia del C.C. Italiano de 1942, ha establecido una diferenciación de la extensión del resarcimiento de los daños en función a si el deudor obró con culpa o dolo. Así, el deudor que actuó con culpa leve responde sólo de las consecuencias inmediatas y directas de la inexecución o cumplimiento defectuoso de la obligación y siempre que hubieran podido ser previstas al momento en que se contrajo la obligación. Mientras que el deudor que actuó con dolo o culpa inexcusable responde también del daño que no hubiera podido ser previsto al contraerse la misma.

4. En este sentido se pronuncia De Traversari, *Permeando La responsabilidad extracontractual*, Biblioteca Foro Lex el Código Civil T. II, Vol. I, p. 285 ff.

5. Art. 1329 C.C. 1984: Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

Así por ejemplo, si un farmacéutico actúa con "culpa leve" en la venta de un producto que tiene dos efectos secundarios. Imagínese que uno de ellos es conocido a la luz de la ciencia y de la técnica, el otro en cambio, se trata de un efecto científicamente desconocido, el vendedor responderá sólo de los efectos conocidos por ser sólo ellos previsibles al momento de contraer la obligación.

Prueba de los elementos de la responsabilidad

El actor, vale decir, la víctima del daño, debe probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el incumplimiento. En caso de tratarse de dolo o culpa inexcusable, éstos también tendrán que ser probados por el actor, dado que no opera la presunción de culpa leve que genera el hecho del incumplimiento tal como lo prevé el art. 1329 C.C., en cuyo caso es el deudor que para liberarse de responsabilidad debe probar que obró con la diligencia ordinaria, esto es, debe probar su no culpa.

Responsabilidad por vicios ocultos

Consideramos la responsabilidad por vicios ocultos en esta área general de la responsabilidad contractual sólo a los fines de separarla del área de la responsabilidad extracontractual, más no con el propósito de reconocer una identidad de fundamentos entre aquén que sustenta el incumplimiento obligacional y aquél en que se apoya la obligación de saneamiento por vicios ocultos. Pues, en el primer caso, lo que se pretende es indemnizar la frustración de las expectativas de las partes contratantes debida al incumplimiento; aquí no existe una obligación de seguridad del adquirente, en cuanto a su persona y sus bienes, salvo que a través de una interpretación basada en la buena fe, se trate de extender el contenido de la relación contractual. Sin embargo, esta interpretación no es la que impera en la jurisprudencia y doctrina peruanas. En cambio, en el caso de la responsabilidad por saneamiento, lo que se pretende estrictamente es garantizar la utilidad de la cosa transferida para el adquirente, no se trata pues, de asegurar la integridad personal o patrimonial del adquirente y tampoco proviene de la inexecución de las obligaciones. Esta responsabilidad cumple una función de garantía.

Regulados los efectos del saneamiento por vicios ocultos en nuestro Código Civil por el art. 1502⁶, cuyo equivalente sería la conocida warranty of merchantability de la experiencia norteamericana, no ha representado en el derecho peruano un canal para hacer viable una interpretación a favor de la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos, ni a nivel de doctrina, que habría tenido mayores posibilidades tal como lo enseña la experiencia estadounidense así como la europea, ni mucho menos a nivel de la jurisprudencia, por lo mismo que no ha tenido que afrontar una gama de casos propios de este tipo de daños.

Además, en el ordenamiento peruano el resarcimiento de los daños como consecuencia del vicio oculto en el bien transferido al adquirente, requiere del elemento de la culpa sobre la existencia del vicio para los fines de imputar la responsabilidad al transferente del bien viciado. Elemento de culpabilidad requerido en esta hipótesis de resarcimiento de los daños en nuestro ordenamiento que marca una distancia respecto a otros ordenamientos extranjeros que más bien han contemplado esta responsabilidad por vicio oculto como una de naturaleza objetiva⁷.

6 El art. 1511 C.C. contempla el derecho del adquirente a pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato o la inc. 5ª del art. 1512 C.C. preciso que "la resolución del contrato impone al transferente "la obligación de pagar al adquirente la indemnización de daños y perjuicios cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de la vicia".

7 Este garantía por vicio oculto ha adquirido un carácter objetivo en el derecho italiano o través de una interpretación en ese sentido de la norma del art. 1494 C.C.I., según se ve la orientación del Derecho francés, fundado en el carácter de "profesionalidad" del vendedor.

Sobre la extensión del daño resarcible se aplican las normas generales sobre la responsabilidad por la inexecución de obligaciones o más conocida como responsabilidad contractual, a lo que nos hemos referido precedentemente.

La noción de vicio oculto

La doctrina peruana ha definido el vicio oculto como el defecto o imperfección que no se revela por el simple examen de la cosa transferida. De consecuencia, no se consideran tales, de conformidad al art. 1504 C.C., "los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias",

Se trata de una noción que hace referencia a la "defectuosidad" en sentido sumamente lato, sin aludir a las connotaciones que este sustantivo adquiere a través de la evolución que ha tenido el tratamiento de la responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos a nivel de derecho comparado. Y se distingue igualmente de la noción de "defecto" que va dibujando la doctrina peruana que aborda el tema desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual⁸.

Conclusión

Lo que se ha presentado en este punto es el marco legal que pudo haber servido de sustento tanto al juez como al jurista peruanos para tratar de elaborar una solución resarcitoria frente a los daños derivados de productos defectuosos. Sin embargo, la vía contractual no ha sido propuesta por la doctrina peruana como una posible solución. Veremos a continuación que la doctrina peruana opta por la vía de la responsabilidad extracontractual.

1.1.2 Desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual

Si bien la jurisprudencia peruana⁹ no se ha caracterizado por su riqueza en el tratamiento del problema representado por los daños derivados de productos defectuosos, por la obvia escasez de casos de este tipo que ha tenido frente a ella, sin embargo se puede extraer de los pocos casos resueltos, una línea preferencial en cuanto a pronunciarse por la responsabilidad extracontractual del productor. La doctrina peruana, por su parte, es clara al definir su opción extracontractual.

