

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FINAL DE GRADUACION
Para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ARTÍCULO
35 DE LA LEY 7472 EN LA JURISPRUDENCIA DE
CASACIÓN PENAL

ESTUDIANTE

MELISSA MARÍA GARCÍA GARITA

A52269

DIRECTOR: Dr. Rafael Ángel Sanabria Rojas

2011

DEDICATORIA

A Dios por permitirme llegar hasta aquí,
a mí familia por un apoyo incondicional durante toda mi vida,
a mis amigas que sin ustedes no sería quien soy y
a Luis Castro Araya por su apoyo y estar mi lado siempre.

AGRADECIMIENTO

A mi profesor Rafael Sanabria Rojas por su apoyo.

INDICE

Introducción	1
Capítulo Primero:	
<i>Aspectos Históricos</i>	9
Sección Primera	
Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil Objetiva en Costa Rica	9
1. Código Civil, artículo 1048	17
2. Ley General de la Administración Pública	22
3. Ley de tránsito	26
4. Ley 7472	32
Sección Segunda	
Responsabilidad Civil y Protección al Consumidor en el Derecho Comparado	35
1. Estados Unidos	35
2. Argentina	38
3. Alemania	39
4. Francia	41
Capítulo Segundo:	
<i>La Responsabilidad Civil Objetiva en el artículo 35 de la Ley 7472</i>	44
Sección Primera:	
El Derecho del Consumidor	44
1. Concepto del Derecho del Consumidor	44
2. Principios que rigen el Derecho del Consumidor	51
3. Partes en la Relación de Consumo	55
3.1 Consumidor	55
3.2 Producto	56
3.3 Comerciante	57
4. Alcances del artículo 35 en la Ley 7472	60
Sección Segunda:	
Comparación entre la responsabilidad civil objetiva del artículo 1048 del Código Civil párrafo cuarto y quinto y el artículo 35 de la Ley 7472	68
Capítulo Tercero:	
<i>Aplicación del Artículo 35 en la ley 7472 en la jurisprudencia de Casación Penal.</i>	76
Conclusiones	125
Bibliografía	127

TABLA DE ABREVIATURAS

-Ley 7472: Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

-LPCDEC: Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

-Ley del Consumidor: Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

-CP: Constitución Política

-CC: Código Civil

-LGAP: Ley General de la Administración Pública

RESUMEN

El tema desarrollado en la investigación, se enfoca en un estudio de la responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley 7472, pero desde la perspectiva de la jurisprudencia de Casación Penal, la cual amplía las posibilidades de resarcimiento de las víctimas de un delito.

En este caso es de mi interés realizar fundamentalmente una comparación entre dos artículos muy similares y pertenecientes a cuerpos normativos distintos, el artículo 1048 párrafo cuarto y quinto y el mencionado artículo 35 de la Ley 7472.

Mediante esta comparación lo que intento es que el lector comprenda las necesidades del legislador al crear una u otra norma, pero a su vez aplique de mejor manera los criterios de imputación contenidos, y dé prevalencia a al artículo 35 de la Ley 7472 cuando exista una relación de consumo.

Hipótesis: Actualmente los presupuestos de la Responsabilidad por Riesgo contenidos en el artículo 1048 del Código Civil son los que tienen mayor aplicación en la solicitud del resarcimiento de un daño en el ámbito penal, y se ha dejado de lado el artículo 35 de la Ley 7472, el cual se ha venido aplicando dentro de la jurisprudencia de Casación Penal, lo que encara un cambio de paradigma.

Objetivo General: Analizar los criterios de Responsabilidad Civil Objetiva, contemplados en el artículo 35 de la Ley 7472 en la aplicación jurisprudencial de los Tribunales de Casación Penal de San José, Cartago, San Ramón y Goicoechea y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Metodología: La metodología de mejor aplicación para el proyecto, en virtud de la escasa jurisprudencia, en lo que concierne a la aplicación de la responsabilidad civil objetiva contenida en la Ley 7472, es el método de investigación exploratorio combinado con la metodología explicativa.

El método explicativo se utilizará para el desarrollo de los dos primeros capítulos, pues este método “no solo pretende indicar lo que ocurre y como ocurre, sino además intenta decir por qué ocurre un fenómeno o proceso e incluye estudios de comprensión, es decir el motivo que tuvo un sujeto para orientar una acción” (Monzón, 1993, p. 59), lo cual es importante en el proyecto ya que, los capítulos iniciales tratan de explicar al lector las razones por las cuales la responsabilidad civil responde a un contexto determinado, así como su evolución y el porqué el legislador toma la decisión de incluir normas de responsabilidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Por otro lado, se aplica también el método exploratorio, ya que éste “ permite organizar por primera vez información sobre un tema poco conocido por el autor o por otros autores y su objetivo es hacer una primera aproximación a un asunto sobre el cual aún no se tienen suficientes fundamentos” (Monzón, 1993, p.57). Lo anterior, se aplica para el desarrollo del tercer capítulo y la segunda sección del segundo capítulo, pues si bien es cierto hay suficiente información sobre la responsabilidad civil, no la hay así en la doctrina costarricense sobre los planteamientos de la responsabilidad civil del artículo 35 de la Ley 7472 en la jurisprudencia de casación penal.

Cabe destacar, a su vez, que la jurisprudencia sobre el tema en las cámaras de casación penal del país es escasa, asciende a su aplicación en tres votos, y es la razón por la cual la investigación se desarrolla, pues intenta destacar las virtudes de dicho artículo y también dar al lector puntos de referencia sobre el tema para que pueda elegir entre la aplicación del artículo 1048 CC párrafo 4 y 5 y el artículo 35 de la ley 7472 cuando el cuadro fáctico genere duda. Por último las reglas utilizadas para las referencias bibliográficas son las normas de APA, quinta edición; cuyo manual fue encontrado en la página de la Universidad Nacional, en la sección de la biblioteca.

Conclusiones: La presente investigación tiene como fin fundamental servir como guía para aplicar de forma adecuada el criterio de responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley 7472, para aquellos casos en que el cuadro fáctico pueda convertirse en una zona gris entre ésta norma y el artículo 1048 del Código Civil. Para ello, en el último capítulo del trabajo de investigación se realizó un estudio de jurisprudencia, el cual respalda mi posición de que debe siempre sin excepción analizarse si existe o no una relación de consumo y si existe, aplicar el criterio de imputación correspondiente al de la ley del consumidor.

A través de los fallos analizados se confirma, que es poco utilizado el artículo 35 de la ley de Consumo, y que aún se utiliza la responsabilidad del artículo 1048 CC de forma indiferente, lo que como se ha afirmado a lo largo del proyecto es un rotundo error.

Lo anterior pues la responsabilidad civil objetiva de la Ley del Consumidor es un amplio criterio de responsabilidad que congloba el riesgo por el producto o servicio, responsabilidad que le atañe al quien obtiene un beneficio económico equilibrando las desigualdades existentes entre el agente económico que ofrece el producto o servicio y de quien lo consume.

Introducción

El tema desarrollado en este trabajo de graduación final, se enfoca en un estudio de la responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley 7472, pero desde la perspectiva de la jurisprudencia de Casación Penal.

A lo largo del proyecto se lleva a cabo un recorrido histórico sobre lo que es la responsabilidad civil, su concepto y sus vertientes: la contractual y la extracontractual. Es esta última forma de responsabilidad, la que sustenta el artículo 35 de la llamada Ley del Consumidor, la cual mediante el carácter de responsabilidad objetiva, amplía las posibilidades de resarcimiento de las víctimas de un delito.

En este caso es de nuestro interés realizar fundamentalmente una comparación entre dos artículos muy similares y pertenecientes a cuerpos normativos distintos, el artículo 1048 párrafo cuarto y quinto y el mencionado artículo 35 de la Ley 7472.

Mediante esta comparación lo que se intenta es que el lector comprenda las necesidades del legislador al crear una u otra norma, pero a su vez aplique de mejor manera los criterios de imputación en ellos contenidos, pues a pesar que una situación sea muy similar hay criterios como la relación de consumo que media entre las partes, y que son determinantes para elegir entre uno u otro.

Justificación del tema

El tema que se pretende desarrollar en el trabajo de graduación, está orientado a analizar de manera pormenorizada la aplicación de la Responsabilidad Objetiva establecida por el legislador en el artículo 35 de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor dentro del Proceso Penal, aludiendo en especial a lo que corresponde a la Acción Civil Resarcitoria, pues esta, dentro de nuestro proceso penal, es la institución que permite a la víctima ser resarcida del daño.

En este punto es el que se enfatizará la investigación que se pretende dirigir, ya que tradicionalmente, el artículo 1048 del Código Civil ha sido

prácticamente el estribillo, para alcanzar el resarcimiento cuando ha mediado una lesión o muerte, y se ha dejado de lado, aplicar la responsabilidad por riesgo del producto o servicio, y esta ha sido planteada por medio de nuestra jurisprudencia.

En un breve esbozo el Tribunal de Casación Penal de San Ramón ha definido la responsabilidad extracontractual objetiva como aquella en la cual se prescinde del elemento de culpa como criterio de imputación, el cual se ve sustituido por la “puesta en marcha de una actividad peligrosa o la mera tenencia de un objeto peligroso”, razón por la cual esta forma de responsabilidad se convierte en una responsabilidad por riesgo, incluyendo como factores de responsabilidad no necesariamente conducta ilícitas, sino que una conducta perfectamente lícita y permitida puede incurrir en esta forma de responsabilidad.

Ello porque la responsabilidad por riesgo “no se basa meramente en la causación del daño, no está basada en la acción o la omisión del obligado a indemnizar, sino que muchas veces se deriva de hechos en los que el obligado no tuvo ninguna injerencia, pero se debe indemnizar porque la imputación viene determinada por la titularidad de la esfera de riesgos en que tenga lugar el daño”, ello según el Voto 614- 2007 de las dieciséis horas diez minutos del nueve de octubre de dos mil siete del Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

Esta responsabilidad objetiva encuentra su diferencia con la establecida en el artículo 35 de la Ley 7472, en el entendido que a pesar que sigue siendo una responsabilidad por riesgo, este surge por **la oferta del producto o del servicio**; generando un leve cambio en la concepción, ya que esta no se manifiesta como la responsabilidad por riesgo de la actividad realizada sino que se manifiesta como responsabilidad por el producto o el servicio.

Como anteriormente se mencionó, la Responsabilidad Civil Objetiva, se ha definido como la responsabilidad sin culpa, y se caracteriza por el uso de la noción de riesgo que reemplaza el principio de culpa que se contempla en la responsabilidad subjetiva.

Esta forma de responsabilidad encuentra su máxima expresión en la Teoría de los Riesgos, ya que sus elementos bases son: la intervención activa de una cosa o el desarrollo de una actividad que pueda ser generadora de riesgos para la sociedad, se debe hacer hincapié que esta forma de responsabilidad no excluye la antijuricidad, pero esta debe enfocarse en el daño mismo. Por otro lado, el daño que no puede ser excluido como elemento de alguna forma de responsabilidad y la causalidad, la cual no debe ser entendida como la culpa, sino que al llevar a cabo una actividad riesgosa debe alguien hacerse responsable por los daños acaecidos.

El artículo 1048 del Código Civil, en su párrafo quinto contempla los presupuestos de la Responsabilidad Objetiva de nuestro ordenamiento jurídico, basado fundamentalmente en la indemnización de daños y perjuicios que por lesiones o muerte se produzca por aquel que lleva a cabo una actividad en que se genere un riesgo y manipule una máquina motiva. Las excepciones a ello es la fuerza mayor o la culpa de la víctima.

El artículo 35 de la Ley de la Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor determina un nuevo régimen de responsabilidad en comparación del artículo 1048 del Código Civil. Establece que “el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado en razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos”.

Es desde esta perspectiva que se pretende hacer un análisis de la Responsabilidad Objetiva, enfocada en la aplicación jurisprudencial que esta forma de responsabilidad hasta la fecha ha tenido y usando ello como base se llevará a cabo una crítica de la misma y un análisis.

Se considera que es importante este tema, en razón que antes, había una aplicación predominante del artículo 1048 del Código Civil de manera tal que la

víctima solo podía reclamar los daños si había lesiones o muerte de por medio y con la aplicación del artículo 35 de la Ley del Consumidor se logra resarcir a la víctima de los daños y perjuicios ocasionados en un hecho aun y sin que medie culpa del obligado a indemnizar por el ofrecimiento de un servicio o de un producto.

Sin embargo, se debe destacar que, quien se ha encargado de la aplicación de los nuevos criterios de responsabilidad civil, introducidos por la Ley 7472 en el área penal, ha sido la jurisprudencia de casación, en aplicación del principio de que el ordenamiento jurídico es un todo, y de ahí parte la importancia, novedad y aporte de esta tesis.

El tema de tesis que se plantea, a grosso modo, busca un análisis de lo que es la responsabilidad objetiva tanto la que establece el artículo 1048 del Código Civil como la que se encuentra en el artículo 35 de la Ley 7472, y como ha sido vista desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Tribunales de Casación Penal, tanto por los de San José, Cartago, San Ramón y Guanacaste y de la Sala Tercera. Así mismo del análisis de los distintos fallos se tomará una posición crítica al respecto para poder dar un pequeño aporte al estudio y desarrollo del tema en nuestro país.

Lo anterior, porque los asuntos se resolvían con la aplicación del 1048 CC cuya principal limitante para la protección efectiva de la víctima, es la producción de lesiones y muerte por el uso de máquinas motivas, la cual se ve ampliada a partir de la aplicación del artículo 35, por lo que el criterio de imputación de la Responsabilidad Objetiva se ve ampliado, con lo cual se hará referencia únicamente al 1048 con fines más que todo históricos y comparativos.

Finalmente, el trabajo de graduación contará con un capítulo, el cual va ser sobre derecho comparado, esto para que se pueda observar la diferencias o similitudes sobre la aplicación de la responsabilidad por riesgo en el ámbito del derecho del consumidor.

Hipótesis

Actualmente los presupuestos de la Responsabilidad por Riesgo contenidos en el artículo 1048 del Código Civil son los que tienen mayor aplicación en la solicitud del resarcimiento de un daño en el ámbito penal, y se ha dejado de lado el artículo 35 de la Ley 7472, el cual se ha venido aplicando dentro de la jurisprudencia de Casación Penal, lo que encara un cambio de paradigma.

Objetivo General

Analizar los criterios de Responsabilidad Civil Objetiva, contemplados en el artículo 35 de la Ley 7472 en la aplicación jurisprudencial de los Tribunales de Casación Penal de San José, Cartago, San Ramón y Goicoechea y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Objetivos específicos

1. Analizar los principios que rigen a la Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor
2. Mencionar la evolución de la responsabilidad civil objetiva en general y determinar los elementos que configuran la responsabilidad civil objetiva en general.
3. Mencionar los artículos que contienen las diversas formas de la responsabilidad civil objetiva en nuestro ordenamiento jurídico, dando énfasis al artículo 1048 del Código Civil, 190 de la Ley General de Administración Pública, 22 y 23 del Código Civil, artículo 35 Ley de protección efectiva del consumidor; y los presupuestos de aplicación de los mismos por parte del Tribunal de Casación Penal de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz, y la Sala Tercera.
4. Estudiar los presupuestos de responsabilidad objetiva que plantea el artículo 35 de la Ley 7472 y su diferencia con el artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil.

5. Análisis y crítica a las consideraciones del Tribunal de Casación Penal de de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz para la aplicación de la responsabilidad objetiva y de la Sala Tercera.

6. Establecer las diferencias o similitudes en derecho comparado, para la aplicación de criterios de responsabilidad por riesgo en el ámbito de derechos del consumidor.

Metodología

La metodología de mejor aplicación para el proyecto, en virtud de la escasa jurisprudencia, en lo que concierne a la aplicación de la responsabilidad civil objetiva contenida en la Ley 7472, es el método de investigación exploratorio combinado con la metodología explicativa.

El método explicativo se utilizará para el desarrollo de los dos primeros capítulos, pues este método “no solo pretende indicar lo que ocurre y como ocurre, sino además intenta decir por qué ocurre un fenómeno o proceso e incluye estudios de comprensión, es decir el motivo que tuvo un sujeto para orientar una acción” (Monzón, 1993, p. 59), lo cual es importante en el proyecto ya que, los capítulos iniciales tratan de explicar al lector las razones por las cuales la responsabilidad civil responde a un contexto determinado, así como su evolución y el porqué el legislador toma la decisión de incluir normas de responsabilidad objetiva dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Por otro lado, se aplica también el método exploratorio, ya que éste “permite organizar por primera vez información sobre un tema poco conocido por el autor o por otros autores y su objetivo es hacer una primera aproximación a un asunto sobre el cual aún no se tienen suficientes fundamentos” (Monzón, 1993, p.57). Lo anterior, se aplica para el desarrollo del tercer capítulo y la segunda sección del segundo capítulo, pues si bien es cierto hay suficiente información sobre la responsabilidad civil, no la hay así en la doctrina

costarricense sobre los planteamientos de la responsabilidad civil del artículo 35 de la Ley 7472 en la jurisprudencia de casación penal.

Cabe destacar, a su vez, que la jurisprudencia sobre el tema en las cámaras de casación penal del país es escasa, asciende a su aplicación en tres votos, y es la razón por la cual la investigación se desarrolla, pues intenta destacar las virtudes de dicho artículo y también dar al lector puntos de referencia sobre el tema para que pueda elegir entre la aplicación del artículo 1048 CC párrafo 4 y 5 y el artículo 35 de la ley 7472 cuando el cuadro fáctico genere duda.

Por último las normas utilizadas para las citas bibliográficas son las normas APA, por ser las más conocidas y de mejor aplicación para el proyecto.

Estructura capitular

El capítulo primero se enfoca en los aspectos históricos de la responsabilidad civil, en forma muy resumida se define la responsabilidad civil y cómo esta evoluciona en sus dos vertientes. Se compone de dos secciones: la primera, hace énfasis en una evolución normativa de la responsabilidad civil objetiva dentro del ordenamiento jurídico costarricense y desarrolla los principales artículo en el Código Civil, el 1048; la LGAP, la ley de Tránsito y la Ley 7472.

La segunda sección es sobre derecho comparado, pero de responsabilidad objetiva y el derecho del consumidor en EEUU, Argentina, Francia y Alemania. Esta sección intenta estudiar un poco como en otros países esta forma de responsabilidad se encuentra normada y sus puntos de conexión con nuestro artículo.