La opción de la doctrina peruana es consecuente con la que ha prevalecido a nivel de derecho comparado, según se desprende de la evolución que ha tenido el tratamiento de la responsabilidad del productor, punto tan extenso por lo que omitimos en esta oportunidad mayor detalle.

No existiendo en el Perú hasta 1991¹⁰ una hipótesis específica de responsabilidad por productos defectuosos que el legislador haya contemplado, sin perjuicio de algunos intentos

⁸ Véase, n.º 1.1.2.

⁹ Los pocos casos sobre daños derivados de productos defectuosos revelan que la jurisprudencia peruana ha preferido aplicar el régimen de la responsabilidad extracontractual aún a situaciones de daño habiendo existido un contrato entre las partes, como por ejemplo, la venta de un producto farmacéutico. Se aprecia del mismo modo que, a tan es claro que el criterio de imputación que los jueces consideraban aplicable era el culpa, ciertamente bajo la vigencia del Código Civil de 1930, también lo es que los jueces demostraban a través de sus resoluciones una inclinación por la introducción de elementos de juicio que hacían incluir una responsabilidad objetiva. Así por ejemplo los jueces consideraban que una vez que se probaba el defecto se invertía la carga de la prueba, operando de este modo un caso de culpa como tal. Donde para liberarse el productor de responsabilidad, los jueces se mostraban sumamente rigurosos con la prueba que exigían a ese fin, véase, n.º 23.

¹⁰ En 1991 se dictó en el Perú el D. Leg. 716, el cual entre las normas de protección al consumidor que promulgó, contiene un art. 32 que establece específicamente una hipótesis de responsabilidad del objetivo del proveedor de productos defectuosos.

de introducirla como tal, ya en el Código Civil de 1984¹¹, fluye de la doctrina peruana una línea interpretativa de una norma de este cuerpo legal que más bien contempla la hipótesis de la responsabilidad por bien o actividad riesgosa (art. 1970 C.C.)¹², proponiendo una interpretación en el sentido que siendo el 'producto defectuoso' un bien 'peligroso', entonces los daños que deriven de él se circunscriben al ámbito de operatividad de la citada norma.

Responsabilidad objetiva

La doctrina peruana se ha pronunciado a favor de una responsabilidad objetiva del productor¹³, lo que en la experiencia norteamericana corresponde a la strict liability. Sin embargo, no se construye una hipótesis autónoma de responsabilidad, sino que se aplica el criterio del 'riesgo' o 'peligrosidad' del bien o de la actividad desarrollada. En cuanto concierne a la jurisprudencia, en los pocos casos en que ha hecho frente al problema, refleja una tendencia a responsabilizar al productor, y aunque invoca la culpa como fundamento de su decisión, tiende a presumirla con carácter iure et de iure, o a ser rigurosa en la prueba liberatoria de quien se le imputa responsabilidad¹⁴.

La doctrina invoca el criterio del riesgo o peligrosidad como fundamento de su posición, el mismo que nuestro Código Civil de 1984 ha contemplado como criterio de imputación de la responsabilidad civil extracontractual en el art. 1970. La intención del legislador¹⁵ al prever dicho criterio en una norma independiente con relación a la que contiene el criterio de la culpa (previsto en el art. 1969¹⁶) ha sido la de introducir claramente un "principio" de responsabilidad objetiva en el nuevo Código Civil, ya que hasta el cuerpo legal que lo precede, el tema de la responsabilidad civil se hallaba positivamente regulado desde una perspectiva subjetivista de la institución, vale decir, donde aparecía la culpa como el único criterio capaz de fundar las hipótesis de responsabilidad, aún si existían interpretaciones tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia que para algunos casos extendían en modo tal las posibilidades aplicativas de la norma basada en la culpa a situaciones de daño, de lo que resultaba más bien, que dicha culpa se convertía en una ficción.

Sin embargo, sabido es, y lo vemos a través de la evolución que ha tenido la teoría del riesgo a nivel de derecho comparado, que resulta difícil que el 'riesgo' se constituya en un principio rector de la responsabilidad civil, a la manera que por largo tiempo lo fue el criterio de la 'culpa'. La teoría del 'riesgo' ha tenido múltiples interpretaciones para hacer posible su aplicación a las situaciones concretas de daño, y en todas ellas, ha suscitado encendidos debates orientados a enervar o hasta negar su valor como criterio de imputación.

En fin, el citado art. 1970 es posible de ser interpretado tan ampliamente como tan restrictivamente. Lo que no se puede aceptar es que se le entienda como un principio general de responsabilidad civil a la manera que una vez se propuso y por largo tiempo se

11 Como fue la propuesta del Prof. Fernando de Trazegnies Granda al proponer la introducción de una norma específica en el artículo del nuevo Código Civil dedicada a la responsabilidad del productor. La hipótesis de responsabilidad según esta propuesta, se encuadra en el régimen de la responsabilidad extracontractual y assume una naturaleza objetiva. V. De Trazegnies Granda, Fernando, *Proyecto y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Fondo Editorial PUCE 1980, p. 290 ss.

12 El art. 1970 señala: "Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo".

13 Puyot, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VIII, Fondo editorial PUCE 1990, I, p. 687 ss.

14 Vargara, n. 33.

15 Se acoge de esta manera en el C.C. de 1984 la opinión de la doctrina según la cual, si bien no se podía eliminar la culpa por las fines de la atribución de la responsabilidad, el estado de las relaciones sociales justificaba ya bajo la vigencia del Código Civil de 1955 que dadas las circunstancias se contemplara la responsabilidad por riesgo. V. León Barrantes, José, *Comentarios al Código Civil Peruano*, p. 686.

16 El art. 1969 prevé: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El dolo o culpa por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

aceptó al principio de la culpa. A nuestro entender, esa norma no contiene sino un criterio más de imputación de responsabilidad, y por cierto, tratándose del "riesgo", las interpretaciones podrían oscilar desde las que más tienden a establecer una responsabilidad objetiva como las que se mantienen más cerca de las consideraciones subjetivas.

Pero siendo el art. 1970 la norma que se introduce en el C.C. de 1984 con aspiraciones objetivistas, obtiene automáticamente el favor de la doctrina peruana¹⁷ para postularlo como el criterio que sustente la atribución de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos.