El segundo capítulo es sobre la responsabilidad objetiva del artículo 35 de la ley 7472. Se divide también en dos secciones, una orientada a desarrollar los antecedentes, concepto, principios, partes y alcances del derecho del consumidor así como de la responsabilidad objetiva que esta ley resguarda. La otra sección se orienta a determinar las diferencias entre el artículo 1048 CC y el 35 de la Ley 7472.

Finalmente el último capítulo analiza los votos de la jurisprudencia de Casación Penal y es en el desarrollo del mismo, mediante el cual se logra respaldar nuestro criterio respecto a la aplicación del 35 ley 7472 sobre el 1048 CC, en los casos que media una relación de consumo.

Capítulo Primero: Aspectos Históricos

Sección Primera: Evolución Histórica de la Responsabilidad Civil Objetiva en Costa Rica

La responsabilidad civil ha sido definida a través de un arduo proceso histórico, el cual inicia en los tiempos del Derecho Romano y ha evolucionado a la fecha.

Desde este punto de vista hay cinco etapas fundamentales (Baldizón y otro, 1994, pp. 1-12):

a. Derecho Romano: en esta época la responsabilidad por causar un daño a otro no generaba ningún deber jurídico frente a la víctima, sino quien producía el daño queda expuesto a la venganza sin límite alguno por parte del ofendido. Esto convierte a la responsabilidad en un nexo personal y básicamente físico, siguiendo la ley del Talión.

Este tipo de responsabilidad acarrea según narran las autoras dos consecuencias, el pago de una suma de dinero para que el ofendido renuncie a su derecho de actuar contra el victimario de forma personal o en su defecto la sujeción de este a la venganza sin límite.

Con el paso del tiempo la forma más popular de resarcir a la víctima se convierte en el pago como consecuencia del daño ocasionado. Posteriormente con la Ley de las XII Tablas y los nuevos daños que la misma sociedad romana presentara en esa etapa surgen cuatro elementos fundamentales para aplicar la reparación, entre ellos se requiere que el daño causado afecte la fortuna ajena, el daño debe ser causado por la acción de un cuerpo sobre otro cuerpo, el ofensor debe actuar sin derecho y el reclamo debe llevarse a cabo únicamente por el propietario.

Para que se produjera esta forma de reparación, el daño debía ser generado en la esfera de los delitos llamados crimina privada, es decir daños que perjudican únicamente a los particulares y solo se permitía a estos promover su castigo (Sanabria, 2007, p.6)

b. Derecho Justiniano: amplía los elementos de la responsabilidad. En esta etapa ya no es necesario que la acción sea “corpore corpori”, es decir, ya no es irrestricto que el ofensor tenga contacto con la cosa y que el daño recaiga directamente en la cosa, pues en ocasiones no consiste en una lesión a un bien material, esto provoca que el concepto de culpa se convierta en un límite y a la vez en un elemento importante para aplicar la responsabilidad y amplía también el ejercicio de la acción al poseedor y usufructuario.

c. Periodo Intermedio: Se caracteriza porque es el período en el que se define por primera vez el concepto de “Restitución”, por lo que el pago en razón del daño pasa a un segundo plano y se da énfasis a la idea de volver la situación al estado anterior al daño. De ello se logra distinguir la responsabilidad civil de la penal, lo cual es importante porque a la fecha no había distinción notoria entre una y otra. Cabe destacar que no se adopta el concepto de responsabilidad por culpa, pero si se reconoce el daño moral y la reparación.

La distinción entre la responsabilidad penal y civil se manifiesta en que los germanos permiten un juicio con tinte acusatorio en el cual tanto la víctima como los herederos formulan la acusación y hasta podía solicitar el resarcimiento en la audiencia oral. Posteriormente, en el siglo XIV, surgen los procuradores del rey que acusan en su nombre intereses económicos, es así como surge la figura de un “fiscal”, que posteriormente se encargará de acusar aun sin petición de la víctima, y finalmente la investigación, va pasar a manos del poder estatal en un proceso inquisitivo (Sanabria, 2007, p.17)

d. Escuela de Derecho Natural: rompe con la tradición romanista y adopta un concepto genérico de responsabilidad que se fundamenta en el hecho ilícito y la culpa; el primero genera obligaciones sujetando al autor del mismo al resarcimiento del daño que con la acción ha producido.

e. Codificación Europea: este momento tiene como resultado tres códigos el austriaco, el francés y el prusiano, sin embargo, es el francés el que influye en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil Francés consagra el principio de Responsabilidad Civil Extracontractual y exige como requisito fundamental la culpa, que puede ser por imprudencia, negligencia o intencional. Regula a su vez los daños causados por terceros, animales y ruina de edificios (Baldizón y otro, 1994, pp. 1-12).

La responsabilidad civil se caracteriza por el daño, ser reparadora y requiere una dualidad en los sujetos para poder configurarse. Se define a grosso modo como la responsabilidad que recae en una persona de reparar el daño ocasionado a otra, tradicionalmente es la sujeción que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido (Diez Picazo, 1989, p. 591)

Es importante establecer las diferentes formas que toma la responsabilidad civil, ya que esta se presenta como responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual que a su vez puede ser subjetiva u objetiva

La Responsabilidad Contractual se produce cuando se transgrede una norma jurídica producto de la voluntad de los particulares, en tanto la responsabilidad extracontractual de forma muy amplia se produce a través de la existencia de una diversidad de causas generadoras de responsabilidad prescindiendo de la culpa del agente, ya que no amerita el elemento subjetivo, sino que se limita al riesgo creado, siendo que esta es producto de la llamada Teoría de Riesgo que sienta sus bases en la idea del resarcimiento a cargo de

quien emplea una cosa o desarrolla una actividad que puede ser apta para causar un daño.

El origen de la responsabilidad contractual se da como consecuencia del incumplimiento de una de las normas establecidas dentro de un contrato por las partes, el término de contrato no debe entenderse en un sentido estricto, pues también expresan una forma de responsabilidad contractual aquellos supuestos de actos lícitos que según sus características se ubican dentro de otras etapas contractuales.

La responsabilidad contractual consiste en el deber de resarcimiento que la ley impone a quien no cumple con una obligación surgida dentro de una relación contractual preexistente. De tal modo que el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, conlleva responsabilidad cualquiera que haya sido el motivo por el que el deudor incumpla. Los eximentes se manifiestan en la fuerza mayor, caso fortuito y hechos del propio acreedor; además, la carga de la prueba es del deudor. Por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, se funda en el dolo o la culpa, aparece consignada en forma precisa en los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código de Napoleón de 1804 (Guillen, 2009. Nociones Generales sobre Responsabilidad Civil, p.54.)

Las formas que puede tomar son:

*Directa: conducta propia del sujeto que lo obliga a reparar el daño causado.

*Indirecta: puede ser in vigilando e in eligendo. La jurisprudencia ha dicho que la responsabilidad indirecta descansa en la noción de culpa pero no bajo las mismas condiciones en que opera la responsabilidad por hecho propio, pues no recae en el autor del daño sino sobre los que están obligados a responder por las consecuencias civiles del hecho ilícito en virtud de algún vínculo que los constriñe a cumplir deberes de vigilancia o de educación o de elegir bien a quienes deban ejecutar algún acto por encargo suyo. (Baldizón y otro, 1994, p. 62).

Como se mencionó supra, la responsabilidad indirecta puede ser *In Vigilando*, que establece un deber de supervisión o vigilancia sobre una determinada persona.

La responsabilidad indirecta *In Eligendo*, establece la obligación de las personas de ser cuidadosas y diligentes en la elección de aquellos que contratan para la realización de algún trabajo o función. Se basa en una obligación de no escoger a una persona apta o adecuada para la realización de un fin.

En ambas formas de responsabilidad basta probar haber actuado con la debida diligencia y con el deber de un buen padre de familia para así evitar la condena.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1045 CC, es el que expresa esta forma de responsabilidad y reza:

“Artículo 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”. (Código Civil).

La responsabilidad objetiva ha buscado su asidero por medio de diferentes teorías, las cuales tienen su origen a partir de 1898. La teoría del riesgo, pilar fundamental de esta forma de responsabilidad, tal como se ha dicho, parte de la premisa de actividades permitidas o lícitas pero las cuales contienen un riesgo en sí mismas, por ello, tal como lo transcriben las autoras, el agente se ve beneficiado por ese riesgo y hay algunas variaciones de esa teoría de riesgo tal y como (Baldizón y otro, 1994, pp. 159-175):

*La teoría del riesgo integral (niega la necesidad de la culpa y establece que todo hecho culposo o no que cause un daño obliga al autor a su reparación);

*La teoría del riesgo creado (se aplicó principalmente en relaciones laborales nacidas por accidentes de trabajo, materia de transporte y se manifiesta

a través de aquellas cosas u objetos que por su empleo generan riesgos potenciales a terceros, por lo cual debe existir una respuesta a los daños originados);

*Teoría del riesgo-beneficio (no hace responsable al individuo por el hecho de la creación del riesgo, sino por el provecho que pueda significar el ejercicio de la actividad riesgosa, se puede considerar una forma de delimitación de la teoría del riesgo);

*Teoría del acto normal (procura limitar los alcances de la teoría del riesgo creado, y se fundamenta en que quien incorpora a la comunidad un riesgo no debe responder por todas las consecuencias perjudiciales que genere esa actividad, sino por aquellos de carácter excepcional, es decir los riesgos que se salgan de un parámetro de normalidad).

*Otras tendencias para definir la responsabilidad objetiva se manifiestan en la teoría de la garantía y las teorías eclécticas.

1. La teoría de la garantía surge en 1947, e indica que la discusión entre teoría del riesgo y de la culpa ha sido mal planteada, ya que ambas enfocan el problema desde un punto de vista subjetivo del agente que causo el daño y olvidan la perspectiva de la víctima, lo único que le interesa a esta teoría es precisar que con el daño se aporta una lesión a alguien, cuyo derecho el estado garantiza, por lo que basta la violación de este para fundar la noción de responsabilidad.

2. Las teorías eclécticas parten que la responsabilidad civil no tiene un único fundamento sino dos o más criterios de imputación, busca un paralelismo entre el riesgo y la culpa.

Respecto a la responsabilidad objetiva, esta se empezó a desarrollar en Inglaterra, a consecuencia de la época Industrial, pues se busca que en determinadas circunstancias el causante del daño deba responder con independencia de la culpa o negligencia, como consecuencia de la máquina de vapor, debido al riesgo inherente de estos instrumentos. (Guillen, 2009. Nociones Generales de Responsabilidad Civil, pp. 54-55)

Lo anterior es de suma importancia al tratar de comprender la responsabilidad civil derivada del hecho punible, ello porque obliga a analizar el tema del derecho resarcitorio, que es el derecho a exigir del obligado, el correspondiente resarcimiento por los años irrogados, pues a pesar que la acción civil se ejerce dentro del proceso penal, ello no va en detrimento de su naturaleza civil, solo que deben respetarse para todos sus efectos procesales a las disposiciones del proceso penal (Abdelnour, 1983, p. 36)

Nuestra jurisprudencia de casación, con respecto a las ideas anteriormente transcritas, ha mantenido una postura unitaria avalando la teoría del riesgo y la teoría del riesgo creado como las principales protagonistas de las normas cuyos criterios de imputación se definen por la responsabilidad objetiva; en lo conducente, el voto 2007-614 de las dieciséis horas con diez minutos del nueve de noviembre de dos mil siete, del Tribunal de Casación Penal de San Ramón indica:

“... En la responsabilidad extracontractual objetiva, se prescinde del elemento de culpa como criterio de imputación y en su lugar se pone una conducta o una actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizado por la puesta en marcha de una actividad peligrosa o la mera tenencia de un objeto peligroso. El criterio de imputación en la responsabilidad civil extracontractual, viene a ser la conducta creadora del riesgo. Siguiendo a Santos Briz, se tiene, que la responsabilidad por riesgo, que es propia de la vida moderna, no tienen como su fundamento la culpa, sino la necesidad de que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aún lícitas o permitidas, sean atribuidas a quienes han creado a través de las

mismas, riesgos o peligros para terceros. Los elementos que caracterizan la responsabilidad por riesgos son: 1) La imputación derivada por riesgo no se basa en la mera causación, careciendo de valor el concepto de responsabilidad por el resultado, pues se sustenta exclusivamente en la relación causal material. Tampoco es una responsabilidad por propia acción u omisión porque en muchos casos surge aunque el proceso causal surja de un hecho no debido de la conducta del obligado a indemnizar, siendo que la imputación viene determinada por la titularidad de la esfera de riesgos en que tenga lugar el daño 2) la responsabilidad por riesgo supone siempre un cierto riesgo de peligro, pero dicho riesgo ha de ser el específico derivado de la empresa o circunstancias objetivas 3) es básico en la responsabilidad por riesgo que el particular sea coaccionado socialmente a tolerar el peligro que representa los riesgos creadores de la responsabilidad 4) el daño ha de tener lugar precisamente como realización del riesgo por el que responde el obligado. Aclara Santos Briz que no debe caracterizarse la responsabilidad por riesgo por la nota negativa de ser una responsabilidad sin culpa, puesto que en la doctrina moderna predomina el criterio que no puede decirse que en muchos casos haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños...”(El subrayado no es del original).

Se habla del derecho resarcitorio como un derecho subjetivo, surge concretamente cuando existe un delito, un daño causado por el mismo y un obligado al resarcimiento, el derecho resarcitorio va ser entonces un derecho privado (Abdelnour, 1983, p. 38).

Es importante destacar que lo anterior a pesar de estar vinculado directamente al área civil, en el proceso penal, el juez puede determinar la responsabilidad civil derivada del hecho punible, lo cual es interés del presente trabajo, ya que de esta forma, una vez que en el proceso penal se ejerza la acción civil resarcitoria, se tratará de saber si la persona a quien el accionante indica como responsable ha sido el autor o el causante del daño (Abdelnour, 1983, p. 72).

Sin embargo, es importante destacar que en Costa Rica, la responsabilidad civil se rige principalmente por un principio de atipicidad, ello por la influencia francesa que inspira las normas (Rivero. 2001.)

De todo lo dicho anteriormente, es de relevancia para este trabajo, llevar a cabo un breve esbozo de los criterios de imputación con respecto a la responsabilidad civil en general, pues es preciso establecer las formas en que nuestro legislador ha empleado dichos criterios a lo largo de diferentes cuerpos legales, centrándonos en la responsabilidad objetiva, debido a que son éstos los criterios que legitiman al damnificado o víctima a solicitar el resarcimiento y a nuestro criterio las normas de mayor aplicación e importancia son:

1. Código Civil, artículo 1048

La transcripción del presente artículo reza:

“Artículo 1048. Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años.

Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aun con el cuidado y vigilancia común y ordinaria.

El que encarga el cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia; y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa, en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o

lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.

Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de una ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.

En todos estos casos, cuando la persona muerta estaba obligada al tiempo de su fallecimiento, a una prestación alimentaria legal, el acreedor de alimentos puede reclamar una indemnización, si la muerte del deudor le hace perder esa pensión. Por vía de indemnización se establecerá una renta alimenticia que equivalga a la debida por el difunto, y la cual se fijará, modificará o extinguirá de acuerdo con las disposiciones que regulan las prestaciones de alimentos, pero en ningún caso se tendrá en cuenta, para este fin, los mayores o menores recursos de las personas o empresas obligadas a la indemnización. El pago de la renta se garantizará debidamente. Si el juez lo prefiere, el modo de la indemnización se fijará definitivamente y se pagará de una vez; y para determinarlo, se procurará que la cifra que se fije corresponda hasta donde la previsión alcance al resultado que produciría a la larga el sistema de renta” (Código Civil de Costa Rica.)

La norma anteriormente transcrita cuenta a lo largo de su desarrollo, con diferentes criterios de imputación, pues como se ve, su párrafo primero alude a un criterio de responsabilidad subjetiva indirecta, la culpa in vigilando, que como se dijo párrafos atrás es cuando la responsabilidad recae sobre aquellos que están llamados a responder por la persona, su comportamiento o actividad que tienen a cargo.

El párrafo tercero lo que describe es una responsabilidad subjetiva indirecta in eligendo, pues quien responde lo hace por una mala elección de una persona para desempeñar determinada función, tanto en el primero como en el segundo párrafo debe entenderse que la carga de la prueba corresponde al demandado (Sanabria, 2007, pp. 116-117)

Sin embargo, con dicha norma el Código Civil costarricense se aparta del Código de Napoleón que le inspira, y se acerca más al sistema consagrado en el Código Civil Alemán, en el cual la posibilidad de exculpación sí existe cuando menos en el campo extracontractual pero a nivel contractual prevé una responsabilidad objetiva por los daños causados por los agentes (Rivero, 2001, p. 231.).

Este tipo de responsabilidad consagrada en el párrafo tercero del 1048, al ser de orden subjetivo requiere que el autor del daño haya sido encontrado culpable por dolo o culpa y a partir de ahí deriva sus efectos en cuanto la persona encargada de elegir, quien no cumplió con el debido deber de cuidado.

A su vez los tribunales han manifestado que en ambas formas de responsabilidad se debe probar la existencia del daño y que este ha sido producto de un actuar doloso o culposo.

El cuarto párrafo va determinar la responsabilidad por lesiones o muerte a causa del encargado en fábricas, minas, establecimientos de electricidad o industriales sin importar si se ha elegido y vigilado de forma correcta y diligente. En este párrafo, se establece expresamente la inadmisibilidad de la prueba liberatoria sobre la inevitabilidad del daño con el empleo de la debida diligencia

El párrafo quinto regula la responsabilidad generada por lesiones y muerte causada por máquinas motivas, salvo fuerza mayor o culpa de la víctima, lo cual también describe a la responsabilidad objetiva.

Es por lo anterior que nuestro legislador en dicha norma no solo contempla formas de responsabilidad subjetiva, sino también normas de responsabilidad objetiva que le permiten a la víctima solicitar una reparación mientras no medie fuerza mayor ni culpa de la propia víctima, ya no interesa en este apartado si se

condujo el responsable con deberes de diligencia y cuidado, lo que interesa es que el nexo causal entre el hecho generador del daño y la lesión o muerte, fue producto de un riesgo, sin embargo, deja de regular cualquier otra forma de daño ya sea a bienes materiales o morales, por lo que es insuficiente y limita los alcances de la reparación (Baldizón y otro, 1994, pp. 367-386).

La perspectiva mediante la cual han abordado los Tribunales de Casación Penal el artículo 1048 del Código Civil, se basa en la aplicación de su párrafo quinto, en la cual considera el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, de forma reiterada que se está en presencia de una responsabilidad civil objetiva de la denominada en doctrina por riesgo creado, según líneas atrás se han definido las diferentes vertientes de la Teoría de los Riesgos.