La norma en referencia, al consagrar como criterio de imputación el riesgo, plantea el inevitable problema de interpretación sobre qué cosas o actividades deben ser consideradas "riesgosas" o "peligrosas". La doctrina¹⁸ considera que tal definición queda librada a la jurisprudencia, la que tendrá en cuenta el momento histórico en que emite pronunciamiento y con ello, las exigencias socio-económicas propias del mismo.

No existe en nuestro medio una clasificación de las cosas o actividades en riesgosas o peligrosas. Alguna opinión doctrinaria¹⁹ ha considerado que el art. 1970 no se refiere solamente a los productos llamados "ultrarriesgosos" sino que comprendería a todas las que de alguna manera sean riesgosas, apoyándose esta interpretación en la lectura de la propia norma que contempla la posibilidad de que se trate de un 'riesgo' o de un 'peligro'. De consecuencia, existe un margen bastante amplio con el que cuenta la jurisprudencia para los efectos de semejante definición, siempre y cuando tales riesgos o peligros tengan una magnitud y probabilidad suficientes para sujetarse a los límites del citado art. 1970.

Dentro de ese margen de interpretación, un sector de la doctrina ha propuesto que el "producto defectuoso" bien puede hallarse dentro de los parámetros del citado art. 1970. En efecto, en esta línea se sostiene que un producto defectuoso es un bien riesgoso o peligroso, y en cuanto tal, se halla bajo la órbita de la norma en referencia. Esta tesis se construye a partir de una relación entre defectuosidad y peligrosidad, en la cual, lo segundo es consecuencia de lo primero, pero no viceversa²⁰ y de una concepción de la "peligrosidad" donde su determinación es librada al arbitrio de los jueces, aún cuando puedan existir categorías de productos que han sido calificados como peligrosos, como es el caso por ejemplo, de los productos farmacéuticos o de las sustancias explosivas o tóxicas, etc. Se entiende desde esta teoría que el "defecto" supone la existencia de un riesgo o peligro, pero además, que se trata de un riesgo de importancia tal que supera los beneficios que resultan del producto, riesgo que es determinado por daños que previsiblemente se deriven del producto defectuoso, esto es, según sean 'consecuencia adecuada' del mismo.

Consideramos que se trata de una teoría que simplifica sobremanera la atribución de responsabilidad al productor. Ciertamente es que el "defecto" del producto lo coloca en la potencialidad de ocasionar daños y de allí el carácter de peligrosidad del mismo, pero también es cierto que un acto negligente lleva en sí la potencialidad de generar daños a

17 En esta línea: Poyet, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, op. cit., De Trasegón Ganda, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit.

18 Poyet, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, cit., p. 902.

19 De Trasegón Ganda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, cit., n.º 73, Poyet, José Antonio, *La responsabilidad por productos defectuosos*, cit., p. 902 ss.

20 Poyet, José Antonio, *Op. cit.*, p. 707 ss.

terceros, y no por esto diremos que resulta aplicable el art. 1970. En fin, la hipótesis de responsabilidad que sugiere la existencia de un producto defectuoso, no es tan simple como lo plantea la tesis que criticamos, pues, lo que en realidad se tiene que hacer para determinar de qué defectuosidad se trata, es examinar si ese carácter reside, o mejor, se produjo en la fabricación (manufacturing defect), en el diseño (design defect) o en el aviso (warning defect), en cuyo caso, el standard varía de acuerdo al tipo de defecto. Es en los dos últimos casos de los mencionados, donde se revela la dificultad de establecer la defectuosidad, pues no basta la simple disconformidad del producto con respecto a la serie a que pertenece (manufacturing defect), sino que se tomarán en cuenta una serie de circunstancias que delaten el producto como inseguro, entre las cuales se considera también, la conducta razonable del consumidor en el uso del producto.

Así, cuando se tiene presente la necesidad de llevar a cabo todo un análisis de la defectuosidad, nos damos cuenta que la operación para atribuir responsabilidad al productor no es simple. Muy por el contrario, esa operación se convierte en el eje de la imputación de responsabilidad. Ante lo cual preguntamos, siendo ello así, ¿es realmente el "riesgo" el fundamento de la imputación de responsabilidad, o es a caso que el quid de la responsabilidad reposa en el "defecto"? La evolución que ha tenido el tratamiento del tema a nivel de derecho comparado avala una respuesta en el último sentido.

En síntesis, por las razones expuestas, entre otras que podrían agregarse, no consideramos que el art. 1970 sea el canal correcto para fundar una responsabilidad objetiva del productor.

Presenta en cambio otras dificultades de aceptación, aún bajo esta teoría que criticamos, el que se trate de considerar actividad peligrosa a toda la "actividad" de fabricación. Evidentemente, si un producto resulta defectuoso no determina necesariamente que toda la actividad de fabricación lo sea. Así, para considerar a una cierta actividad como "riesgosa", siguiendo el criterio de la suficiente probabilidad y magnitud de los daños a que antes nos hemos referido con relación a la aplicación del art. 1970, la propia actividad tendría que ser susceptible de causarlos y no sólo uno de sus productos. Quienes defienden la tesis que opta por la aplicación de dicha norma a los daños derivados de productos defectuosos, consideran así, que podrá calificarse como actividad peligrosa a la fabricación o distribución de productos genéricamente peligrosos, tales como los medicamentos, los explosivos, etc.

Nuevamente, la tesis en referencia pasa por alto el hecho que sea la defectuosidad del producto la que determina la imputación de responsabilidad mas no así el riesgo de toda la actividad de fabricación. Ello claro está, sin perjuicio de reconocer la existencia de actividades intrínsecamente riesgosas, como la de producción y distribución de explosivos, por ejemplo.

Consideramos de suma trascendencia, establecer una distinción entre la responsabilidad objetiva por "riesgo" de la responsabilidad objetiva por producto defectuoso. En el primer caso, quien ejerce la actividad riesgosa o utiliza un bien "intrínsecamente riesgoso" tiene el control de la actividad o del bien en cuyo ámbito se generarán daños a terceros. En cambio, en el segundo caso, los daños derivados de productos defectuosos se producen en el ámbito del consumidor o usuario del producto defectuoso, en mérito de lo cual, se ha de tomar en cuenta la conducta razonable de este último tendiente a evitar la producción de daños. Es decir, que en el problema de la atribución de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, la propia configuración de la "defectuosidad", que mas bien se sustenta en un criterio de relacionabilidad de la actividad del productor con la del consumidor, determina la naturaleza específica de la presente hipótesis de responsabilidad.

La definición de "defecto"

Una definición de producto defectuoso se introduce en el Perú sólo a través del D. Leg. N° 716 de 1991, que promulga las normas sobre tutela del consumidor. Se trata, sin embargo, de una definición que específicamente contempla el art. 32 de dicho texto legal pero que, según se observa de la doctrina y jurisprudencia, no ha recibido mayor acogida sino sólo en el ámbito de la tutela administrativa encargada a una entidad específica como es INDECOPI.

Antes de dicha ley, las referencias que se hacen sobre el 'defecto' tanto a nivel de doctrina como de la jurisprudencia son sumamente genéricas, indicando algunas veces la noción de un 'vicio oculto', otras en cambio precisan que la "defectuosidad no se determina por la inadecuación del producto para el uso esperado por el consumidor, sino por el peligro que presenta"²¹. El problema entonces se traslada a definir la "peligrosidad".

A nivel de jurisprudencia, la palabra "defecto" es más bien inexistente, se hace referencia a los daños que provienen del consumo o uso de un producto y, es en cambio, la doctrina reciente que identifica en las pocas sentencias sobre la materia el problema de la 'defectuosidad' aludiendo a él incluso de acuerdo a la diferencia que postula la tipología de los defectos. Así, la doctrina peruana encuentra que el tipo de 'defecto' que presentan las pocas sentencias que sobre este problema se tienen a la vista, es el de aviso (warning defect). En efecto, son casos concernientes a una errónea etiquetatura de los productos que determina que los mismos circulen y cuando llegan al consumidor éste considera que ha adquirido el correcto mientras que en realidad, por ese error, le han entregado otro²².

El responsable

De acuerdo a la doctrina que propone la aplicación del art. 1970 sobre responsabilidad por actividad riesgosa el responsable de los daños generados por sus productos defectuosos sería quien desarrolla la actividad riesgosa o peligrosa, o sea, en términos concretos, lo sería el titular de la actividad de producción. En cambio, si se tratase de un 'bien' riesgoso o peligroso, surge el problema de establecer quién es el responsable, desde que pueden ser varios los sujetos con los que el bien se halle en relación de pertenencia: así, el fabricante, el importador, el distribuidor, el ensamblador, o hasta el conductor (si se tratase de un automóvil). Se trata de establecer quién causó el daño mediante el bien riesgoso o peligroso. Ello sería determinado merced a la aplicación del criterio de 'causalidad adecuada' que expresamente contempla el art. 1985: "relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido". No obstante, dicha responsabilidad la extienden, quienes sostienen la aplicación del art. 1970, a todos los integrantes de la cadena de producción y distribución del producto defectuoso, bajo la consideración de que son todos ellos los que contribuyen a crear el riesgo.

No siendo correcta la teoría del riesgo para fundar la responsabilidad del productor, como lo hemos señalado en líneas anteriores, tampoco lo es el art. 1970 a los fines de determinar quién es el responsable. La aplicación de esta norma supondría que es el productor únicamente que participa en la creación del riesgo, sin tenerse en consideración si el consumidor podía con su conducta prevenir o evitar los riesgos de acuerdo a un uso o

21 Payer, José Antonio, *Op. cit.*, p. 956 ss.

22 V. Rev. de Jurisprudencia Peruana, 1985, N° 150, p. 940; Rev. Jurispr. Per., 1986, N° 20-27, p. 194; Rev. Jurispr. Per., 1985, N° 117, p. 1238; Rev. Jurispr. Per., 1984, N° 242, p. 318; Rev. Jurispr. Per., 1984, N° 242, p. 223.

consumo razonable del producto. Ciertamente, el art. 1970 nos obligaría a quedarnos en el examen del 'origen' del defecto para así atribuírselo a quien lo creó, porque fue él quien introdujo en el mismo la potencialidad dañosa. Pero así planteada la atribución de responsabilidad del productor, nos acerca a la perspectiva que se tiene desde la responsabilidad por culpa, donde para determinar de donde proviene el daño se atiende sólo a uno de los sujetos implicados en la relación de consumo, al productor que en esta última perspectiva fue negligente en la elaboración del producto.

En efecto, de acuerdo al criterio de la responsabilidad por culpa, contemplado en el art. 1969, sería el productor que incurrió en negligencia en el proceso de elaboración del producto a quien se le imputaría la responsabilidad. En esa culpa descansaría la causa del daño sufrido por el consumidor del producto defectuoso.

Las defensas del responsable

Si la jurisprudencia aplica el criterio de la culpa, como aparentemente lo hace en sus sentencias, aún cuando ésta resulte siendo una ficción, el responsable para liberarse de responsabilidad conforme al art. 1969 C.C. debe probar que en la elaboración del producto aplicó la diligencia necesaria exigida a un productor promedio. Ciertamente, que los jueces tienden a ser muy rigurosos con la prueba liberadora de responsabilidad al punto que en los hechos parece que se trata de una hipótesis de responsabilidad objetiva.

§ De acuerdo a la posición de la doctrina que ha preferido la aplicación de un criterio objetivo de imputación, como es el contenido en el art. 1970 C.C., la prueba de la ausencia de culpa no libera de responsabilidad. De consecuencia, el productor responde aún cuando no le haya sido posible evitar el defecto en el producto, así como también en el caso del llamado 'riesgo de desarrollo' que plantea la defensa conocida a nivel de derecho comparado como la 'state of art defense'.