Además, indica el Tribunal, que con esto la ley ha tomado en cuenta dos cosas, por un lado excitar el celo de los dueños y empresarios de actividades peligrosas, en el sentido de impedir accidentes, y de otro, garantizar mejor el pago de la respectiva indemnización.

Continúa explicando el fallo, “a diferencia de los casos por responsabilidad por culpa, la responsabilidad objetiva reside en el hecho de aquel que para su propio provecho crea una fuente probable de daños y expone a las personas y los bienes ajenos a peligros queda obligado si el daño se verifica” (Voto 85-F-99, de las doce horas del diez de marzo de 1999 del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea).

Esta misma cámara en reiteradas resoluciones ha mantenido los criterios anteriores, a su vez ha indicado su jurisprudencia que la responsabilidad contenida en sus párrafos cuarto y quinto, “recae sobre empresarios de establecimientos peligrosos, y los que se dedican a la explotación de los medios de transportes, criterios, según lo indica el juzgador, reflejo de la teoría del riesgo”

(Voto 2009- 617, de las diez horas quince minutos del doce de junio de dos mil nueve del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.).

Por otro lado en el Voto 2007- 292, del mismo Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, indica, que la “responsabilidad civil objetiva sustentada en la teoría del riesgo creado tiene como fundamento un principio esencial de solidaridad, toda vez que quien realiza la actividad peligrosa, que socialmente valora como útil, pero además, obtiene de dicha actividad un lucro, se estima que debe ser solidario cuando dicha actividad genera un perjuicio o lesión a intereses de terceros, precisamente porque esa actividad riesgosa le genera ingresos a la actividad”.

Amplía el fallo: “este artículo al indicar que debe ser una actividad lucrativa la que genere el riesgo, pues la responsabilidad de la conducción por sí misma, queda ligada a la responsabilidad subjetiva” (Voto 292-2007, de las quince horas cuarenta minutos del catorce de marzo de dos mil siete, del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.).

En este mismo orden de ideas el artículo exime de responsabilidad cuando el resultado causado ha sido por culpa de la víctima o fuerza mayor; lo cual ha sido plenamente confirmado por el Tribunal de Casación y la Sala Tercera en Costa Rica.

Sin embargo, amplía el Tribunal de Casación, en la resolución 2003-418, que la norma “tiene características particulares sobre la carga de la prueba, pues la única forma en que se excluya de responsabilidad es que la empresa explotadora demuestre con certeza que el accidente se produce por culpa de la víctima o fuerza mayor”, es decir en estos casos la carga de la prueba es del demandado, pues hay inversión de la carga de la prueba (Voto 2003-418 de las

once horas cincuenta y seis minutos del quince de mayo de dos mil tres del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea).

Agrega además, en el voto 493-2004, “que el fundamento de este tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo como entidades productoras de eventuales daños, este no debe ser asumido por la víctima o sus allegados, sino mas bien por el que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro” (Voto 493- 2004, de las diez horas once minutos del veinte de mayo de dos mil cuatro del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.).

Cabe destacar que sobre el párrafo cuarto y quinto se volverá más adelante, pues es esta forma de responsabilidad objetiva, el centro de análisis de esta tesis, ya que la finalidad de la misma es comparar los criterios de imputación sobre responsabilidad objetiva de este artículo y el 35 de la ley del consumidor, siendo que estas, tal y como lo ha dicho este tribunal, la ley nacional solo ha impuesto la carga de responsabilidad por riesgo permitido a las empresas de transporte que exploten máquinas motoras o presten servicios al público (Voto 840-2008, de las catorce horas quince minutos del veintiocho de agosto de dos mil ocho del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.).

2. Ley General de la Administración Pública

La Ley General de la Administración Pública menciona en su artículo 190 que:

“Artículo 190. 1. *La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.*

2. *La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aun cuando no pueda serlo en virtud de las secciones*

siguientes de este capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la sección tercer siguiente.

Artículo 191. *La administración deberá reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por falta de sus servidores cometidos durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.*

Artículo 201. *La administración será solidariamente responsable con su servidor ante terceros por los daños que éste cause en las condiciones señaladas por ley.”*

Antes de entrar a un análisis sobre las responsabilidades de la Administración Pública, es necesario recordar el concepto de Administración Pública, la cual puede definirse como la persona jurídica per se, pues el Estado la requiere, pues constituye el estado como tal, le otorga la capacidad para establecer sus potestades y competencias, derechos y obligaciones, su patrimonio y poder constituirse como responsable civil en caso de actos normales anormales, lícitos e ilícitos (González, 2001. Programa lectivo.).

Este cuerpo normativo reconoce que cabe responsabilidad por parte del estado, toda vez que despliegue actuaciones normales, anormales, legítimas e ilegítimas, ya que la víctima no tiene la obligación de soportar el daño, los supuestos de excepción para la responsabilidad estatal son fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Para determinar esta forma de responsabilidad, se debe constituir un nexo causal entre el daño y el funcionamiento de la administración.

Con el fin de una mejor comprensión de esta forma de responsabilidad es de suma importancia, pues, determinar si un daño es imputable a la administración, es decir, se debe verificar si el mismo es producto de su funcionamiento sin importar si es legítimo o ilegítimo (de ahí parte la afirmación

anterior respecto al nexo de causalidad) y que no se incurra en ninguna de las exigencias de responsabilidad.

En este aspecto es necesario destacar que la responsabilidad objetiva del Estado se va producir aun y cuando la conducta del servidor sea normal y legítima y haya una responsabilidad solidaria en casos de hechos ilícitos ya sean culposos o dolosos siempre que sea parte de su funcionamiento normal o anormal; sin embargo, se ha excluido la responsabilidad del estado cuando el servidor actúa fuera de los alcances de su cargo (Sanabria, 2007, pp. 104-105.).

Respecto a lo anterior en la sentencia 278- 2007, el Tribunal de Casación Penal haciendo referencia al voto 211- 2005, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indica:

“Con respecto al funcionamiento anormal del servicio, jurisprudencialmente se ha dicho: “... El concepto de funcionamiento anormal y su distinción con figuras afines. Las particularidades propias de la responsabilidad de la Administración Pública, generadas a través de su evolución gradual, así como el carácter objetivo alcanzado (todo ello con claro fundamento constitucional), no puede interpretarse tampoco como un deber resarcitorio, irrestricto y permanente, aplicable siempre y para todas las hipótesis de lesión. Sería inaudito un régimen de tal naturaleza y materialmente insoportable para cualquier Estado con recursos financieros limitados. Por ello se ha acudido a criterios de imputación que de alguna forma dimensionan (siempre dentro de la objetividad dicha) ese deber indemnizatorio originado por la conducta pública. De esta manera, el numeral 190 de nuestra Ley General de la Administración Pública refiere a “funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal”, de donde la legitimidad o su antítesis, hace referencia básicamente a las conductas jurídicas de la Administración, mientras que lo normal o anormal, apunta, ante todo (pero no en exclusiva), a la conducta material de la Administración, representada entre otras, por la actividad prestacional que se atribuye al Estado como parte de la categoría social que también se le asigna en procura del bienestar general del colectivo. Nótese como el artículo 194 de la indicada ley, hace referencia a los “actos lícitos”, bajo la concepción de actividad jurídica, distinguiéndolos en la misma norma, de lo que califica como

*“funcionamiento normal”, entendido como actividad material. De esta manera, la anormalidad atiende a aquellas conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto permite señalar que la anormalidad puede manifestarse a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento. **Anormalidad e ilicitud, no deben por lo tanto, adoptarse como conceptos equivalentes** , ni siquiera en lo que corresponde a la hipótesis de aquel funcionamiento que siendo debido o conforme con las reglas antedichas, produce un resultado dañoso (denominado por algún sector doctrinal como “funcionamiento anormal por resultado”), pues en tal caso, lo que opera es una responsabilidad por **funcionamiento normal con efecto o resultado lesivo** , indemnizable, claro está, siempre que se cubran los requisitos preestablecidos expresamente por el propio Ordenamiento Jurídico (véase el mismo artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública). Tampoco debe confundirse esta “anormalidad” del funcionamiento y la “ilegitimidad” de éste, con la antijuricidad genérica y de base, imprescindible en toda reparación civil. En efecto, la responsabilidad civil nace de la antijuricidad, que a su vez se constituye en su fundamento (derivado algunas veces de una norma positiva, mientras que en otras, del principio básico traducido en el deber de no dañar a otro), y que para esta materia particular se concreta en la inexistencia de ese deber para soportar el daño. Siempre que la víctima no tenga ese deber de soportar la lesión, se convierte en antijurídica, por menoscabo a un tercero a contrapelo del ordenamiento. De no existir esta, no cabe reparación. Resulta de esta forma incluso en la responsabilidad por conducta lícita, en la que pese a la juricidad plena de la conducta adoptada, se produce una lesión que por no ser de obligado soporte, es antijurídica en su base, conforme a lo que va dicho. Así las cosas, si no existe el deber de sobrellevar la lesión (entendida como la consecuencia final ablativa de la conducta pública), es porque la Administración debía evitarla, o, en caso contrario y bajo ciertas circunstancias (requisitos del artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública) asumir las consecuencias reparadoras de aquella que no pudo impedir. Se produce entonces, el incumpliendo al deber de indemnidad patrimonial de la persona, y en ese tanto, habrá que reputar la lesión a la esfera jurídica de la víctima como antijurídica, y por ende, de obligada reparación. De esta manera, puede afirmarse que sólo es indemnizable la lesión que confrontada con la globalidad del Ordenamiento, pueda reputarse como antijurídica en su base, pues lo*

contrario sería afirmar la compensación por acción dañosa frente a un menoscabo que el Ordenamiento no reprocha y que, por el contrario, tolera y consiente como normal y justificado. Debe reiterarse entonces, que para la existencia en Derecho de una reparación debida, ha de existir antijuricidad antecedente y de base, lo que en modo alguno apunta a la naturaleza (legítima o ilegítima) de la conducta desplegada por el agente productor del daño, ni por el resultado que produce dicha acción u omisión. En efecto, aún en los supuestos de funcionamiento legítimo y normal, en los que no existe ilicitud en el comportamiento, se produce una consecuencia dañosa, que con determinadas características (intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados), se reputa como de obligada reparación, lo cual dice de su antijuricidad, tanto así, que con la lesión misma surge la obligación civil y su consecuente derecho de accionar. Se puede sostener entonces, que la antijuricidad de base, a la que se hace referencia como sustrato y presupuesto global e imprescindible para la responsabilidad, es cosa distinta e independiente del parámetro de imputación utilizada por el Sistema Jurídico, pues aún en el evento de un régimen objetivo (que excluya los elementos subjetivos de la culpa y dolo, para dar paso a una simple transferencia económica dirigida a restaurar el desequilibrio producido en la igualdad de las cargas públicas), hay antijuricidad, en la medida en que la norma declara la obligación existente bajo el presupuesto implícito de una lesión contraria a Derecho, que no debe ser soportada por la víctima. Esa reiterada antijuricidad estará siempre presente en el daño indemnizable, bien sea por funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo...” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 211, de las 9:40 horas del 7 de abril del 2005).”

3. Ley de tránsito

La reforma actual de la Ley de Vías Terrestres indica:

“Artículo 7.-*En todo hecho de tránsito, en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo, aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. De oponerse la salvedad indicada o cualquier otra legítimamente válida, la autoridad procederá, en el primer caso, a realizar todos los trámites necesarios para la notificación y puesta en conocimiento de los hechos al nuevo propietario documental, a fin de continuar contra este el proceso*

correspondiente. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 y siguientes de esta Ley.”

La ley de tránsito que rige actualmente elimina la responsabilidad solidaria entre el conductor del vehículo y el propietario registral del mismo al momento en que acaecen los hechos, sino que actualmente entabla una responsabilidad civil objetiva contra el propietario registral aún y cuando no haya conducido el vehículo y aún si no se tiene identificado al conductor del mismo.

Lo anterior amplía las dimensiones de la responsabilidad del propietario registral, pues con la legislación anterior, operaba una solidaridad entre el conductor del vehículo y el propietario registral, ya que tenía como requisito la responsabilidad subjetiva del conductor para que se le declarara como responsable civil.

La similitud que se presenta entre la norma actual y la anterior se manifiesta en que no se limitan a daños y lesiones sino que también abarca daños sobre objetos y cosa (Sanabria, 2007, p. 114.).

Sin embargo, cabe destacar que la responsabilidad objetiva solidaria, queda condicionada a los supuestos del artículo 187 de la misma ley, los cuales establecen los supuestos para que esta no sea limitada al valor del vehículo sino que se extienda sobre todos los bienes del propietario registra.

Sobre este punto, el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea en un voto reciente resolvió:

“ACCIÓN CIVIL. Responsabilidad objetiva. Alcances del artículo 7 de la Ley de Tránsito. “...En el fondo, lo que se discute es si la nueva ley de tránsito reformó sustancialmente el régimen de responsabilidad civil de los propietarios de los vehículos automotores. En cuanto a la ley anterior, existía consenso en la existencia de una responsabilidad solidaria del propietario del

vehículo con respecto al accidente en que se determina la responsabilidad civil del conductor del mismo, pero se trataba de una responsabilidad civil limitada, es decir que solamente respondía con el vehículo, sin que pudiera extenderse a otros bienes del propietario (Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, votos 313-F-95 del 26 de mayo de 1995; 149-F-96 del 12 de abril de 1996). En ese sentido dijo la Sala Constitucional en el voto 5517-2000 del 5 de julio del 2000: *“las normas que permiten establecer el gravamen del vehículo (artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres) están vigentes, garantizando con ello la debida indemnización que corresponde al propietario del vehículo, la cual en todo caso –debe aclararse- tiene sus límites, toda vez que responde hasta el valor del vehículo, toda vez que solidaria o subsidiaria –vale decir, accesoria- respecto a la responsabilidad del conductor, que a su vez depende de su culpabilidad en el plano penal de tránsito”*. Además, del mencionado voto de la Sala Constitucional, es importante citar el voto 523-2001 del 13 de julio del 2001, ordenado por el Tribunal de Casación Penal, en el que se dijo que de la relación de los artículos 17, 188 y 192 de la Ley de Tránsito: *“(…) debe entenderse que se dispone una responsabilidad objetiva del propietario del vehículo, en cuanto el automotor responde por el monto de las indemnizaciones civiles. Se trata desde esta perspectiva de una responsabilidad civil objetiva que no responde de la indemnización plenaria, sino se limita a un gravamen del vehículo para responder del monto de la indemnización, de modo que si la misma supera el monto sobre el que eventualmente sea rematado el vehículo, no existirá una responsabilidad adicional del propietario del vehículo”*. Debe indicarse que para afirmar la responsabilidad civil del propietario limitada a responder con su vehículo, se necesitaba que el mismo hubiese sido demandado en el proceso penal (Véase sobre ello votos 1051-2001 del 6 de febrero del 2001 y 6701, del 5 de julio del 2002 de la Sala Constitucional, que se refieren a la garantía del derecho de defensa del propietario del vehículo). En el mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 891-2005, de las 8:30 horas del 28 noviembre de 2005 resolvió *“La responsabilidad civil establecida en la citada Ley de Tránsito tiene, como regla general, que el propietario del vehículo sólo estará obligado a reparar los eventuales daños y perjuicios ocasionados en el uso de éste, con el propio automotor. En otras palabras, su responsabilidad se limita a dicho medio de transporte, el cual queda gravado luego del percance. Ello se establece así en el numeral 188 de la ley mencionada. Empero, existen una serie de excepciones a tal disposición, contenidas en el canon 187 ibídem, donde la responsabilidad del dueño es solidaria. Las mismas son puntuales y taxativas, en el tanto constituyen un agravamiento de la obligación*

resarcitoria. En el inciso a) se sanciona a quien, de manera consciente, permite a un tercero conducir el automotor bajo los efectos del alcohol u otras drogas enervantes, o bien, sin tener licencia para tal efecto. Se está castigando al propietario que de manera deliberada permite la generación de un riesgo grave, al consentir que maneje quien no es apto para ello. En el inciso b) se obliga a quien percibe un lucro de la circulación del vehículo, puede ser o no su propietario. Entonces, aquel beneficiado con el riesgo debe también hacer frente a los menoscabos patrimoniales por éste causado. Por último, respecto del propietario, el inciso c) lo hace responsable cuando permita que las placas de su automotor sean utilizadas por otro, o no las entregue a la autoridad competente, si su vehículo queda imposibilitado para circular en forma permanente."

Ahora bien, el artículo 7 de la actual Ley de Tránsito que invoca la recurrente en sustento de su posición, se ubica en la sección I cuya temática está referida a la propiedad de los vehículos. En tal sentido el numeral 5 establece que la titularidad de los vehículos automotores se determina a través de la inscripción en el registro correspondiente. El artículo siguiente enumera los distintos títulos que son susceptibles de inscripción, entre los cuales se puede citar la escritura pública del traspaso, las ejecutorias y las adjudicaciones judiciales, los documentos otorgados ante un notario o cónsul y en el caso de los vehículos importados no inscritos, los documentos que acrediten la propiedad en el país de origen y los de desalmacenaje expedidos por autoridades aduaneras nacionales. Por su parte, el artículo 7 literalmente dispone: "*En todo hecho de tránsito, en el cual se encuentre involucrado un vehículo, el propietario registral será el responsable civil objetivo de las consecuencias que se deriven del uso, la manipulación, la posesión o la tenencia del vehículo, aun cuando él no haya sido el conductor del vehículo y el responsable del hecho no sea identificado en un proceso de tránsito; salvo que dicho propietario registral demuestre haber vendido el automotor, por medio de escritura pública con fecha anterior al hecho que se investiga. De oponerse la salvedad indicada o cualquier otra legítimamente válida, la autoridad procederá, en el primer caso, a realizar todos los trámites necesarios para la notificación y puesta en conocimiento de los hechos al nuevo propietario documental, a fin de continuar contra este el proceso correspondiente. Para determinar la responsabilidad civil solidaria del propietario, la gestión se realizará, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 y siguientes de esta Ley".*

Contrario a lo que interpreta la recurrente, esta Cámara hace una lectura diferente del mencionado artículo. Como se dijo, esta sección está referida a la forma en que se establece la propiedad de los vehículos y es en ese contexto que debe analizarse. En segundo lugar, en relación con la responsabilidad civil, la misma

surge de dos grandes vertientes. Por un lado la responsabilidad contractual, que no es del caso analizar, y por otro la responsabilidad extracontractual. Esta última se compone de la responsabilidad subjetiva y la objetiva. La responsabilidad subjetiva es aquella que emerge como consecuencia de un comportamiento doloso o culposo en virtud del cual se produce un daño. Precisamente esta responsabilidad se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1045 del Código Civil, el cual señala “*Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios*”. De donde se colige que resulta indispensable demostrar tanto la existencia del daño como la relación de causalidad entre ese daño y la conducta dolosa o culposa. Por otro lado tenemos la responsabilidad objetiva, que en algunos casos parte no de la acción del sujeto, sino más bien del desarrollo de actividades industriales, comerciales, agrícolas que aunque lícitas, son causas generadoras de riesgo y fuente potencial de daños. En otros, de la simple prestación de un servicio, tales como la responsabilidad del Estado por los actos de sus servidores o bien, la responsabilidad prevista en el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor. En general, su fundamento no es subjetivo, sino más bien objetivo en la medida que el interés central no es sancionar o castigar, sino reparar. Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc, que impone que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado. (Cfr: Ghersi, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de daños. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p 143 y 144.) Esta constituye un cambio de paradigma, ya que no siempre la responsabilidad se encuentra fundada únicamente en la teoría de la culpa, sino que en la necesidad de reparar el daño causado. Desde la óptica práctica, la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que éste queda exonerado de la carga de probar la culpa o dolo del causante del daño y tampoco requiere probar su falta de culpa, a diferencia de los casos de responsabilidad subjetiva. El fundamento de este tipo de responsabilidad es el reconocimiento social de que ciertas actividades, aún siendo lícitas (por lo que no es requisito el ser antijurídicas) y necesarias dentro del desarrollo social y tecnológico actual, que no puede ni debe ser obstruido, pero que, concomitantemente generan un riesgo -como entidades productoras de eventuales daños- el cual desde luego no debe ser asumido por la

víctima o sus allegados, sino más bien por aquel que se beneficia de la actividad riesgosa o de la tenencia de una fuente productora de peligro. Esas empresas, generadoras de peligro para la comunidad y de beneficio para su dueño, constituyen un medio a través del cual se produce el daño a la víctima. De manera que como causante del perjuicio, se encuentran obligados a repararlo. Por su naturaleza y sus consecuencias jurídicas, la responsabilidad civil objetiva es excepcional y debe estar claramente determinada en la ley. Precisamente, el tema de la responsabilidad civil en la vigente ley de tránsito se encuentra previsto en el capítulo III, precisamente bajo el título de responsabilidad civil. En lo que respecta al propietario registral el artículo 188 dispone: *"Responderán solidariamente con el conductor: a) El dueño de un vehículo que permita que lo conduzca una persona carente de la respectiva licencia o bajo los efectos del licor o drogas enervantes. b) Las personas físicas o jurídicas que, por cualquier título, exploten vehículos con fines comerciales o industriales, incluyendo el transporte público. c) El propietario que permita que las placas de su vehículo sean utilizadas por otro vehículo al que no le han sido asignadas, o no las entregue a la Dirección General de Transporte Público, para su custodia, si el vehículo al que le fueron asignadas, queda imposibilitado permanentemente para circular. d) Toda persona, física o jurídica, que importe, ensamble, produzca o comercialice vehículos automotores, en caso de que el accidente de tránsito tenga como causa la omisión, en el vehículo o los vehículos involucrados en el hecho de tránsito, de las respectivas medidas de seguridad, comprendidas en el artículo 32 de esta Ley. e) El dueño de un vehículo que obligue o permita la circulación con exceso de carga por parte de vehículos de carga liviana y pesada, de acuerdo con los parámetros establecidos en la respectiva reglamentación.* Esta norma contempla de forma específica lo relacionado con la responsabilidad solidaria de quien ostente la titularidad formal del vehículo automotor involucrado en el hecho culposo. De la lectura del mismo se colige que para la existencia de la alegada responsabilidad es necesario que el conductor careciera de licencia a la fecha de los acontecimientos; que el vehículo estuviera dedicado a la explotación en empresa industrial, comercial o al transporte remunerado de personas o carga, o en general, que concurra alguno de los presupuestos allí señalados. Al no darse ninguno de esos presupuestos entonces resulta aplicable en el presente caso, el artículo 189 de la Ley de Tránsito, en virtud del cual la responsabilidad del propietario queda limitada al valor de su vehículo, debiendo entenderse que lo que queda gravado es el vehículo mismo, con gravamen legal preferente a cualquier otra garantía. La propuesta de análisis que realizó la impugnante, si bien resulta interesante es contraria a la tradición jurídica costarricense

sobre esta materia y además, implicaría un tratamiento contradictoria pues una norma dispondrá una responsabilidad objetiva ilimitada y por otra una responsabilidad limitada al valor del vehículo. Del análisis integral de la normativa citada no se colige una voluntad clara y precisa del legislador para modificar el régimen de responsabilidad del propietario registral del vehículo. Por el contrario, la interpretación hermenéutica de las normas nos conduce a sostener que no ha existido una modificación sobre esta temática...”. (Voto 2010-113, de las quince y cuarenta y cinco horas del cuatro de febrero de dos mil diez del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.)

4. Ley 7472

“Artículo 35.- Régimen de responsabilidad

El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio, son responsables por los actos o los hechos propios y por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.”

La llamada ley del consumidor en nuestro país tiene un espíritu que se dirige al amparo de los derechos del consumo de productos o servicios, su fundamento está en el amparo de las transacciones comerciales entre el empresario- comerciante y el comprador, tiene por objeto fundamental proteger a la parte más débil de la relación comercial, en cuyo caso, se considera es el consumidor.

Las normas contempladas en dicha ley, rodean un concepto meramente subjetivo, el cual es el del consumidor.

Según indica Benedetti, la doctrina sobre el derecho del consumidor gira en torno al sujeto y tutela el status sobre el contrato. Afirma a su vez que el término de consumidor tiene una connotación más sociológica que jurídica, y que el atributo de consumidor permite identificar al acto del consumo o el negocio celebrado con finalidades predominantemente personales, de ahí que el término sea fundamentalmente social, pero la tutela se dirige al contrato, al negocio jurídico generado por las partes, ya que el término de consumidor alude al contrato efectuado entre el comerciante y el sujeto (Benedetti, 2000, pp. 43-44).

El artículo 35 de esta ley, promueve una responsabilidad objetiva, respaldada en la teoría de riesgo, doctrinalmente, y como líneas atrás se mencionó, en la derivación de la teoría del riesgo creado, visualizada como un riesgo en el producto o servicio.

La novedad que ofrece la norma es el permitir al consumidor que reclame cualquier daño generado en ocasión del producto o el servicio que adquiere, lo único que debe demostrar para tener la legitimación activa en el momento de constituir el reclamo es su calidad de comprador o consumidor, pues la carga de la prueba en este caso corresponde al comerciante.

De esta manera, el artículo 35, responde a la necesidad de tutelar las distintas relaciones comerciales, ello producto de los diferentes contratos y la necesidad de crear una responsabilidad por la derivación de hechos en el ámbito de la autonomía privada, en el cual el comerciante puede exceder sus derechos y libertades en detrimento del consumidor.

Es de gran importancia destacar que la responsabilidad objetiva de la ley 7472, tiene una característica especial y es que no interesa a este criterio de imputación, que el comerciante o empresario hayan desplegado las conductas

necesarias para ofrecer con seguridad el servicio o producto, pues el riesgo que asume es el propio de la actividad, y no puede separarse el uno del otro.

En la actualidad la Sala Tercera es quien ha aplicado, y ampliado en materia penal esta forma de responsabilidad. De igual manera que con el análisis del artículo 1048, sobre este punto se volverá en el segundo capítulo de la presente tesis, pues es nuestro interés principal, hacer un análisis crítico, de ambas normas y determinar así sus diferencias y los alcances de cada una.

Sección Segunda: Responsabilidad Civil y Protección al Consumidor en el Derecho Comparado.

El presente apartado tiene como finalidad presentar diversos sistemas de protección al consumidor en otros países, ello para permitir al lector tener un punto de partida para comparar, más adelante dentro de este mismo trabajo final de graduación, la aplicación de criterios de imputación de responsabilidad civil, pues como se mencionó en la sección primera, en Costa Rica, en cuanto a protección del consumidor, la Ley 7472, presenta un criterio de imputación objetiva, ampliando las facultades del juez para indemnizar.

Con ello se intenta que al tener un punto de comparación con otras legislaciones, el tercer y último capítulo del presente trabajo, cuando se realice un análisis jurisprudencial de la aplicación de la responsabilidad objetiva por riesgo en el producto o servicio, según los criterios de tanto, la Sala Tercera como el Tribunal de Casación Penal en sus diferentes sedes a lo largo del país, se logre comprender a cabalidad la aplicación y diferencia entre las formas de responsabilidad que cada sistema resguarda.

1. Protección al consumidor en Estados Unidos de Norteamérica

De forma muy amplia, el derecho del consumidor en Estados Unidos tiene la finalidad de proteger a los consumidores por los productos y servicios que se ofrecen en el mercado, prevenir prácticas engañosas por parte de los proveedores y advertir y proteger de las operaciones de crédito y financieras que sean desventajosas. Por ello crean las leyes como la Consumer Products Safety Act y la Consumer Credit Protection Act (Benedetti, 2000, p. 56.).

El primer cuerpo normativo, el Consumer Products Safety Act, fue promulgado en 1972, por el Congreso de los Estados Unidos, crea a su vez Consumer Products Safety Commission como organización independiente del

gobierno federal, está facultado para establecer las normas de seguridad y llevar a cabo un recuento y vetar aquellos productos que presenten riesgos excesivos o que puedan generar lesiones y hasta la muerte a los consumidores, sin embargo, su jurisdicción termina en aquellos productos regulados por otras agencias como medicamentos.

La ley sobre seguridad de los productos destinados al consumidor, define producto como todo artículo, componente o parte de él, producido o distribuido para venderse al consumidor, para ser utilizado en o alrededor de una casa o residencia permanente o transitoria, escuela o recreación o de otra forma, o para su uso personal, entretenimiento o consumo. Es una ley orientada sobre todo a suministrar una garantía de seguridad (Lorenzetti, 2003, p.399)

En el 2008 se realizan mejoras a la ley y se amplía su ámbito de protección y acrecentando las facultades a los consumidores para que denuncien los problemas en los productos de consumo.

Respecto al segundo conjunto de normas el Consumer Credit Protection Act, es un cuerpo normativo que se dirige a ampliar los aspectos de crédito al consumidor, en el sentido de información y fue creada en 1968, incluye un reglamento general, el uso de tasas, tipos de créditos, etc.

Alicia Capi, en su artículo sobre el derecho de consumidor norteamericano, indica que es de importancia recordar que el sistema legal norteamericano sienta sus bases en el precedente judicial, ello reflejo del Common Law, sin embargo, las leyes escritas o statues, tienen un papel importante, ya que estas emanan de un cuerpo legislativo que puede ser local, federal o estatal.

Las fuentes del derecho estadounidense, en las jurisdicciones del derecho común, se originan entonces, tanto en las normas que sanciona el legislativo como en las decisiones de los tribunales (Capi, 2000, pp.57-60.).

En lo correspondiente a leyes del consumidor, en Estados Unidos se crean agencias gubernamentales y grupos de empresas.

Dentro de las primeras se denotan agencias federales y estatales, como el Centro de Información al Consumidor; otras agencias federales reciben reclamos de consumidores por defectos en productos o servicios como el Centro de Información Federal.

Existe una Junta de Protección al Consumidor en todos los estados, creada para que coordine las agencias estatales y representar programas de coordinación de consumidores, así como la asesoría a los mismos y a gobiernos locales, además, de crear políticas de protección al consumidor.

En lo referente a las empresas, la autora dice que las mismas buscan mejorar la calidad de los productos y servicios, para ello se funda la Better Business Bureau, o la Oficina de Mejora de Negocios, que son organizaciones sin fines de lucro, financiadas por las empresas y comercios locales y que ofrecen gran variedad de servicios o todos los consumidores que lo requieran y mediante cualquier medio que lo necesiten, dicha orientación no es legal, sino sobre el producto, pero han desarrollado normas de ética en el mercado y sobre publicidad.

En lo que corresponde al tema de responsabilidad civil, ha sido la jurisprudencia quien ha intentado solucionar el problema sobre deberes de seguridad a terceros.

En una primera etapa dichos deberes se dirigían sólo a los productos contruidos negligentemente, supuesto en el que se imputó responsabilidad al fabricante por daños causados a terceros.

Posteriormente se estableció el deber por todo tipo de productos (caso Mac Pherson vs. Buick), en este punto se daba el problema de la dificultad probatoria en casos de imputación culposa y para subsanarlo entonces se invierte la carga de la prueba, y se decía que es razonable que el producto pueda ser usado por otras personas distintas del adquirente por lo que el fabricante tiene un deber de cuidado hacia ellos; lo que lleva a un tercer paso, y es que se supera el tema de imputación culposa y se aplica el strict liability, con lo que el fabricante debe ser responsabilizarlo aun y cuando no ha sido negligente pues es quien está en mejores condiciones de distribuir el riesgo y quien además, puede prevenirlo, con lo que se desemboca en un tema de responsabilidad objetiva (Lorenzetti, 2003, pp.398-399)

2. Protección al consumidor en Argentina

Según Ricardo Lorenzetti, en el ordenamiento jurídico argentino, la protección al consumidor debe verse desde dos puntos de vista: el artículo 1113 del Código Civil y el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.440). Ambos artículos regulan una responsabilidad civil extracontractual objetiva.

El artículo 1113 del Código Civil, establece una responsabilidad basada en el riesgo o vicio de las cosas, ello resolvió durante un tiempo las cuestiones relativas a la responsabilidad del fabricante, que con la sanción del artículo 40 de la ley 24.440 pasa a tener un lugar marginal, pero aún así no pierde actualidad.

Lo anterior en virtud que el artículo 1130 debe ser aplicado complementariamente con el artículo 40.

El 1130 del CC, permite imputar al dueño o guardián, por lo que imputa la responsabilidad a quien se sirve de la cosa, y se dirige al fabricante pues éste se sirve de la cosa, desde el punto de vista que gana con ella.

El artículo 40 de la ley 24.440, dispone que pueda haber daño al consumidor si este resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio. Ante ello debe responder el productor, fabricante, distribuidor, importador, proveedor y quien ponga su marca en la cosa o servicio.

También contempla al transportista por los daños ocasionados a la cosa con motivo o con ocasión del servicio.

Además, el artículo contempla una responsabilidad solidaria y la forma de liberarse de esta responsabilidad es demostrar que la causa del daño le ha sido ajena.

Por medio de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina se entiende que se requiere la existencia de riesgo de la cosa, vicio de la cosa o de la prestación del servicio, por lo que el legislador prevé la responsabilidad objetiva dentro de la legislación de consumo.

Los eximentes de esta responsabilidad se constituyen en la ruptura del nexo causal, es decir, la prueba de caso fortuito, hecho de la víctima, hecho de tercero. (Lorenzetti, 2003, pp. 410-411).

3. Protección al consumidor en Alemania

El código de Derecho de Obligaciones Civil Alemán, que entró a regir en enero del 2002, tiene dentro de sus objetivos llevar al BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) las leyes especiales sobre protección a consumidores y usuarios.

Sobre este aspecto, la nueva ley hace una distinción de los tipos contractuales previstos en las leyes especiales de consumo, específicamente en lo relativo a contratación a distancia, derecho de desistimiento de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles y la contratación electrónica, sin embargo, las reformas se dirigen a efectuar cambios en la parte sobre incumplimiento y no la general del derecho de obligaciones y contratos, por lo que conserva el espíritu de hace más de cien años, y la reforma hubiera sido importante enfocarla desde este punto de vista, ya que el derecho del consumidor alemán se enfatiza como un derecho fundamentalmente contractual.

Define el BGB al consumidor como la persona física que celebra negocios jurídicos que por su finalidad no pueden vincularse a su actividad empresarial o profesional. A su vez establece que el empresario es la persona física o jurídica que celebra negocios jurídicos en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.¹

Básicamente la legislación sobre protección al consumidor parte de la premisa que es obligación del empresario o comerciante dar información completa al consumidor de las cláusulas contractuales sobre el producto o servicio que ofrece ello con el fin de que en el momento del reclamo pueda solicitar la rescisión del contrato y así poder acceder a la indemnización por daños y perjuicios.

Además, la acción ejercida por el consumidor no es individual, sino que debe ser ejercida a través de las organizaciones de consumidores.

La ley específica sobre protección al consumidor AGB-G (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), tiene una dualidad y es que es una ley protectora del consumidor, pero a la vez es una ley

¹ http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf

protectora del mercado, pues no habla expresamente del consumidor sino que habla sobre sus organizaciones, y al no haber distinción en esta ley permite que las acciones sean ejercidas por parte de consumidores contra empresarios y entre empresarios.

La mayor parte de acciones ejercidas por las organizaciones de consumidores es por parte la Verbraucherschutzvehn de Berlín, la cual es una organización subvencionada por el Estado.²

Lo anterior a manera de resumen, trata de dar un panorama sobre el derecho de consumidor en Alemania, sin embargo, fue la base principal en las normas comunitarias, pues antes de las actuales leyes sobre derecho de consumo, la jurisprudencia tendía a presumir la culpa del comerciante ante el derecho de resarcimiento de la víctima por lesiones ante el uso de productos o servicios defectuosos, pero que con el rigor de las nuevas leyes se tornó en una responsabilidad objetiva, que fue contemplada por primera vez en 1976 en la ley de medicamentos, la cual sirvió como modelo para la directiva comunitaria de 1977 la 85/847 de la Unión Europea (Lorenzetti, 2003, pp. 395-396)

4. Protección al consumidor en Francia

El desarrollo del concepto de consumidor en Francia surge en al año 1905, gracias a la ley de represión de fraudes, sin embargo, las primeras leyes sobre protección al consumidor se generan en la década de los sesentas y setentas, como repuesta a un movimiento de protección que surge en Estados Unidos como reflejo de políticas implementadas por el presidente Kennedy, para equilibrar la desigualdad fundamentalmente contractual que se generaba entre empresarios y consumidores.

² http://www.consumo-inc.es/Publicac/EC/1985/EC06/Ec06_02.pdf

La legislación francesa ve la relación- empresario consumidor como un contrato de adhesión, por esta razón la normativa de protección a consumidores en el derecho francés se ha visto implementado, como casi todos los estados que conforman la unión europea, por leyes de consumo de la Unión Europea en pro de un Mercado Único.