§ Otras defensas que el responsable puede invocar son las que nuestra doctrina ha contemplado como "situaciones excepcionales, algunas de ellas de emergencia, en las que la ley nos faculta a dañar en función de un bien superior"²³. Tales situaciones se hallan previstas en el art. 1971 C.C. y son las siguientes: 1) El ejercicio regular de un derecho; 2) La legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno; 3) La pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no excede lo indispensable para conjurar un peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado.

Se trata de hipótesis de no responsabilidad que un sector de la doctrina en el Perú²⁴ considera operativas tanto para los casos de responsabilidad por culpa como a la responsabilidad por riesgo. Y en esa línea, las hipótesis del art. 1971 resultaría también aplicables a la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Contrariamente a la opinión doctrinaria en referencia, nosotros consideramos que las hipótesis del art. 1971 al excluir la 'antijurificabilidad' del acto o actos que dieron lugar al daño, se refiere

23 De Inozegui Grande, Fernando. La responsabilidad extracontractual, cit. nº 66.

24 La doctrina representada por De Inozegui, que a su vez sigue la opinión del autor del libro de la responsabilidad extracontractual del Código Civil de 1984, el Dr. José León Escobar, quien considera que las hipótesis de no responsabilidad del art. 1971 funden con referencia a cualquier tipo de responsabilidad". Cf. León Escobar, José. Responsabilidad extracontractual, en Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil, T.VI, Compilación. Dela. Fernando de Deobley. Olaya editores S.A., Lima, 1985, p. 603.



a los casos de responsabilidad por hecho personal, en la que entra en cuestión la 'culpa', no está referida a una pretendida 'antijuridicidad del daño' como la doctrina con la que discrepamos pretende establecer justificando la aplicación del art. 1971 para convertir al daño causado en un denominado 'daño autorizado' y consecuentemente, justificar su aplicación a la hipótesis de responsabilidad por riesgo del art. 1970.

Nosotros somos de la opinión que el art. 1971 puede ser aplicado con respecto a la hipótesis de responsabilidad subjetiva que contempla el art. 1969, mas no así, con respecto a la hipótesis del art. 1970 con respecto al cual, no cabe hablar de una supuesta 'antijuridicidad' de la actividad generadora del daño, por tratarse de una actividad lícita.

§ Finalmente, el demandado puede invocar para liberarse de responsabilidad cualquiera de los supuestos que excluyen el nexo de causalidad. Se trata de las hipótesis de interrupción del nexo de causalidad que en nuestro Código Civil se hallan previstas en los arts. 1972 y 1973. El primero, se refiere a las clásicas hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor, de hecho determinante de tercero y a la imprudencia de quien padece el daño, las que interrumpen el nexo de causalidad. El segundo, concierne a los supuestos de concausación: "Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias".

Sobre los daños resarcibles

De acuerdo al art. 1985 C.C. que se halla contenida en el Título sobre la responsabilidad extracontractual, son resarcibles el 'daño emergente', el 'lucro cesante', el 'daño moral', el 'daño a la persona', siempre que exista una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Como se observa, en el ordenamiento peruano no se ha contemplado el resarcimiento del llamado 'daño punitivo'. No obstante ello, a través de una interpretación extensiva del daño moral, se podría llegar a considerarlo a los fines de la suma resarcitoria general a favor de la víctima.

En cuanto a la extensión de los daños resarcibles, el Código Civil peruano de 1984 contiene una norma, el art. 1321, que en línea con los Códigos Francés e Italiano, limita el alcance de los daños por incumplimiento contractual a las consecuencias inmediatas y directas. Esa misma norma tiene como antecedente nacional al art. 1323 del derogado Código Civil de 1936, respecto del cual, un sector importante de la doctrina peruana se pronunció por su aplicabilidad al ámbito de la responsabilidad extracontractual -llamada bajo el viejo Código como "De los actos ilícitos"-, tal aplicabilidad de la norma contemplada en el ámbito de la responsabilidad "contractual" opera en Italia, merced a una remisión legislativa, y en Francia, merced a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Por tanto, el criterio de los daños directos e inmediatos es aplicable al área de los daños derivados de productos defectuosos. Ciertamente es que, la interpretación de lo 'directo' y lo 'inmediato' no responde a parámetros de literalidad, sino conforme se desprende de la doctrina y jurisprudencia comparadas, en la práctica se les entiende con un sentido de 'normalidad' o 'regularidad' causal.

Prueba de los elementos de la responsabilidad

La víctima del daño derivado de producto defectuoso a los fines de obtener el resarcimiento correspondiente tendrá que acreditar el daño, su relación de causalidad adecuada -de

conformidad con lo establecido en el art. 1985 C.C.²⁵, - con el origen del riesgo, esto significa descubrir la existencia de un defecto en el producto, mejor dicho, quién creó o introdujo ese defecto en el producto, en fin, todo esto, si nos circunscribimos a la hipótesis de responsabilidad objetiva del art. 1970, que es por el que se orienta un sector importante de la doctrina peruana para los efectos de la atribución de responsabilidad al productor. Ciertamente, para que opere esta norma, debe quedar probado que se trata de un 'producto defectuoso', el que automáticamente se convierte en 'riesgoso' o 'peligroso' desde la perspectiva de la doctrina peruana que defiende la aplicación del citado art. 1970. Ciertamente, que no podemos de las magnánimas dificultades que implicaría la determinación de la defectuosidad, siendo precisamente éste el problema que, en nuestro concepto, pone en crisis una aceptación simplista de la tesis de la responsabilidad por riesgo a los casos de daños derivados de productos defectuosos.

En todo caso, está abierta la posibilidad que la víctima invoque la aplicación del art. 1969 C.C. que contempla el principio de la responsabilidad por culpa. Y, siendo esta norma una que ha contemplado expresamente la inversión de la carga de la prueba de la culpa, resulta que será el imputado quien deba probar su diligencia en el proceso de elaboración del producto materia de cuestionamiento. Ciertamente, se trata de una norma que no favorece en lo absoluto a la víctima de los daños, desde que las exigencias de los jueces en cuanto a la prueba liberadora pueden ir desde las más condescendientes a las más rigurosas con el agente del daño.