La ley más destacada en Francia es la 389 del 19 de mayo de 1998, que aplica la directiva del 25 de julio de 1985 de la Unión Europea. Dicho cuerpo legal establece en su artículo 1386-1 que el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto esté o no ligado por un contrato con la víctima. Con ello establecería también una responsabilidad objetiva (Lorenzetti, 2003, p. 396)

El contenido de la protección a los consumidores se divide en dos ramas, una dirigida a la protección de la salud y seguridad corporal de los consumidores (por lo que se dirige principalmente a productos alimenticios, cosméticos y medicamentos), para este sistema que se puede describir como preventivo, el derecho francés prevé un sistema de responsabilidad civil para la reparación de daños ocasionados por defectos en dichos productos y es una responsabilidad de pleno derecho, en la cual el consumidor solo debe probar el defecto, el daño y el vínculo entre ambos.

La segunda busca una protección a los intereses económicos de los consumidores. La protección derivada de esta rama, es que como contratante el consumidor debe gozar de una protección especial, aquí los efectos empiezan a surtir efectos una vez concluido el contrato, pues tiene como premisa, que el consumidor conoce las características de sus derechos y obligaciones dentro del contrato que realiza sobre el producto o servicio.

Las acciones pueden ser ejercidas en forma individual o por medio de asociaciones de consumidores, las cuales a su vez, pueden solicitar los daños y perjuicios ocasionados al interés colectivo de los consumidores.

Los organismos para la protección al consumidor son de carácter público y privado. En el sector público queda en manos del Ministerio de Economía, en la Dirección General de la Competencia del Consumo, pero también está el Consejo Nacional de Consumo, la Comisión del Cláusulas Abusivas, la Comisión de Seguridad de los Consumidores y el Instituto Nacional de Consumo. Los organismos de iniciativa privada los hay tanto locales, como regionales y nacionales.³

³ Paisant, Guilles. Conferencia de Protección de Consumidores en el Derecho Francés, junio 2005, on-line <http://aspirantesenj.wordpress.com/2007/06/05/conferencia-la-proteccion-a-los-consumidores-en-el-derecho-frances/>

Capítulo Segundo: *La Responsabilidad Civil Objetiva en el artículo 35 de la Ley 7472*

Sección Primera: El Derecho del Consumidor

1. Concepto del Derecho del Consumidor

Es de suma importancia realizar un breve estudio de los antecedentes históricos que han construido el marco jurídico actual de este derecho, para comprender a cabalidad los alcances y el enfoque actual del llamado derecho de consumidor.

El análisis histórico, grosso modo, indica que la evolución del derecho del consumidor, se enfocó principalmente en dos fases, una que se puede llamar **expansión subjetiva** y la otra, llamada **expansión objetiva**.

La primera se basaba en una responsabilidad del fabricante, pues busca responsabilizar no solo a quien contrató con el consumidor sino con quien produce el bien o servicio de forma primaria, pues no había vínculo entre esas partes. La segunda, es la responsabilidad por el producto, ya que se enfoca en la noción de cosa, servicio, producto y defecto, ampliando los alcances de la normativa del consumidor (Lorenzetti, 2003, pp. 382-383)

En principio el derecho del consumidor sienta sus bases en la idea de proteger siempre a la parte más débil. Esto tiene sus antecedentes en la concepción de la sociedad industrial de corregir las desigualdades entre las partes de una relación jurídica, respondiendo a las necesidades de una sociedad liberal.

Sin embargo, la sociedad de consumo surge con verdadera fuerza hasta después de la Segunda Guerra Mundial, pues en esta época es cuando los

productores utilizan los mecanismos de publicidad para convencer a los consumidores de adquirir el producto.

Con ello nace la sociedad de consumo y de producción en serie de objetos a nivel global, característica que genera grandes transformaciones en los sujetos sociales y en sus relaciones, inclusive la relación de las personas con los objetos, pues el objeto existía solo en relación con las necesidades del sujeto pero en la actualidad el objeto precede a la necesidad misma, pues trascienden a una ola de consumo (Chinchilla, 1999, p. 13).

En este orden de ideas el consumo puede ser de bienes o servicios y la sociedad de consumo actual depende de las reglas de oferta y demanda y por ende de la relación entre productores y consumidores.

Esta relación de productor- consumidor presenta una fuerte asimetría, ya que el consumo presupone una expectativa de satisfacción en cuanto la realización de este, pero el consumidor ignora la calidad y eficiencia real del objeto o del servicio, en tanto el productor no (Chinchilla, 1999, pp. 13-17).

Es en este momento que se considera a los consumidores como los dueños del mercado. A su vez, a nivel de mercado, hay una ausencia total de regulación del mismo, en el cual las reglas de la oferta y la demanda eran las únicas creadoras del sistema económico y social lo que trae como consecuencia inmediata la necesidad por parte de los ordenamientos jurídicos, de crear una legislación específica que proteja al consumidor (León, 1999, p. 19)

Según lo expuesto, es que el derecho del consumidor surge como una exigencia de responsabilidad ante el productor, por la calidad y transparencia del producto y da instrumentos jurídicos al Estado para que intervenga cuando el productor quiera imponer cláusulas contractuales a los consumidores.

Los primeros movimientos de tutela del consumidor se gestan entonces como proteccionistas y limitadores de la libertad de empresa y surgen con la Consumer Union de los Estados Unidos en 1930, quienes realizan comparación entre productos y difunden los resultados por los medios de comunicación, lo cual marca la pauta a seguir por las sociedades de consumo, cuya nota característica es educar al consumidor y brindar información respecto a precios y calidad del producto (Alpízar, 2005, p. 36.)

Para la década de los sesentas, el establecimiento de dichas sociedades, se produce a solicitud de los mismos organismos gubernamentales, con lo que se crean entes públicos que tutelen los derechos de los consumidores. Es por ello que este derecho tiene por objetivo fundamental restablecer en la sociedad de consumo la igualdad jurídica, pues como se ha indicado pretende proteger a la parte más débil en la relación de consumo, la cual, dicho sea de paso, debe ser establecida como tal por el legislador.

A partir de 1972 en el ámbito internacional surgen cumbres y programas que establecen derechos fundamentales de los consumidores como: La Cumbre de Jefes de Estado de París en 1972 y las Directrices para la Defensa del Consumidor de las Naciones Unidas de 1985, las cuales establecen principios relativos a la tutela de contratación de consumo, los principios del derecho del consumidor y derechos fundamentales del derecho del consumidor; separando estos en derechos fundamentales, sustanciales e instrumentales.

El concepto del derecho del consumidor, según la doctrina, es “el conjunto de leyes y reglamentos que protegen al consumidor, como destinatario final, garantizándole una información adecuada y asegurándole medios eficientes de defensa, que comprenden inclusive la acción de las asociaciones y la movilización del Ministerio Público” (Alpízar, 2005, p. 39.)

Por otro lado, desde un punto de vista socioeconómico, se sostiene que el concepto del derecho del consumidor dista de ser un concepto jurídico, sino que este se constituye dentro de las ciencias socio económicas y se define como el operador dentro del proceso de circulación de los bienes que emplea valores de cambio para adquirir y utilizar valores de uso.

Cabe destacar que, sociológicamente hablando, el concepto del derecho del consumidor se enfoca en el destino que le dé el sujeto que realiza el acto a los bienes, pues requiere para que se configure el derecho como tal, que los bienes que adquiere no tengan como fin su transformación o comercialización sino únicamente su consumo inmediato.

Característica esencial del derecho del consumidor se denota en la utilización de normas de orden público y privado, ya que se regulan aspectos por parte del Estado como los precios o que exista un ente gubernamental que vele por el interés del consumidor; y desde la perspectiva del derecho privado, que para la validez del contrato de consumo, exista conocimiento suficiente por parte del consumidor del producto que obtiene o que el comerciante debe hacerse responsable por daños que puedan ocurrir por el bien o servicio que ofrece de forma objetiva.

Lo anterior busca conservar y proteger la autonomía de la voluntad real del consumidor, pues a través de información veraz, este puede de forma consciente aceptar el bien o servicio que el vendedor o productor le ofrecen.

Esta rama especializada, es aplicable **únicamente en las relaciones o actos de consumo**, es una rama distinta a otras ramas del derecho, con sus propios principios, instituciones y conceptos, pero es multidisciplinario, en razón de la interdependencia con otras ramas como la civil, mercantil y el derecho público.

Lo anterior señala la separación de la dicotomía del derecho público y privado en el sistema de protección al consumidor; pues desde los inicios se presumía, como en líneas anteriores se ha dicho, que las relaciones de consumo eran propias del derecho privado por lo que eran las normas de derecho comercial y privado las llamadas a regular las adquisiciones de bienes y servicios, lo anterior basándose en los principios de la **Autonomía de la Voluntad** y del **Pacta Sunt Servanda** y dichas relaciones estaban ajenas de la regulación del Estado.

Sin embargo, el intervencionismo estatal en el mercado como una de las facultades que otorgaba el Estado Social de Derecho, abrió la posibilidad que el mismo incursionara en ámbitos que solo estaban relegados para el derecho privado y es de esta manera que se afirma que el derecho del consumidor, sienta sus bases en la utilización de normas de orden público y privado (León, 1999, p. 22)

Dentro de los principios contractuales que se tutela en el derecho del consumidor, se encuentran el principio de la buena fe contractual, el equilibrio contractual, la transparencia del contrato y la interpretatio contra proferentem.

Los fundamentos del derecho de consumo en sí, son: protección a los intereses económicos del consumidor, protección del consumidor frente a riesgos en salud y seguridad, acceso a la información adecuada del bien o servicio, educación del consumidor, posibilidad de compensación efectiva al consumidor, libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores (Alpízar, 2005, pp. 46-47.)

Con base en el desarrollo que ha sufrido del derecho del consumidor, históricamente se han conformado los siguientes tipos de derechos:

*Derechos fundamentales del consumidor

Son aquellos cuyo carácter es primario y protegen al consumidor como ente activo del mercado. Se manifiestan en el acceso al consumo, la libertad de elección y el derecho de educación al consumo.

*Derechos sustanciales del consumidor

Requieren siempre de soluciones emergentes de normas de fondo. Son los derechos a la seguridad, salud, integridad, protección al medio ambiente, prevención de daños, información sobre productos y servicios y derecho a la protección de intereses económicos.

*Derechos instrumentales

No satisfacen directamente un interés del consumidor sino que lo dotan de mecanismos para ejercer de forma válida y efectiva los derechos sustanciales, algunos son el derecho a organizarse por medio de sociedades de consumo, accesos a la solución de conflictos y derecho a estar representado como consumidor ante la administración pública (Alpízar, 2005, pp. 48-57.)

La evolución en nuestro país en lo que respecta a la defensa del consumidor inicia en 1975, con una legislación específica sobre el tema, sin embargo, otras legislaciones anteriores ya tocaban el tema del consumo como el llamado Código de Carrillo, el Código Penal y de Policía de 1941, Ley de Abastos N. 52 de 1932, Ley de Subsistencia de 1939, Ley de Creación de la Oficina de Defensa Económica Ley 57 de Defensa Económica, Ley General de Salud y Ley Orgánica del Ministerio de Salud, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley de Promoción e Igualdad Real de la Mujer, Comisión Coordinadora de la Protección al Consumidor, Ley de Protección del Consumidor 5665 de 1975 y la actual Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del

Consumidor 7472 (Bulgarelli, Fiorella. Costa Rica y la Tutela de los Derechos al Consumidor. Año 1997, pp. 48-50).

La ley vigente fue impulsada por la Administración de Calderón Fournier en el año 92, pero es hasta 1994 que se aprueba el primer proyecto, el cual fue sancionado el 20 de diciembre de ese año.

Dentro del proyecto se indica que como necesidades del país está la apertura comercial y contar con una legislación que tutele los derechos del consumidor, los cuales son los pilares que fundamentan la actual ley, pues con ello se busca el ingreso de productos extranjeros para mejorar la calidad y el precio de los productos nacionales en razón de leyes de oferta y demanda.

Para alcanzar dichos objetivos los legisladores debían resolver el tema de la desregulación de requerimientos administrativo, la tutela de una legislación que resguarde los derechos de los consumidores, la participación del Estado orientada a una mayor participación por parte del Poder Ejecutivo a destinar recursos para programas financieros que permita educar e informar al consumidor y crear una dependencia administrativa.

En Costa Rica la evolución del derecho del consumidor ha sido lenta, pero responde a las políticas para la promoción del libre comercio dadas a nivel internacional y que obligan a cambios en la competencia interna, que hacen necesario no solo proponer medidas de desregulación o de racionalización de trámites, así como reglas anti-monopólicas que armonicen con los programas de reforma estatal; sino, que también obligan a proteger y educar al consumidor, razón por la cual nuestra legislación abarca cinco elementos:

*Educación sobre los derechos fundamentales del consumidor

*Alerta a los perjuicios en sus intereses

*Implementar políticas preventivas

*Información veraz

*Acceso a la justicia (Bulgarelli, Fiorella. Costa Rica y la Tutela de los Derechos al Consumidor. Año 1997, pp. 48-50).

2. Principios que rigen el Derecho del Consumidor

Los principios que sustentan el Derecho del Consumidor, tienen por objeto no solo el legitimar a dicho derecho como tal sino que se centran en equilibrar la relación entre el consumidor y el productor, ello porque desde la llegada del capitalismo, el mercado se rige por las leyes de oferta y demanda y quien tiene el poder en la relación de consumo es el productor.

Estos principios, tienden a fomentar un mercado eficiente de bajos costos y que de satisfacción a las necesidades del consumidor en una relación de igualdad real con los comerciantes, pues regulan tanto intereses de los comerciantes e indirectamente de los de los consumidores. (Alpízar, 2005, pp. 88-94.)

Dentro de los **principios generales** tutelados en la Ley 7472 se encuentran:

*La libertad de empresa

*Defensa de la Producción

*Eficiencia de la Producción

*Eliminación de los Obstáculos Burocráticos para la producción y comercialización

*Control estatal en cuanto a la calidad e idoneidad de los productos y servicios

*Desregulación de Precios

Como **principios más específicos** se mencionan los siguientes:

*Principio de tutela efectiva del consumidor

*Principio de información y libertad de autodeterminación del consumidor

Por otro lado, en la Ley 7472, derivado de estos principios surgen **derechos fundamentales** para el consumidor, los cuales son de carácter irrenunciable sin perjuicio de lo que establezcan tratados o convenciones internacionales de las que nuestro país sea parte. Los derechos fundamentales contemplados son:

*Protección contra riesgos que puedan afectar la salud, seguridad y el ambiente.

*Protección a los legítimos intereses económicos y sociales

*Educación y divulgación sobre el consumo adecuado de bienes y servicios

*Protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y cláusulas abusivas así como métodos comerciales desleales que obstruyan el derecho de libre elección

*Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial

*Apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas.

En la misma línea, tanto la Ley 7472 como su reglamento imponen al productor y comerciante **obligaciones** que funcionan como garantía al consumidor que sus derechos se verán respetados, dichos deberes son:

*Respetar las condiciones de la contratación

*Informar suficientemente al consumidor acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre la decisión del consumidor.

*Deber de comunicar la naturaleza, composición, contenido, peso, características de bienes y servicios; así como el precio en el empaque, recipiente, envase o etiqueta del producto o en la góndola, anaquel del establecimiento

*Ofrecer, promocionar o publicar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley

*Abstenerse de acaparar, especular, condicionar la venta y discriminar el consumo

*Fijar plazos prudenciales para reclamos

*Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibradas las pesas, medidas, básculas, registradoras y demás instrumentos de medición que utilicen los negocios.

*Extender la factura o comprobante de compra donde conste en forma clara la identificación de los bienes y servicios y el precio cobrado.

*Apegarse a la equidad, a los usos mercantiles y a la ley en el trato a los consumidores.

En ese mismo orden de ideas es importante destacar que con respecto a los derechos del consumidor existe una tutela constitucional. Esto se lleva a cabo con la finalidad de exigir un mayor esfuerzo en el cumplimiento de dichos derechos por parte del Estado, consumidor, productor, comerciante y la empresa.

En nuestro país la tutela constitucional se encuentra en el artículo 46 en su párrafo tercero, de la Constitución Política, que reza:

“Artículo 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originario en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios a favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir atención adecuada y veraz; a la libertad de elección y un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La Ley regulará esos derechos.” (El subrayado no es del original)

(Así modificado mediante Ley N. 7607, de 29 de mayo de 1996)

Mediante dicho artículo, se resalta el papel fundamental del derecho del consumidor frente a la libertad de contratar y surge entonces la pregunta de si en el párrafo mencionado lo que se destaca son limitaciones o el mismo es una consecuencia con efectos propios de la libertad de contratar, inclinándose los criterios por lo segundo (Alpízar, 2005, p. 95.)

La Sala Constitucional desde la reforma de 1996 al artículo 46 busca proteger el derecho a la libre contratación, y lo considera una expresión de la libertad en general, pero a su vez tutela el derecho del consumidor de abusos de la actividad empresarial, ya que en la libertad de contratar se busca que las partes contraten basadas en la igualdad sustancial de condiciones.

3. Partes de la relación de consumo

3.1 Consumidor

Para definir al consumidor se deben tomar en cuenta diversos criterios:

*Subjetivo y objetivo

Como criterio subjetivo las leyes de defensa de los consumidores deben establecer que es consumidor toda persona física o entidad de hecho o derecho.

En tanto el criterio objetivo, define al consumidor no con base en la persona física o jurídica sino en la materia objeto de consumo, es decir, el acto de consumo, definiendo al consumidor como la persona que realiza dicho acto.

*Abstracto y concreto

Desde el punto de vista abstracto, este aspecto atribuye derechos al ciudadano en general en su condición de consumidor, por lo que su tutela viene dada por la garantía constitucional y por su carácter ciudadano. Por este carácter abstracto puede ser ejercitado en defensa de intereses generales.

Desde de una forma concreta, el derecho de consumidor nace cuando se ejercita individualmente en su interés particular concibiendo al consumidor como parte de un acto de consumo.

*Amplio y estricto

Estos criterios hacen referencia a la evolución de la noción de consumidor a lo largo del tiempo, es decir, de un criterio restrictivo a uno más amplio, extendiendo su contenido, pues inicialmente el consumidor era quien adquiría bienes y servicios, posteriormente se agrega al concepto que el consumidor puede ser cualquier sujeto jurídico y no solo al comprador individual.