EL PRINCIPIO DEL "RESPONDEAT SUPERIOR"

En materia de responsabilidad extracontractual, el art. 1981 ha contemplado la hipótesis de responsabilidad objetiva del principal por los hechos de sus dependientes²⁶. Es decir, el empresario respondería de los hechos de sus dependientes. El requisito de la dependencia, es un concepto que no necesariamente implica una subordinación de trabajo, sino una subordinación de hecho, que efectivamente represente para el principal la facultad de dar indicaciones para la realización de un determinado trabajo o encargo.

Esta norma resulta aplicable en materia de daños derivados de productos defectuosos. Así, el demandado, sea el fabricante, el distribuidor, el importador serían responsables solidarios por los hechos de sus dependientes, si el daño fue resultante del ejercicio de sus respectivas actividades en el proceso de elaboración del producto.

1.2 La responsabilidad del productor en el régimen específico del D. Leg. 716 (1991)

Es recién en 1991 que el Perú cuenta con una normativa general en materia de tutela del consumidor, siendo el año sucesivo que el Estado crea un ente encargado de llevar a cabo esta política de protección, denominándosele Instituto Nacional de defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI.

Si bien la referida normativa atribuye solamente facultades de naturaleza administrativa al INDECOPI, careciendo pues, de facultades jurisdiccionales, las que corresponden al Poder

25. El art. 1985 C.C. se refiere al daño resarcible, es decir, al contenido de la indemnización, a las consecuencias dañosas. Pero además, el legislador ha querido ser claro en el sentido de la exigencia de una 'relación de causalidad adecuada' entre el hecho y el daño producido.

26. El art. 1981 establece: "Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se resultó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria".

Judicial, cabe poner de relieve que dicho dispositivo legal ha previsto la "responsabilidad civil del proveedor por los daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos" (art. 32 del D. Leg. 716).

Sin duda, el legislador peruano ha introducido una hipótesis de responsabilidad objetiva del proveedor de productos defectuosos. La citada norma refleja una influencia decisiva de la Directiva Comunitaria N° 85/374 del 25 de julio de 1985 sobre daños derivados de productos defectuosos, baste leer a propósito el texto del referido art. 32:

"Art. 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 el 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".

Lo que sorprende es que existiendo una norma como la expuesta, los jueces no la tengan en consideración en sus resoluciones. Es decir, el legislador ha querido brindar una posibilidad a las víctimas de daños derivados de productos defectuosos para que intenten sus acciones de resarcimiento de los daños por una clara vía de responsabilidad objetiva, donde cierto es, que las dificultades para la prueba de la 'defectuosidad' no son pocas, a pesar de las indicaciones que da la propia norma para determinar cuándo se trata de un 'producto defectuoso'. Pero, si nos remitimos a la definición de 'producto defectuoso' de la Directiva Comunitaria de 1985, y mejor aún, a todos los comentarios que ha dado lugar en la doctrina europea, nos damos cuenta inmediatamente que nos encontramos ante una noción complicada de 'defectuosidad', que tendrá que afrontar el juez en cada caso concreto.

La doctrina peruana no se ha pronunciado sobre esta desaplicación de la norma del art. 32 del D. Leg. 716 que contiene una hipótesis de responsabilidad objetiva del proveedor de productos defectuosos.

1.3 La responsabilidad del productor de servicios defectuosos

En el derecho peruano, los daños derivados de la defectuosa ejecución de un servicio no se asimilan a los casos de productos defectuosos. No existe ni siquiera una mínima intención de parte de la doctrina, menos aún de la jurisprudencia, para equipararlos a los fines del resarcimiento de la víctima. De consecuencia, los daños que surjan de una mala ejecución

de una prestación de servicios, se regirán por las normas correspondientes a la responsabilidad contractual, admitiendo los jueces, en algunos casos, la responsabilidad extracontractual por la defectuosa ejecución de un prestación.

Y tratándose de servicios profesionales, la responsabilidad por los daños resultantes se rige por el art. 1762 C.C. que a la letra señala:

"Art. 1762".- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable*.

Como se observa, se trata de una norma que mas bien constituye una copia casi textual de su similar art. 2236 del Código Civil Italiano de 1942.

En cuanto respecta al D. Leg. 716, la norma que ha previsto la responsabilidad objetiva derivada de productos defectuosos no se refiere a los 'servicios defectuosos'. De consecuencia, no ha sido la intención del legislador peruano equipararlos a los 'productos defectuosos' aplicándoles la misma responsabilidad objetiva del art. 32. Sin embargo, en cuanto a la responsabilidad administrativa del proveedor de 'servicios defectuosos' ante el INDECOPI, queda sujeta a la normativa del citado decreto legislativo.

* Aparte del art. 32 del D. Leg. 716, al que nos hemos referido, no existen en nuestro derecho otras normas que contemplen líneas diversas a las que ofrece el Código Civil en cuanto a la tutela de los consumidores. Tampoco existen reglas diversas en función de los productos involucrados.

II. LAS FUENTES DE DERECHO, DESARROLLOS Y POLÍTICAS

2. Fuentes del derecho

En el Perú, la responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos y de la ejecución defectuosa de una prestación de servicios halla su fuente principal en el régimen de responsabilidad civil, sea contractual como extracontractual, que prevé el Código Civil vigente.

Existe desde 1991 en nuestro país, una normatividad específica relativa a la protección del consumidor, dictada por D. Leg. 716., a la cual se encuentran sometidos todas las personas naturales o 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 la prestación de servicios en el territorio nacional.

Dicha normatividad tiene fundamentalmente naturaleza administrativa, aunque encontramos, en el art. 32° de su texto una norma que consagra la responsabilidad del proveedor de productos defectuosos por los daños que de éstos se deriven. Así, para los efectos resarcitorios de dichos daños, la víctima tendría que recurrir al fuero jurisdiccional.

Decimos que la normatividad dictada por D. Leg. 716 es de naturaleza administrativa porque además de señalar los derechos de los consumidores y las obligaciones de los proveedores de productos y servicios, establece sanciones de índole administrativa para el proveedor que incumpla con lo contemplado en ese dispositivo legal. Sanciones que van desde las

advertencias y multas, hasta la clausura definitiva del local comercial, y son establecidas por la autoridad administrativa competente - inicialmente, lo era en primera instancia administrativa el Consejo distrital donde se hallaba ubicado el establecimiento, y en segunda y última instancia administrativa, el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración; en 1992, en que se crea por ley el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), éste se convierte en el único ente que conoce en vía administrativa de las acciones interpuestas por los consumidores para hacer valer sus derechos.

El INDECOPI carece de facultades jurisdiccionales, por lo que no se halla en la capacidad de atender acciones que persigan el resarcimiento de daños derivados de productos defectuosos o de la defectuosa ejecución de una prestación de servicios.

Sin embargo, el INDECOPI al constituirse en un ente destinado a sancionar al proveedor de bienes o servicios que atente contra las prácticas regulares del mercado, afectando a los agentes del mismo y a los consumidores, emite a través de sus resoluciones administrativas una serie de lineamientos y definiciones que van marcando los pasos a seguir en el mercado nacional. Así por ejemplo, se va delineando una figura del 'consumidor', se va introduciendo y difundiendo nociones sobre los tipos de "defectos" de los productos, etc.

Las resoluciones administrativas del INDECOPI que se expiden en última instancia, pasan a tener la calidad de precedentes de observancia obligatoria. Nótese, sin embargo, que todo esto se da a nivel del ámbito administrativo, no trascendiendo al ámbito jurisdiccional, el cual, bien puede contradecir la orientación, sea a nivel de conceptualización o de definición de política a seguir- adoptada por el ente administrativo e introducir otros criterios aplicables al caso concreto.

El Poder Judicial ha tenido a la vista escasísimos casos de reparación de daños derivados de productos defectuosos, de consecuencia, no puede decirse que se hallan formado lineamientos jurisprudenciales sobre los diversos aspectos del problema. Lo que hay son sólo algunos casos de los que podemos extraer algunas indicaciones de cómo los jueces se han pronunciado, básicamente con respecto a los casos de daños derivados por 'defectos de avisaje' que no son otra cosa que los llamados en la experiencia norteamericana como los warning defects.

La doctrina peruana, como hemos referido en la parte primera de este informe, tampoco es rica en la materia. No obstante, a diferencia de lo que presenta nuestra jurisprudencia, ofrece una toma de posición de parte de un sector de ella, sobre el problema de daños derivados de productos defectuosos.

2.1 Tendencias y políticas en la solución del problema de la tutela del consumidor frente al problema de los daños derivados de productos defectuosos

En cuanto a los standards aplicados por los jueces: Hemos precisado en la parte primera del presente informe que si bien bajo la vigencia del Código Civil derogado (el C.C. de 1936), el que no contemplaba una hipótesis de responsabilidad extracontractual por riesgo del bien o de la actividad como si lo hace el actual C.C. de 1984 (art. 1970), los jueces disponían de un principio general de 'responsabilidad por culpa', de acuerdo al cual, tenían que ser dilucidados los casos de daños derivados también por el uso o consumo de un producto defectuoso -aunque no se aplicara esta terminología-, lo que en concreto se observa de las pocas sentencias que afrontaron el problema que planteaban este tipo de daños, es que los jueces presumían la culpa del fabricante de un producto defectuoso sin admitir, en

muchos casos, la prueba en contrario, o si la admitían, exigían una prueba liberadora sumamente rigurosa para el demandado.

En efecto, se observa que en los casos en que los jueces han tenido que afrontar un problema de daños derivados de productos defectuosos, éstos han sido severos en su razonamiento, mas bien orientados a conceder la suma resarcitoria a la víctima de los daños. Consideramos que la tendencia a privilegiar el resarcimiento de los daños a favor de la víctima se mantendrá como tal, también a la luz del C.C. de 1984, el cual, incorpora claramente una hipótesis de "responsabilidad por riesgo" (art. 1970), la que si bien no es la norma más adecuada para fundar un caso de responsabilidad del productor, sin embargo, reconoce claramente un supuesto de responsabilidad objetiva bastante amplio y vago, cuyos límites quedan en manos de la jurisprudencia.

El D. Leg. 716 dictado en 1991, es una expresión de una toma de conciencia sobre la necesidad de proteger al consumidor, esto es así, aún cuando la hipótesis de responsabilidad objetiva del proveedor de productos defectuosos que prevé en su art. 32, como lo hemos explicado en la primera parte del informe, no haya sido considerada aún por los jueces en sus sentencias, resultando de consecuencia, una desaplicación de hecho del referido art. 32.

La creación del INDECOPI en el año 1992, como ente exclusivo para avocarse en vía administrativa el conocimiento y resolución de todas las quejas planteadas por los consumidores que vean afectados sus derechos, es evidentemente un claro signo de una política del Estado emprendida en el último decenio para tutelar el desarrollo del mercado y con ello, la tutela de su personaje central, el consumidor.

Las resoluciones del INDECOPI revelan una clara influencia de los desarrollos alcanzados por el derecho norteamericano en la definición del consumidor y los criterios a considerar en la decisión para sancionar a quien incumple las normas de protección al consumidor. Se observa en ellas el empleo de criterios propios del análisis económico del derecho.

Sin embargo, toda la línea que va marcando el INDECOPI no es asumida por el órgano jurisdiccional, que mas bien se mantiene a la interpretación del texto del Código Civil.

En cuanto a las políticas del gobierno sobre la protección del consumidor, éstas, si bien existen, como se deduce de la existencia de un ente que se encargue de velar por el desarrollo del mercado y la tutela del consumidor, se ven sumamente perjudicadas por el elevado índice de informalidad del comercio que constituye uno de los más preocupantes problemas a que debe hacer frente el Gobierno peruano, problema que hoy alcanza límites alarmantes.

En el Perú, podemos considerar que el área de la producción que mayores problemas ha suscitado en cuanto a daños derivados de productos defectuosos, es el de los productos farmacéuticos. Dada la incipiente y casi nula industria nacional en esta área de la producción, los productos farmacéuticos generalmente son importados. Ciertamente es que los laboratorios que emprenden su distribución en el mercado asumen la responsabilidad por los defectos de los mismos. Sin embargo, muchas veces, ingresan al Perú, medicinas vencidas o cuyo consumo ha sido prohibido en el país de proveniencia. Todo esto, no constituye sino una indicación de que el problema de circulación de productos farmacéuticos defectuosos es de suma gravedad.