*Jurídico y material

El consumidor jurídico es quien realiza el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio, en tanto el consumidor material es quien utiliza, usa o disfruta el consumo del bien, producto o servicio (Alpízar, 2005, pp. 61-65.)

La Ley 7472 define al consumidor en su artículo 2 como toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios o bien, recibe información o propuestas para ello. También, se considera consumidor al pequeño industrial o artesano -en los términos definidos por esta ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

Este concepto de consumidor se relaciona entonces al acto de consumo, es decir prevalece el criterio subjetivo y objetivo para la Ley 7472, por lo que engloba un mosaico de actos jurídicos, hechos jurídicos y contratos.

3.2 Producto

Según la Real Academia Española, el vocablo producto significa la cosa producida. Es decir es el resultado de una elaboración, manipulación o procedimiento. Hace referencia a la conducta de un fabricante o productor. El concepto se basa en la acción de producir o el resultado de la conducta de un fabricante o productor.

Desde el punto de vista legal el producto debe ser considerado como un bien, que puede ser mueble o inmueble, material o inmaterial.

La directiva de la Unión Europea considera que es producto, lo que resulta del proceso de producción y lo equipara a un bien mueble (Rinesi, 2006, pp. 271-272.).

3.3 Comerciante o prestador del servicio

Según la Ley del consumidor, este se define también en su artículo 2 como toda persona física, entidad de hecho o derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual, a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes, o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

Para los efectos de esta ley, el productor, como proveedor de bienes también está obligado con el consumidor a respetar sus derechos e intereses legítimos.

Sin embargo, el artículo 2 de la ley y el artículo 2 del reglamento amplían las partes de la relación de consumo, así como limitan los conceptos de precio mínimo y otros detalles dentro de la propia relación, tales y como:

*Ley de la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor:

“ARTÍCULO 2.- Definiciones.

Las expresiones o las palabras, empleadas en esta Ley tienen el sentido y los alcances que, para cada caso, se mencionan en este artículo:

Agente económico

En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.

Consumidor

Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

Comerciante o proveedor

Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos.

Administración Pública

Órganos y entes públicos de la administración central y descentralizada del Estado, a los que esta Ley y leyes especiales atribuyan competencias en materia de restricciones al ejercicio de las actividades comerciales, la regulación y el control del comercio de determinados bienes o la prestación de servicios, para su expendio en el mercado interno o para su exportación o importación, así como en lo concerniente al registro y la inspección de los productos, la apertura y el funcionamiento de establecimientos relacionados con la protección de la salud humana, vegetal y animal; así como con la seguridad, la protección del medio ambiente y el cumplimiento de estándares de calidad de los productos.

Contrato de adhesión

Convenio cuyas condiciones generales han sido predispuestas, unilateralmente, por una de las partes y deben ser adheridas en su totalidad por la otra parte contratante.

Predisponente

Sujeto del contrato de adhesión que dispone, por anticipado y unilateralmente, las condiciones generales a las que la otra parte deberá prestar su adhesión total, si desea contratar.

Adherente

Sujeto del contrato de adhesión que debe adherirse, en su totalidad, a las condiciones generales dispuestas unilateralmente por el predisponente.

Menor salario mínimo mensual

Remuneración que establezca como tal el Poder Ejecutivo, mediante decreto, por recomendación del Consejo Nacional de Salarios del

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de la autoridad competente.”

*Reglamento:

ARTÍCULO 2º.- Definiciones.

Además, de las definiciones previstas en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

Artesano: La persona física o entidad de hecho o de derecho que adquiera

productos terminados o insumos para producir, transformar o reparar bienes, mediante un proceso en el que la mano de obra resulta el factor predominante, dando por resultado un producto individualizado, en que quede impreso el sello personal y que no corresponda a la producción industrial mecanizada y en serie.

El artesano se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y este Reglamento.

CNC: La Comisión Nacional del Consumidor.

CPC: La Comisión para Promover la Competencia.

AAC: Área de Apoyo al Consumidor.

Ley: Salvo que del contexto de la norma se desprenda otra cosa, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, N° 7472 de 20 de diciembre de 1994 y sus reformas.

LGAP: La Ley General de la Administración Pública.

MEIC: El Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

LACOMET: Laboratorio Costarricense de Metrología.

Pequeño industrial: La persona física o entidad de hecho o de derecho, que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en la producción o transformación de artículos manufacturados y que califique como "pequeño empresario" bajo los criterios establecidos en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento. El pequeño industrial se considerará como "consumidor" para los efectos de la Ley y de este reglamento. Proveedor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores.

Publicidad engañosa: Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor, especialmente sobre:

- a) El origen geográfico, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada.
- b) Los componentes o integrantes del bien ofrecido, o el porcentaje en que concurren en el mismo.
- d) Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otra que sea juzgada razonable e indispensablemente en una normal contratación relativa a tales bienes o servicios.
- e) La fecha de elaboración o de vida útil del bien, cuando estos datos se indiquen.
- f) Los términos de las garantías que se ofrezcan.
- g) Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.
- h) Precio del bien o servicio ofrecido, formas de pago y costo del crédito.

Servicios comerciales: Los que preste una empresa o establecimiento mercantil a sus clientes, con o sin una relación personal con éstos.

Servicios de técnicos o profesionales: Los que preste una persona física a sus clientes, mediando una relación personal y de confianza (intuitu personae), para la realización de una labor de carácter técnico o profesional.

Unidad Técnica: Según sea el caso, la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para Promover la Competencia o de la CNC.

Ventas a domicilio: La compraventa en la que la negociación es efectuada y el contrato perfeccionado fuera del local o establecimiento del comerciante o proveedor, en virtud de la visita que éste o sus dependientes hagan al comprador. (Así reformado por artículo 1° del Decreto Ejecutivo No. 31700 de 16 de marzo de 2004, publicado en el Alcance N° 12 de La Gaceta N° 59 del 24 de marzo del 2004.)

4. Alcances del artículo 35 en la Ley 7472

El artículo 35 de la Ley de Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor es una de las formas de responsabilidad objetiva, pues es totalmente ajena a criterios de dolo o culpa y se basa en la creación de un riesgo que puede provocar un daño a terceros o sus bienes y cuyas consecuencias deben ser asumidas aun y cuando provengan de una actuación lícita. Lo anterior

se debe a que en la relación de consumo los daños se pueden llegar a generar con dolo, culpa o sin ella, incluso ignorando tal situación (Alpízar, 2005. p. 320.)

Las razones de política legislativa que justifican dicha responsabilidad se basan en que el daño causado por el producto defectuoso debe recaer sobre la persona que ha creado el riesgo, es decir, el fabricante, al ser quien está en una mejor posición para controlar la calidad y seguridad del producto y además, porque el fabricante debe asumir el riesgo creado por los productos o servicios que pone en circulación pues tiene una mejor situación de asumir el riesgo mediante su distribución entre todos los consumidores a través del precio.

Sin embargo, la doctrina, extiende los criterios de responsabilidad no solo al fabricante sino a los involucrados en la transmisión del producto hasta que este llega al usuario o consumidor, de lo contrario es imposible para la víctima determinar el responsable de los daños que le fuesen causados, pero por otro lado, garantiza a su vez, que el usuario o consumidor cuenten con una reparación efectiva.

Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adopta el sistema de responsabilidad objetiva con el claro interés de evitar dificultades probatorias que dejen en desamparo a las víctimas de actividades empresariales de fabricación y comercio, que son actividades per se generadoras de riesgos para la actividad física o patrimonio ajeno (Manavella, Responsabilidad Extracontractual Objetiva del Consumidor. Año 16, pp. 187-188.)

Este régimen de responsabilidad, tiene como criterio de imputación **el riesgo creado**, este es el factor o el elemento fundamental para que surja a la vida jurídica, y además, no deben presentarse alguna de las eximentes de responsabilidad que rompa el nexo de causalidad que une al daño con la actividad comercial desplegada.

El consumidor o usuario debe demostrar únicamente, para poder interponer el reclamo fundamentado en esta responsabilidad objetiva, que entre él y el comerciante existe una relación de consumo, dentro de la cual se produce el daño como consecuencia de un servicio o bien riesgoso.

Por otro lado, contra quien se interpone la acción debe ser únicamente contra el productor, proveedor y comerciante; ello es así porque se considera como se ha indicado en la sección anterior, que en la relación de consumo la parte más fuerte o de mayor poder le corresponde a esta, ello no solo porque conoce y desarrolla el servicio o el bien, sino porque de éste también obtiene un beneficio económico.

Además, cabe señalar que en este régimen, la carga de la prueba recae en el productor, comerciante o proveedor, una vez que ha sido demostrada la relación de consumo por parte del usuario.

Según esta teoría y como queda plasmada por nuestro legislador al crear el artículo 35 en la Ley 7472, esta forma de responsabilidad objetiva lo que indica es que quien ejerce o aprovecha una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe soportar los inconvenientes (Manavella, Responsabilidad Extracontractual Objetiva del Consumidor. Año 16, pp. 187-188.)

Prescinde de la subjetividad del agente y se enfoca en el hecho que causa el resultado dañoso para atribuírselo, y lo que debe demostrarse como se indicó es la relación de consumo entre las partes, pues sin esta se configura cualquier otra forma de responsabilidad objetiva contemplada en la legislación.

En nuestro país la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en sus votos **000397-F-S1-2009**, **000398-F-S1-2009**, **000399-F-S1-2009**, **000467-F-S1-2008**,

000655-F-2007 ha definido ampliamente la responsabilidad por riesgo en materia del consumidor de responsabilidad. Entre sus votos, de forma reiterada indica:

“III.- Responsabilidad objetiva por riesgo en materia del consumidor. No lleva razón el recurrente en cuanto a la vulneración que endilga a la sentencia del Tribunal. En lo que se refiere a la responsabilidad, se pueden ubicar dos grandes vertientes, una subjetiva, en la cual se requiere la concurrencia, y consecuente demostración, del dolo o culpa por parte del autor del hecho dañoso (v.gr. el cardinal 1045 del Código Civil), y otra objetiva, que se caracteriza, en lo esencial, por prescindir de dichos elementos, siendo la imputación del daño el eje central sobre el cual se erige el deber de reparar. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el numeral 35 de la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor, en donde el comerciante, productor o proveedor, responderá por aquellos daños derivados de los bienes transados y los servicios prestados, aún y cuando en su actuar no se detecte negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Asimismo, es importante considerar, por su influencia en el tema probatorio, que los elementos determinantes para el surgimiento de la responsabilidad civil, sea esta subjetiva u objetiva, son: una conducta lesiva (la cual puede ser activa o pasiva, legítima o ilegítima), la existencia de un daño (es decir, una lesión a un bien jurídico tutelado), un nexo de causalidad que vincule los dos anteriores, y en la mayoría de los casos la verificación de un criterio de atribución, que dependerá del régimen legal específico. En cuanto a la causalidad, es menester indicar que se trata de una valoración casuística realizada por el juzgador en la cual, con base en los hechos, determina la existencia de relación entre el daño reclamado y la conducta desplegada por el agente económico. Si bien existen diversas teorías sobre la materia, la que se ha considerado más acorde con el régimen costarricense es la de causalidad adecuada, según la cual existe una vinculación entre daño y conducta cuando el primero se origine, si no necesariamente, al menos con una alta probabilidad según las circunstancias específicas que incidan en la materia, de la segunda (en este sentido, pueden verse, entre otras, las resoluciones 467-F-2008 de las 14 horas 25 minutos del 4 de julio de 2008, o la 1008-F-2006 de las 9 horas 30 minutos del 21 de diciembre de 2006). En este punto, es importante aclarar que la comprobación de las causas eximentes (culpa de la víctima, de un hecho de tercero o la fuerza mayor), actúa sobre el nexo de causalidad, descartando que la conducta atribuida a la parte demandada fuera la productora de la lesión

sufrida. En lo que se refiere a los distintos criterios de imputación, para los efectos del presente caso, interesa la teoría del riesgo creado, la cual fue incluida, en forma expresa, en la Ley de Defensa del Consumidor. El esquema objetivo por el que se decanta la ley, así como la aplicación del criterio de imputación citado, se desprenden de la simple lectura de la norma en cuestión, la cual estipula: *“el productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrentemente, e **independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. / **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** / Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor.”* (La negrita es suplida). Realizando un análisis detallado de la norma recién transcrita, se desprenden una serie de elementos condicionantes de su aplicación. En primer lugar, y desde el plano de los sujetos, esto es, quien causa el daño y quien lo sufre, la aplicación de este régimen de responsabilidad se encuentra supeditada a que en ellos concurren determinadas calificaciones. Así, en cuanto al primero, se exige que sea un productor, proveedor o comerciante, sean estas personas físicas o jurídicas. Por su parte, en cuanto al segundo, la lesión debe ser irrogada a quien participe de una relación jurídica en donde se ubique como consumidor, en los términos definidos en el cuerpo legal de referencia y desarrollados por esta Sala. Se requiere, entonces, que ambas partes integren una relación de consumo, cuyo objeto sea la potencial adquisición, disfrute o utilización de un bien o servicio por parte del consumidor. El Banco actúa en ejercicio de su capacidad de derecho privado, como una verdadera empresa pública, y en dicha condición, ofrece a sus clientes un servicio, por lo que, al existir una relación de consumo, el caso particular debe ser analizado bajo el ámbito de cobertura del numeral 35 en comentario. Asimismo, del precepto bajo estudio se desprende, en segundo lugar, que el legislador fijó una serie de criterios de atribución con base en los cuales se puede imputar la responsabilidad objetiva que regula este cardinal, dentro de los que se encuentra la ya citada teoría del riesgo. Así, este sirve como factor para endilgarle la responsabilidad a los sujetos a que se hace referencia. En

esencia, dicha teoría postula que, quien crea, ejerza o se aprovecha de una actividad lucrativa lícita que presenta elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconvenientes (*ubi emolumentum, ubi onus*, el cual puede ser traducido *como donde está el emolumento, está la carga*). De la anterior afirmación se pueden colegir dos características: por un lado, que el riesgo proviene de una actividad de explotación; y por el otro, al ser realizada por el ser humano, se excluyen los denominados hechos de la naturaleza. Concomitantemente, importa realizar algunas precisiones en cuanto a los riesgos aptos para la generación de la responsabilidad, ya que no todo riesgo implica el surgimiento, en forma automática, de esta. En la actualidad, la vida en sociedad ofrece un sinnúmero de riesgos, de distintos grados y alcances, al punto que se puede afirmar que es imposible encontrar una actividad cotidiana que se encuentre exenta de ellos. En esta línea, la interpretación de las normas no puede partir de una aversión absoluta y total al riesgo, el cual, como se indicó, forma parte integral de la convivencia societaria y de los avances tecnológicos que se integran a esta. Lo anterior lleva a afirmar que, para el surgimiento del deber de reparación, el riesgo asociado con la actividad debe presentar un grado de anormalidad, esto es, que exceda el margen de tolerancia que resulta admisible de acuerdo con las reglas de la experiencia, lo cual debe ser analizado, de manera casuística, por el juez. El segundo punto que requiere algún tipo de comentario es en cuanto al sujeto que deviene obligado en virtud de una actividad considerada como peligrosa. Como ya se indicó, el criterio de imputación es, precisamente, el riesgo creado, lo que hace suponer que la persona a quien se le imputa el daño debe estar en una posición de dominio respecto a aquel, es decir, debe ser quien desarrolla la actividad o asume las posibles consecuencias negativas asociadas, recibiendo un beneficio de ello. Este puede ser directo, el cual se puede identificar, entre otros, con los ingresos o emolumentos obtenidos a título de contraprestación, o bien indirectos, cuando la situación de ventaja se da en forma refleja, que podría ser el caso de mecanismos alternos que tiendan a atraer a los consumidores, y en consecuencia, deriven en un provecho económico para su oferente. Es importante mencionar que en una actividad es dable encontrar distintos grados de riesgo, los cuales deben ser administrados por aquel sujeto que se beneficia de esta, circunstancia que ejerce una influencia directa en el deber probatorio que le compete, ya que resulta relevante para determinar la imputación en el caso concreto. Lo anterior, aunado a la existencia de causales

eximentes demuestra que la legislación en comentario no constituye una transferencia patrimonial automática.” (Voto **000394-F-S1-2009 de las diez horas veinte minutos del veintitrés de abril de dos mil nueve. Sala Primera, Corte Suprema de Justicia.**)

El artículo 35 de la llamada Ley del Consumidor, busca dar mejor protección a los llamados derechos difusos, que son los que le dan legitimidad procesal al consumidor, pues se orienta a la protección, a la salud, seguridad, y el resguardo al derecho de información del consumidor dentro de la relación de consumo, lo cual vendría siendo su esencia fundamental, pues “el interés de todos los consumidores está sujeto a una posibilidad permanente de conflicto social con los intereses globales de los empresarios tendientes a maximizar los beneficios de sus actividad” (Romero, Derechos del Consumidor. Año 2003, pp. 209-215.)

El proyecto de ley 17348, que actualmente quiere reformar la Ley 7472, y que se encuentra aún en la corriente legislativa, pretende mejorar la protección al consumidor, la reducción de trámites y reforzar las normas de competencia como una expresión de los actuales procesos de integración en que participa nuestro país.

El proyecto trata de modificar el concepto de consumidor, integrando a éste al pequeño y mediano empresario, extiende la cobertura de la ley al uso mixto de los bienes y servicios, incorporar el instituto de la prescripción para dar mayor seguridad jurídica, modificar el régimen de responsabilidad acorde con la materia de los nuevos daños, que se fomenta a nivel internacional, implantar un régimen de carga probatoria dinámica e incorporar una regulación básica para las organizaciones de consumidores, ello como los cambios de mayor interés e importancia.

Respecto al régimen de responsabilidad que es lo que interesa a este estudio, el artículo 44 establece un régimen de responsabilidad a los proveedores

de bienes o servicios por hechos propios (responsabilidad extracontractual subjetiva o contractual) y ajenos (auxiliares, o dependientes) aún cuando no tenga con ellos una relación laboral (responsabilidad extracontractual subjetiva in vigilando o en eligiendo según el caso).

Los artículos 46 y 47 prevén el régimen de responsabilidad objetiva, extendiéndola al importador, distribuidor y en general a quien haya puesto su marca o distintivo comercial en el bien o servicio.

Elimina el mencionado artículo los perjuicios que resulten de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos, enfocándose únicamente en el riesgo del producto o servicio como tal, lo cual se considera es un error, pues tan solo contemplaría un ámbito de protección al consumidor dejando de lado la protección constitucional a una información veraz.