III. EL AMBIENTE INSTITUCIONAL Y DE PROCEDIMIENTO

La eficacia de las normas jurídicas sobre un determinado tema debe ser evaluada de acuerdo al contexto jurídico en el cual ellas son aplicadas. Los resultados que se esperan genere la aplicación de una norma dependen de las instituciones jurídicas encargadas de administrar justicia y el sistema judicial en el que deben operar. En efecto, por más perfecta que sea una ley, si ésta no tiene en cuenta el medio en el que va a ser aplicada, es casi seguro que se tratará de una norma ineficaz.

En el Perú, el Poder Judicial adolece desde hace ya muchos años de preocupantes retardos en la administración de justicia, muchas veces, quien debe decidir iniciar una acción judicial, en el caso que nos interesa, una acción por daños, debe evaluar si será más oneroso al fin y al cabo emprender un proceso, pues, las sumas que disponen los jueces en sus sentencias resultan siendo tan exiguas que indudablemente desalientan la interposición de una acción judicial en la vía civil.

No existe en el Perú el sistema de los jurados. Deciden los jueces, quienes en primera instancia actúan individualmente, mientras que en la segunda y última instancia actúan en forma colegiada.

En cuanto a la vía penal, en la que no se pretende el resarcimiento de los daños, sino como se sabe, la correspondiente sanción penal del delincuente, podemos afirmar que al menos en nuestro país, no ha jugado un rol importante en la tutela del consumidor.

La vía administrativa se postula en nuestro medio como la más inmediata, aunque existen dudas sobre su eficacia en nuestro medio, en cuanto a fomentar la circulación de productos en buen estado, aptos para su uso o consumo. Pero, a este nivel, el consumidor afectado en sus derechos, que interpone la respectiva denuncia ante INDECOPI no obtendrá el resarcimiento de los daños que haya podido sufrir como consecuencia del uso o consumo del producto defectuoso, sino que en esta vía, sólo se logrará que el proveedor de ese producto o servicio defectuoso sea sancionado administrativamente.

En cuanto a las características de los procedimientos

- En materia de defensa del consumidor ya con la normatividad especial dada por el D. Leg. 716 (1991) se reconoce la facultad a los consumidores de ejercer la defensa de sus derechos ya sea en forma individual o colectiva. Sin embargo, sólo a partir de 1992, el nuevo Código Procesal Civil incorpora la posibilidad de defender los llamados intereses difusos y así, la posibilidad de las conocidas 'class actions'. No obstante esa facultad, no se han dado casos en nuestro medio sobre el ejercicio de una 'class action'.
- No existe en nuestro medio la institución procesal de la 'discovery'. La investigación judicial la realiza el Juez, ciertamente merced al aporte de las partes.
- En cuanto a los informes de los expertos (prueba pericial), pueden proceder de peritos nombrados por el Juez o por las partes mismas del proceso.
- En nuestro sistema judicial, la Jurisprudencia carece de valor vinculante. Sólo en determinadas casos una decisión emitida por la Corte de Casación puede constituir doctrina jurisprudencial, siempre que haya sido adoptada en Sala Plena, adquiriendo de consecuencia, carácter obligatorio.
- En cuanto al pago de las costas y costos judiciales, éstos son a cargo de la parte perdedora en el proceso. No existe el 'contingency fee'.

IV. LA REALIDAD DEL LITIGIO JUDICIAL Y EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS

- a) En cuanto a la frecuencia de las causas por daños derivados de productos defectuosos
- Son sumamente pocos los casos que sobre la materia llegan a los tribunales peruanos. Podríamos afirmar que en relación a todos los casos de daños, los relativos a daños derivados de productos defectuosos no representan ni el 2 % del total. Las razones se desprenden de cuanto hemos informado en este trabajo, y se sintetizan fundamentalmente en que en el Perú no existe una cultura de litigación, el sistema judicial es lento e inoperante, y en materia de daños derivados de productos defectuosos, los casos no son muchos como sí en sociedades de gran nivel de industrialización.
 - No ha habido en los últimos años, un incremento de las demandas judiciales por daños de este tipo en nuestro medio.
 - Las sentencias recaídas en los pocos casos de este tipo no han sentido precedente.
- b) Sobre el monto de las sumas resarcitorias
- Ya hemos señalado con anterioridad, que las sumas concedidas como resarcimiento a las víctimas de este tipo de daños, no han sido de importancia. No hay una tendencia a conceder sumas elevadas en calidad de resarcimiento de daños.
- c) Rol del seguro
- La razón por la que las víctimas de daños derivados de productos defectuosos no demandan judicialmente no puede hallarse en que ellas cuenten con un seguro de primera persona (first party insurance). En el Perú, las coberturas de los seguros son variadas, pues dependen de la póliza que se contrate. El sistema de seguridad social, para quien tiene derecho a él, no garantiza una buena cobertura de los daños que sufre la víctima.
 - Los demandados no se hallan, por lo general, cubiertos por un seguro de tercera persona (third party insurance).
 - En caso que el demandado se encuentre asegurado contra daños a terceros, la víctima de los daños puede dirigir su acción directamente contra el asegurador. Esta solución ha sido introducida en el Código Civil de 1984.
 - Normalmente, en caso que el asegurador haya pagado la indemnización a la víctima de los daños, puede repetir contra el culpable u otros que puedan resultar responsables.
- d) Publicidad de las demandas
- En el Perú, como los casos sobre productos defectuosos que llegan a los tribunales son casi inexistentes, los pocos que tienen lugar pasan desapercibidos. No hay publicidad.
 - No obstante haber una intención de parte del Gobierno peruano para reforzar la política de protección del consumidor desde hace una década, no podemos afirmar que haya un movimiento que difunda la toma de conciencia de una política de tutela del consumidor. Las asociaciones de consumidores carecen de importancia en nuestro medio.