Por otro lado, extiende con su artículo 47 la responsabilidad objetiva a consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, e incluye el daño patrimonial y extra patrimonial, haciendo referencia al daño moral.

Y por último, establece la prescripción decenal para imputar la responsabilidad civil en general, ello según el artículo 48.

Sección Segunda: Comparación entre la Responsabilidad Civil Objetiva del artículo 1048 del Código Civil párrafo cuarto y quinto y el artículo 35 de la Ley 7472.

Los anteriores capítulos, tienen la finalidad de dar al lector una visión amplia sobre lo que es la responsabilidad civil y las formas que toma, producto de la evolución histórica, pues las actuales formas de responsabilidad y sus criterios de imputación son reflejo de las diversas necesidades de la época y que en la actualidad permiten al ordenamiento jurídico abarcar y dar respuesta a diversas situaciones que requieran del debido resarcimiento evitando lagunas jurídicas que pongan en peligro los derechos de una persona.

Por otro lado, se desarrolló una sección sobre el fundamento, los principios, el concepto y las partes del actual y reciente Derecho del Consumidor, ello para comprender mejor las figuras que éste resguarda y así poder realizar el análisis comparativo del artículo 35 de la ley 7472 con el párrafo 5 del artículo 1048 del Código Civil.

Sin embargo es de vital importancia, para realizar de manera completa, y eficaz una comparación, determinar las semejanzas y posteriormente las diferencias entre ambos artículos, esto pues es importante conocer los puntos de similitud, ya que son éstos los que pueden conllevar al error en el momento de decantarse por la aplicación de uno u otro.

El artículo 1048 del CC en su cuarto y quinto párrafo indica: "...Sin embargo no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial o el empresario de una construcción; y si no lo hubiere el dueño de ella, cuando su mandatario o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación

o construcción o cuando uno de sus obreros causa por su culpa la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.

Y si una persona muriere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada...”

El artículo 35 de la ley del consumidor reza: “El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño...”

Partiendo de las definiciones que cada artículo da, respecto a la forma de imputar el hecho para poder establecer una u otra forma de responsabilidad objetiva, vamos a establecer una serie de puntos de conexión o similitud entre cada uno:

*En ambos artículos a quien se le imputa el hecho será aquel que explote o sea dueño de una actividad industrial o comercial.

*La responsabilidad surge en ambos casos como reflejo del riesgo intrínseco de la propia actividad.

*Por otro lado, los dos artículos reflejan un principio proteccionista para aquel que tenga un menor poder dentro de la relación, en uno el consumidor y en el otro el afectado por lesiones o muerte de las máquinas motivadas. Lo anterior en

razón, que surgen como expresión de necesidades de la época liberal de generar una igualdad real entre las partes, pues al ser la parte que tiene el mayor poder económico quien explota una actividad comercial o industrial es esta quien conoce a profundidad la eficiencia y riesgos que esta conlleva y los asume en pro del bienestar económico futuro que puede adquirir.

*Otro de los acercamientos entre cada artículo se manifiesta en que el espíritu del legislador al promover estas formas de responsabilidad lo que busca es impedir accidentes, es decir, que exista mayor seguridad en los productos y servicios y que en caso que falle existan medios más idóneos para el pago de una indemnización o de un paliativo cuando corresponda.

*Además, como eximentes de la responsabilidad se mantienen la culpa de la víctima y la fuerza mayor; esto como límites de la responsabilidad y expresión de principio de la buena fe, así misma como una forma de evitar el abuso de derecho.

*Para ambos es indiferente si el responsable se ha conducido con diligencia, cuidado y ha desarrollado las actuaciones necesarias para que la explotación industrial o comercial se lleven a cabo de la mejor manera, pues se basa en los riesgos de la actividad y por lo tanto, la carga de la prueba se invierte.

Siguiendo esta línea, a pesar de que ambos artículos poseen ciertas similitudes, como indiqué supra, es de vital importancia resaltar en cuales puntos es que son totalmente distintos.

El artículo 35 de la Ley 7472, está orientado a resguardar siempre **relaciones de consumo**, es decir, se requiere que el afectado sea el consumidor del producto o servicio que se ofrece, sin embargo, el ámbito de protección no solo abarca al riesgo en el producto o servicio, sino que se extiende a la inadecuada o

insuficiente información sobre el producto, servicio, su utilización y los riesgos que conlleva.

Esto significa que lo anterior es una respuesta a la protección que da el legislador a dos aspectos fundamentales en las relación de consumo, los cuales son el derecho del consumidor a una información veraz y oportuna del producto o servicio que se está ofreciendo, y en relación al principio de protección de la parte más débil de la relación de consumo.

Lo anterior permite que como consumidores, exista una garantía que los artículos y servicios que el mercado ofrece, sean de calidad y haya un verdadero derecho de elección, pues al conocer precios, calidades y riesgos entre productos similares, como consumidor puedo determinar cuál es que se ajusta a mis necesidades.

La responsabilidad objetiva del derecho del consumidor, a su vez se diferencia del 1048 CC, pues es producto de un cuerpo normativo conformado por leyes de orden público y privado, que como en la sección primera de este capítulo se explicó, parte de la dicotomía entre ambos derechos, pues la Ley del Consumidor legitima la intervención estatal y al establecer que en caso de una laguna jurídica se debe recurrir en primera instancia a la Ley General de la Administración Pública y supletoriamente a la normativa civil y comercial.(art.70 Ley).

Además, mediante el artículo 35 de la LPCDEC, el ofendido puede obtener no solo una indemnización por daños físicos, muerte o daños patrimoniales, sino que puede, además, solicitar perjuicios y la compensación por daño moral; en tanto con el 1048, queda limitado a solicitar indemnización únicamente por lesiones o muerte.

Lo anterior pues es una forma de responsabilidad más amplia, ya que como lo he mencionado, no solo aplica por el riesgo que en sí mismo conlleva el servicio o producto, que si bien es cierto es de vital importancia, también contempla los posibles daños por una deficiente o nula información sobre las utilidades del producto o servicio o los riesgos que estos conllevan.

Además, como bien extiende el artículo 02 del reglamento de la Ley 7472, la legitimación activa del reclamo se amplía al concepto de cliente, pues éste se presenta en el caso de los servicios como un posible consumidor.

En este sentido el cliente, no es consumidor final porque aún no se concreta el contrato de bienes o servicios con el agente, pero es protegido por la ley en virtud de que está recibiendo información o propuestas del bien o servicio que el oferente tiene en el mercado.

En tanto la norma del 1048 CC, solo legitima la actuación del ofendido contra el responsable, el que explote o sea el dueño de una actividad industrial o quien explote medios de transportes.

En este sentido, considero que por Ley especial – el artículo 35 de la Ley 7472-, en relaciones de consumo por ser un régimen más amplio debe aplicarse sin excepción, al establecer un régimen de responsabilidad objetiva para las mismas.

Es nuestro criterio entonces, que para discernir entre la utilización de uno u otro artículo es necesario determinar el tipo de relación entre las partes, pues esto es lo que nos va indicar si se utiliza o no la ley especial.

Cabe destacar, que la Ley 7472 es muy reciente, nace en 1994, y dentro de sus reformas al contemplar el artículo 35, se dirige a resguardar con mayor amplitud situaciones que por definición, el artículo 1048 no podía abarcar, y

también en respuesta a las exigencias de un mundo globalizado, en el cual las necesidades básicas se han objetivizado en cuanto a las relaciones de consumo.

Antes de las reformas que dan como resultado a la Ley 7472, no existía una norma mediante la cual se pudieran accionar los mecanismos de indemnización para el consumidor, por lo cual al existir esa laguna legal, si el hecho lo permitía era normal la aplicación del artículo 1048 CC.

No obstante, con la creación de una ley especial, y siguiendo la jerarquía de las fuentes del derecho, al existir entre las partes una relación de consumo debe siempre aplicarse la Ley Especial, la cual tendrá sus bases en una protección constitucional, puede hacer referencia a tratados y convenios internacionales en las cuales Costa Rica sea parte, y posterior y supletoriamente buscar respuesta en leyes generales.

Es por lo anterior que la suscrita estima un yerro, aplicar a una relación de consumo el artículo 1048, pues aún y cuando se haga referencia al dueño o quien explote medios fabriles, automotores o industriales, si existe una relación de consumo requiere la protección de la ley especial, pues el ofendido ostenta una calidad subjetiva especial, que el 1048 CC no contempla dentro de sus criterios de aplicación.

Las calidades para la legitimación pasiva en el reclamo, que son las de dueño o explotador de centros fabriles, industriales o explotación de medios automotores, sí son abarcados por la Ley 7472, pues esta, dentro de las partes de una relación de consumo contempla, el proveedor, al comerciante y productor.

Lo anterior según lo establecido en el artículo 5 del Código de Comercio, se definen como comerciantes:

“Capítulo 1. De los comerciantes.

Artículo 5.- Son comerciantes:

- a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;
- b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;
- c) Las sociedades que se constituyan de conformidad con disposiciones de este Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen
- d) Las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de estas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica;
- y e) Las sociedades de centroamericanos que ejerzan el comercio en nuestro país.

(Reformado por Ley No. 4625 de 30 de julio de 1970).”

Y como actos de comercio a pesar de no tener una naturaleza unitaria, se deben entender aquellos como actos de comercio por naturaleza, los actos de comercio objetivos propiamente dichos, los de comercio por accesoriedad y los mixtos. (Mora, 2003, pp. 150-170)

Los primeros son aquellos actos que en razón de su **objeto** o en razón de los **sujetos** que lo realizan. Un acto por el objeto hace referencia a toda actividad industrial o de cambio. Un acto por el sujeto, hace referencia a los actos realizados por medio de una organización empresarial.

Los actos de comercio propiamente objetivos son aquellos en que son actos comerciales independientemente del modo de ser operados y de la calidad de los sujetos que lo realizan, el ejemplo es el de las sociedades comerciales, pues en estos casos serán actos de comercio los actos que realicen sin importar cuales sean.

Los actos de comercio por accesoriedad son actos civiles que accesoriamente forman parte de un acto comercial, por lo que para que se configure como un acto de comercio requiere que sea realizado por un comerciante y que se realice por medio de un contrato que orientarse a las necesidades del tráfico mercantil. Ejemplo un acto de fianza.

El acto mixto, es un acto por un lado civil y por otro comercial, por ejemplo una relación de consumo, pues para quien ofrece el producto o servicio es una relación comercial, pero para quien adquiere el producto o servicio es un acto civil.

En el caso específico, la ley de consumo tutela los actos mixtos, y dentro del concepto de consumidor al abarcar al comerciante contempla lo establecido por el Código de Comercio, que en nuestro ordenamiento jurídico es el cuerpo legal que define el concepto de comerciante.

Asimismo la doctrina establece como transacciones comerciales las de intermediación financiera, especulación e industria; por lo cual queda cabalmente confirmado, que el artículo 35 de la Ley de consumo abarca dichas actividades, con lo cual es menester del aplicador del derecho tomar en cuenta el tipo de relación entre las partes, es decir, si es o no de consumo, para de esta forma identificar la responsabilidad objetiva aplicable al caso concreto.

Capítulo Tercero: *Aplicación del artículo 35 de la Ley 7472 en la Jurisprudencia de Casación Penal*

Este capítulo tiene la finalidad de presentar la jurisprudencia más importante sobre la aplicación del artículo 35 de la Ley 7472, en las máximas instancias de Casación Penal de nuestro país, que son: Sala Tercera y el Tribunal de Casación Penal, que en la actualidad cuenta con cuatro sedes: San Ramón, Cartago, Santa Cruz y Goicoechea.

Después de una búsqueda exhaustiva de sentencias que analizaran el tema, solo se encontraron tres antecedentes sobre la responsabilidad objetiva del artículo 35 en la Ley 7472: dos resoluciones de Sala Tercera, una del dos mil siete que es la llamada sentencia de la “Masacre de Monteverde”, en la cual se condena al Banco Nacional y a la empresa de seguridad en virtud del servicio que prestan; y otra del 2005 que hace un análisis de responsabilidad civil en instituciones de educación privada.

Respecto al Tribunal de Casación Penal, en las sedes de San Ramón, Cartago y Santa Cruz no hay votos que apliquen el artículo 35 de la ley de consumidor, sino votos que hacen análisis sobre los diferentes criterios de imputación civil que hay en el país, haciendo una mención somera al artículo 35 y mencionando diversos votos ya dados sobre responsabilidad civil por el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea.

Es con el Tribunal de Casación Penal sede Goicoechea, que se encuentra un voto del año 2006, en el cual se hace un análisis de la responsabilidad del artículo 35 de la Ley del consumidor, sin embargo, dicho análisis, se realiza mediante un voto salvado y no se aplica por votación de mayoría.

Más adelante haré una referencia directa a cada uno de dichos votos, indicando, los números de sentencia y analizando cada uno de ellos.

Por ahora, es importante para introducir el tema y una mejor comprensión, contar con un resumen que trate sobre los alcances del derecho de resarcimiento de la víctima que contempla nuestro proceso penal y acotar un artículo de la Revista Judicial número 97 de este año, sobre el tema en investigación, que lleva a cabo el Ms. C. Yuri López Casal, pero desde el punto de vista de los delitos culposos provocados en virtud de un accidente de tránsito, pues respalda la posición esbozada por parte de esta investigación, en la sección segunda del capítulo segundo de esta investigación.

El derecho al resarcimiento en nuestro ordenamiento jurídico tiene orígenes constitucionales, es así como el artículo 41 de la Constitución política contempla que:

“Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la leyes.”

Desde el punto de vista procesal, en materia penal, los artículo del 37 al 41, 111 al 124, 263, 264, 308, 319, 323, 357, 359, 361, 368, 432 y 434 del CPP, y los artículos 33-35 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, establecen el derecho de la víctima para ejercer la Acción Civil Resarcitoria.

Nuestro sistema legal, permite entablar la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal como reflejo del llamado sistema de acumulación, propio de los sistemas continentales y mediante el cual es la propia víctima quien tiene el derecho de elegir la vía legal por la cual va obtener el resarcimiento de su pretensión; es decir, puede escoger entre la vía penal o la civil.

Por otro lado es la escuela clásica la que con respecto a la acción civil resarcitoria rige en nuestro país, y hace una división entre acción civil (tutela del interés privado) y penal (tutela del interés público o estatal), es decir, cada acción se manifiesta con total independencia (Sanabria, 2008, p. 29)

Es por lo anterior, que una de las **características** de la acción civil en Costa Rica es la **accesoriedad**, pues va ligada al proceso penal en sí, razón por la cual en caso de desestimación o sobreseimiento definitivo en la etapa intermedia el ejercicio de la acción civil se ve coartado. Sin embargo, es importante rescatar, que a pesar que en el juicio oral, la acción penal sea declarada con absolutoria, la acción civil puede ser declarada con lugar, pues acción penal y civil **no dependen de los mismos criterios de imputación**, pues su naturaleza es diferente.

Además, una vez alcanzada la etapa de juicio oral y público el tribunal tiene la **obligación de realizar un pronunciamiento** acerca de la acción civil resarcitoria, éste no puede bastarse en indicar que tan sólo por haber absolutoria en la acción penal se debe declarar sin lugar la acción civil resarcitoria, sobre este punto las resoluciones de casación han establecido que:

“ÚNICO.- [...] El reclamo es atendible. El fallo de mérito, en lo referente a la acción civil resarcitoria incoada , estableció: *“Por todo lo expuesto y con base en el Principio In Dubio Pro Reo y a las normas que rigen la prescripción de la acción penal, el Tribunal , por unanimidad, absuelve de toda pena y responsabilidad a M. de haber cometido un delito de lesiones graves y/o leves en perjuicio de D. Consecuentemente, se debe declarar sin lugar la acción civil resarcitoria incoada por la actora civil D. contra la demandada civil M.”* (Folio 219). Esta Cámara ha establecido la obligación que tienen los Juzgadores, de pronunciarse con respecto a las pretensiones civiles planteada en la acción civil resarcitoria, bien sea, acogéndolas o denegándolas, aunque se haya determinado en sentencia, que la acción penal se encontraba prescrita (ver entre otras, sentencias de esta Sala N° 2002-861 , de las 10:00 horas, del 30 de agosto de 2002 y N° 2005-1193 , de las 10:35 horas, del 21 de octubre de 2005). En el caso concreto, la llevada a juicio, acusada por la presunta comisión del delito de lesiones graves, sin embargo, como resultado del debate, se logró

determinar que los hechos debían ser correctamente calificados como un delito de lesiones leves. En consecuencia, por la altura procesal en que se encontraba la *litis* y dada la recalificación, el Tribunal constató la prescripción de la acción penal, criterio que no ha sido cuestionado por ninguna de las partes. Sin embargo, pese a existir un reclamo civil concreto de la parte ofendida, el Tribunal omitió todo pronunciamiento, aduciendo la absolutoria en sede penal por prescripción, criterio que esta Sala estima errado, de conformidad con los precedentes a que se ha hecho mención. La extinción de la acción penal no relevaba a los juzgadores de analizar, según los principios informadores de la responsabilidad civil extracontractual, de su obligación de analizar los hechos, la existencia de un daño resarcible y su eventual monto, de conformidad con la pretensión concreta deducida a lo largo del proceso por la actora civil. Al omitir ese pronunciamiento, se lesionó el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva y a que sus pretensiones fueran resueltas, las que válidamente ha sometido a conocimiento de las autoridades jurisdiccionales, al tenor de lo que dispone el artículo 41 de la Constitución Política. Así las cosas, lo procedente es acoger el motivo de casación, anulándose parcialmente la sentencia, únicamente en cuanto declaró sin lugar la acción civil resarcitoria. Se ordena el reenvío del expediente para una nueva sustanciación, únicamente sobre el punto acogido, debiéndose, con distinta integración, ventilar y decidir respecto a la acción civil resarcitoria planteada en este asunto, en el que quedan incólumes los hechos probados y el resto del fallo” (Voto 302-2010 de las quince horas con tres minutos del veintiuno de abril del dos mil diez de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia)

Respecto a los criterios de accesoriidad de la acción civil, el criterio de la jurisprudencia manifiesta:

“I. [...] Como tercer motivo se alega inobservancia de lo preceptuado por la ley sustantiva. Errónea aplicación de los artículos 30, 31, 41 y 128 del Código Penal e inobservancia del principio in dubio pro reo. De lo anterior se colige que no se recurrió la parte civil en ningún momento por la defensa técnica y que la frase contenida en la "petitoria final" no corresponde a una impugnación de los aspectos civiles, los que adquirieron firmeza. La pretensión de la defensa de aplicar un efecto extensivo de la anulación de la sentencia penal a la parte civil ha sido discutida en la doctrina (ver en ese sentido, LLOBET, Proceso Penal Comentado, 4ta edición, comentario artículo 443, p. 621) señalando algunos autores que procede este efecto cuando se anula la sentencia en lo penal, ya que al quedar sin efecto la decisión penal, debe quedarlo también la civil, de modo que no

puede haber sentencia civil antes que la penal. Empero esta tesis no ha sido la admitida por nuestra jurisprudencia de Casación, la que en reiteradas oportunidades y Tribunales de Casación ha resuelto sobre el particular, distinguiendo al igual que lo hace la ley - artículos 40 y 41 Código Procesal Penal- entre la acción civil y la penal, permitiendo que se mantenga el fallo civil no recurrido. En ese sentido, el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea en el voto 2003-0865 de las quince horas quince minutos del veintinueve de agosto del dos mil tres, indicó: *"Por otro lado, en lo correspondiente a la acción civil, aun cuando se presente en el proceso penal, deben seguir rigiendo principios dispositivos propios del Derecho Procesal Civil, los que tienen expresión importante en el régimen impugnatorio, de modo que si no se presenta un recurso en contra de una resolución en definitiva se consiente con respecto a lo resuelto en esta. Al respecto es plenamente aplicable lo establecido en el artículo 177 inciso b) del Código Procesal Penal, que indica que se produce la convalidación de un acto, cuando no es impugnado por las partes que tenían derecho de hacerlo. El principio de convalidación tiene completa aplicación en materia procesal civil, en donde se parte precisamente que la parte que no impugna un vicio consiente con respecto a éste (Cf. Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 391-392). Se agrega a ello que la misma legislación procesal civil no permite que funcione un efecto extensivo con respecto al recurso presentado por otro, disponiéndose además, en el artículo 608 del Código Procesal Civil, referente al recurso de casación, que la sentencia de casación no puede abrazar otros puntos que no sean los que hubieran sido objeto del recurso. Debe tenerse en cuenta en particular lo que la doctrina procesalista civil ha llamado el principio de personalidad de la impugnación".* (También ver Sala III, voto 1117- 2008 de diez de octubre de 2008). En igual sentido, esta Cámara en el voto 2007-00118 de las once horas del veintitrés de febrero de dos mil siete, haciendo eco de la doctrina y de la profusa jurisprudencia de la Sala Tercera y del Tribunal de Casación de Goicoechea, ha resuelto que debe existir un recurso expreso sobre los aspectos civiles y refiere: *"en lo relativo a la cuestión civil tramitada dentro del proceso penal rige el principio dispositivo, en virtud del cual, debido a la naturaleza privada y puramente patrimonial de los intereses en juego, el órgano de casación no podría entrar de oficio, sin recurso de la parte que podría estarse viendo afectada con lo resuelto por el Tribunal de Juicio, a ponderar la eventual incorrección que pudiera incorporar la decisión de mérito. Lo anterior significa, sin más, que independientemente de que se pudiera advertir algún defecto formal o sustancial que afecte lo civil, el órgano de casación sólo podría entrar a conocer dicho extremo cuando la parte interesada formule una queja directa y específica al respecto. Así las cosas, a*

partir del principio dispositivo al que se aludió, es exclusiva responsabilidad del sujeto procesal que se sienta o considere afectado con la decisión jurisdiccional de instancia, interponer el correspondiente reclamo, pues de no hacerlo (teniendo la opción y la facultad para ello) implicaría y se entendería que está aceptando dicha decisión adversa y perjudicial, es decir, se está conformando con la misma, lo que se estaría traduciendo en una disposición personal y legítima sobre su patrimonio".(El subrayado es del original). En razón de lo anterior no existen términos oscuros o ambiguos que deban ser aclarados, ni tampoco procede adicionar el contenido de la resolución de esta Cámara dado que no se ha omitido resolver algún punto controversial, en tanto se resolvieron los agravios planteados por la defensa, que como se reitera, los mismos corresponden a errores procesales contenidos en la parte penal del fallo impugnado. **B. Se declara inadmisibles el recurso de revocatoria incoado por la defensa.** La defensa solicita un reexamen de lo dispuesto por esta Cámara en el voto 2009-00310 de 21 de agosto de 2009, peticionando que se declare que la nulidad del fallo alcanza la parte penal y la civil. Señala el artículo 449 que procede el recurso de revocatoria solamente contra las providencias y los autos que resuelvan sin sustanciación un trámite del procedimiento, a fin de que el mismo tribunal que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. En el presente caso, el Tribunal resolvió previa audiencia a las partes de forma tal que el recurso resulta inadmisibles y no es dable un nuevo examen de los punto (Voto 497-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del ocho de diciembre de dos mil nueve del Tribunal de Casación Penal de San Ramón)”

Los criterios que rigen lo relativo a la acción civil son los correspondientes a la responsabilidad civil y no los relativos a la responsabilidad penal, ya que el concepto fundamental sobre el que gira la responsabilidad civil es la **existencia de un daño** (Llobet, 2009, p.160). La accesoriedad entonces tiene un carácter procesal más no sustantivo (Sanabria, 2008, p. 37).

El Tribunal de Casación Penal respecto a la independencia de la responsabilidad civil respecto del hecho ilícito ha indicado:

“(…) recuérdese que esta Sala ha considerado que la responsabilidad civil es independiente de la comisión de un ilícito. Así, por ejemplo, se ha establecido: “...La frase ‘cuando proceda’,

contenida en el párrafo tercero del artículo 40 del Código Procesal Penal debe necesariamente interpretarse en el sentido de que, a pesar de la absolutoria penal, el tribunal puede pronunciarse sobre la acción civil cuando subsistan otros supuestos normativos distintos al delito en los cuales pueda sustentarse ese deber de indemnizar. Es decir, cuando los hechos acreditados sean suficientes para demostrar la existencia de responsabilidad civil, sin necesidad de que la norma sustantiva que genera la obligación de indemnizar el daño proceda del Derecho Penal, y sin necesidad de que se demuestre la responsabilidad penal o administrativa de un funcionario público determinado. La anterior interpretación es la única posible a derivar de los principios de Economía Procesal e Interpretación Restrictiva, en consonancia con nuestro ordenamiento constitucional, con el único requisito de que debe concederse al demandado oportunidad de defensa...". (Voto 259-2010 de las nueve horas y veintidós minutos del veintitrés de abril de dos mil diez del Tribunal de Casación Penal)

Sanabria Rojas, considera que según el principio de justicia pronta y cumplida, que contiene el artículo 41 de la Constitución Política y el artículo 40 del CPP, aún y cuando la acción penal se extinga o concluya por cualquier motivo, los tribunales penales deberían continuar con la tramitación de la Acción Civil, pues si los jueces deben conocer sobre la materia civil para resolver no hay inconveniente alguno para que continúen con su trámite sin que remitan a la víctima a la vía meramente civil (Sanabria, 2008, p. 39-40)

Aunado a lo anterior, considero, que es de vital importancia el tema sobre la independencia con respecto a la prescripción de cada una de las acciones, pues a pesar que la penal prescribe es mi criterio que la civil al conservar la prescripción decenal, también permitiría a los jueces seguir conociendo los aspectos civiles. Sobre la independencia de la prescripción entre ambas acciones la jurisprudencia indica:

“Segundo Motivo: Fundamentación ilegítima de la condenatoria civil. Artículos 1, 37, 117, 142, 443 y 450 del Código Procesal Penal. Parte el recurrente de la circunstancia de que la condenatoria civil no podrá dictarse si el delito sobre el cual recae dicha condenatoria fue declarado prescrito. Asimismo, indica que al

momento de concretar las pretensiones civiles, solo se indicó reparación por el daño material y no por el moral, pese a ello, fue en la fase de juicio cuando la Oficina de Defensa Civil de la Víctima extendió sus pretensiones también al daño moral. En virtud de ello, considera que la acción civil fue incorrectamente declarada con lugar pues el delito que le dio origen fue declarado prescrito desde el inicio del debate y, por ende, debió considerarse que la legitimación activa de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima había concluido en relación con el delito de resistencia. En cuanto al daño moral, insiste, no debió considerarse procedente, ya que la ampliación a ese respecto se hizo en la fase de juicio y no en el momento procesal oportuno. Solicita se declare con lugar el motivo de casación, se le reste toda eficacia jurídica a la sentencia recurrida. **No puede concederse lo solicitado.** El criterio que expresa el impugnante se refiere a una vieja jurisprudencia de la Sala de Casación Penal del año 2001 que indicaba que la prescripción del delito abarcaba también la prescripción de la acción civil en una aplicación directa del artículo 871 del Código Civil, norma que indica: *"... Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito, se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden..."*. No obstante, la misma Sala Tercera cambió su criterio en el Voto 2003-685 de las quince horas del doce de agosto de dos mil tres. Allí estableció que *"...La prescripción, naturalmente, afecta a un derecho de fondo que es parte de un vínculo obligacional (en el caso que nos ocupa: el derecho de crédito surgido a raíz del daño producto de una conducta punible) y no solo a la posibilidad de ejercitar o materializar la acción ante un tribunal determinado –es más, esta puede ejercerse siempre, aunque con posterioridad se establezca la falta de derecho, o que se encuentra prescrito si se opuso la respectiva defensa-. Una vez que el vínculo obligacional prescribe, parece lógico suponer que esa condición ha de revestir ante todos los tribunales de la República, así como que el plazo es uno solo y no dos librados a la voluntad selectiva de una de las partes. Concluye la Sala, entonces, que el legislador de 1970 optó por eliminar toda excepción a las reglas ordinarias que sobre el extremo de extinguir las obligaciones existiese y reasumir las normas comunes (téngase en cuenta que los artículos aún vigentes del Código Penal de 1941 no se refieren a este tema concreto, sino a modos de establecer la responsabilidad); de manera que la accesoriedad de la acción resarcitoria (respecto a la penal) se restringe a cuestiones de forma ritual y, en particular, de oportunidad para su ejercicio y conocimiento, mas nunca al fondo de las obligaciones que se discuten. Por otra parte, es indudable que la principal excepción a las reglas ordinarias que, en materia de extinguir la responsabilidad civil por hecho delictivo, puede hallarse en nuestro ordenamiento, es la establecida en el artículo 871 que se comenta y aquí, de nuevo,*

admitir su vigencia contraría lo que el legislador ordenó por vía del artículo 96 del Código Penal. Vale acotar que este último cuerpo de normas no se ocupó de expresar ningún plazo específico para que prescriban las obligaciones que conforman la responsabilidad civil (uno que eventualmente –no en todos los casos- pueda trascender o superar al de la acción penal, según lo indica el artículo 96 y de allí que, incluso en el evento de que no se contase con las previsiones del 109, la única opción resultante es el plazo ordinario (decenal) que fija el artículo 868 del Código Civil. [...] XI- Algunas conclusiones de interés.-

A partir de los razonamientos expuestos, pueden extraerse las siguientes conclusiones generales que la Sala estima prudente señalar, a fin de evitar eventuales equívocos que pretendan sustentarse en lo que aquí se indicó: a) el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado por el 96 del Código Penal. b) No es posible ninguna condena a reparar daños y perjuicios, en materia de delitos, si no se ejerció **la acción civil resarcitoria (y salvo lo dispuesto en cuanto a la restitución y el comiso, según lo indica la ley).** c) **La acción penal y la civil derivada del hecho punible no prescriben de manera conjunta y poseen reglas diferentes: la primera se rige por las normas contenidas en el Código punitivo y en el Procesal Penal (que, valga aclarar, no derogó el citado artículo 96 ni se inmiscuyó en cuestiones relativas al derecho de fondo del damnificado) y la prescripción de la acción civil se remite a las normas ordinarias que establece el Código Civil.** d) **El término para que prescriba la “acción civil” a fin de reclamar las consecuencias civiles del hecho punible –con prescindencia del ilícito de que se trate y de la sede que se escoja, incluida la penal- es el ordinario fijado en el artículo 868 del Código Civil: DIEZ AÑOS, pues la causa excepcional que establecía el artículo 871 es precisamente la que se entiende derogada, con todos los efectos que ello apareja.** e) **Los actos que suspenden o interrumpen la “prescripción de la acción civil resarcitoria” no son los que contemplan las normas penales (ahora solo de carácter procesal, a partir del código de 1996), sino los que determina el Código Civil, en lo que resulten aplicables por su compatibilidad con el diseño del proceso penal, entre ellos los descritos en los artículos 879 y 880 de dicho cuerpo normas...”**

Así las cosas, la prescripción penal de la acción para perseguir el delito de lesiones no afecta la viabilidad y la legitimación de la Oficina de Defensa Civil de la Víctima para exigir reparación por los daños y perjuicios ocasionados por el ilícito, siempre que haya sido interpuesto en tiempo y forma” Subrayado y negrita no son del original. (Voto 384-2010 de las quince horas con diez minutos del doce de abril de dos mil diez de la Sala Tercera).

De manera general los sujetos de la acción civil resarcitoria son los actores civiles, que según el artículo 37 CPP son los herederos o legatarios, la sucesión, el damnificado y el beneficiario de pretensiones personales.

Dentro de los demandados civiles se hace mención al imputado y terceros civilmente responsables, los cuales se determinarán según los criterios de imputación expuestos en el CAPÍTULO primero de esta investigación, dentro de los cuales se puede mencionar al Estado, al dueño registral del vehículo que puede ser una persona física o jurídica y que el vehículo sea que sirva a fines comerciales, o personales (en los cuales se debe elegir según el caso concreto entre el artículo 1048 CC, 35 ley 7472 o la responsabilidad establecida en la ley de tránsito).

Es en este punto al formular la demanda civil y al imputar los hechos, que el abogado debe realizar un análisis técnico jurídico para determinar cuál de los criterios que ofrece nuestra legislación es el más adecuado para lograr el resarcimiento de su representado.

El anterior esbozo sobre la acción civil resarcitoria tiene como finalidad, solo de ubicar al lector un poco, en lo que concierne al tema del resarcimiento, pues este trabajo final de graduación, lo que intenta es que al analizar las sentencias de casación penal sobre responsabilidad civil objetiva de la ley del consumidor, el lector pueda comprender las razones por las cuales en el proceso penal se conocen los aspectos civiles ante un hecho punible.

Bien ahora lo que interesa, es dar a conocer los fallos de la Sala Tercera y el fallo del Tribunal de Casación Penal en el tema en concreto.

A pesar que la responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley 7472, ha existido desde el año 1994, no ha sido sino hasta el 2005, que la Sala Tercera por primera vez conoció un reclamo sobre la aplicación de esta forma de responsabilidad, ello en la resolución de 1117- 2005 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintinueve de setiembre de dos mil cinco.

En dicho fallo, se lleva a cabo un análisis sobre el dolo y la culpa en los aspectos civiles, se realiza un estudio de responsabilidad civil en general y se examina a su vez si una institución de educación privada puede considerarse un agente económico.

El caso fue resuelto con voto de mayoría y dice:

“XI. En los motivos primero y tercero del recurso por la forma, así como en el apartado primero del recurso por el fondo planteado por los licenciados Gilberto Corella Quesada y Carlos Sánchez Fernández, representantes de la sociedad demandada civil, se alega falta de fundamentación y violación al artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor. Estiman los recurrentes que el tribunal omitió señalar cuáles fueron las fallas en las condiciones de seguridad que debieron tomarse por parte de su representada para proteger a las menores de edad, sobre todo si se toma en cuenta que el imputado, según el criterio de los recurrentes, tomó las previsiones necesarias para no ser descubierto, lo cual estima que no se ajusta a la normativa por ellos señalada. **El reclamo no es atendible:** El principio general de la culpa es el centro del sistema de la responsabilidad civil. La denominada culpa aquiliana genera responsabilidad civil extracontractual, y engloba los conceptos de culpa y dolo, tal y como se observa en el artículo 1045 del Código Civil, cuya redacción data del año 1886: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo, junto con los perjuicios”. Se suele afirmar que el dolo implica “la directa intención de producir el daño, mientras que la culpa se da cuando, sin intención de causar un daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción u omisión propias” (VISINTINI, Giovanna, Tratado de Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 48). Frente a este concepto de responsabilidad por culpa, se han ido implementando desde inicios del siglo pasado una serie de

responsabilidades en donde se prescinde total o parcialmente del elemento de culpa, como todos aquellos casos de responsabilidad por hechos ajenos. En el año de 1906 se reformó el artículo 1048 del Código Civil, introduciendo algunos supuestos de responsabilidad donde se prescinde, total o parcialmente, del elemento de culpa, entendida en sentido amplio arriba indicado. Tal es el caso de la responsabilidad de los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o los casos de *culpa in eligendo* o de *culpa in vigilando*. En estos dos supuestos se exime de responsabilidad a los sujetos cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en vigilar. En el caso de la explotación de minas, fábricas, establecimientos industriales o construcciones, no puede beneficiarse con esa excepción –a saber, la actuación diligente-, quien realiza dicho tipo de actividades. En el caso de medios de transporte, la empresa explotadora sólo puede eximirse de responsabilidad si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. Todos estos casos descritos en el artículo 1048 del Código Civil, establecen grados de responsabilidad sin culpa, con diferentes atenuantes de responsabilidad según sea la actividad a que se refieran. Por otro lado, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un régimen de responsabilidad objetiva para la Administración que prescinde parcialmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) Fuerza Mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. La doctrina señala otros casos de responsabilidad en donde se prescinde total o parcialmente del concepto de culpa, como el caso de los accidentes de tránsito, los daños ocasionados por animales (VISINTINI, Giovanna, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 361). Esto significa que frente al concepto de responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad derivada de la culpa o el dolo, ha ido surgiendo, de diversas formas y con distintas regulaciones, la denominada responsabilidad civil sin culpa, o responsabilidad civil objetiva. Lo característico de este tipo de responsabilidad es que la eliminación del concepto de culpa puede ser total o parcial, en virtud de leyes especiales y respecto a actividades concretas, no pudiéndose afirmar que exista una única forma de responsabilidad objetiva (MORENO QUESADA, Bernardo -coordinador-, *Curso de Derecho Civil*, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 511 y 512). -coordinador-, *Curso de Derecho Civil*, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 522). La Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000 se aplica, según lo dispone su artículo 9, a todos los agentes económicos, excepto los concesionarios de servicios públicos y a los monopolios estatales. El artículo 2 de la

citada ley define el agente económico como: “toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios”. Es evidente que las instituciones de educación privada encuadran dentro de la amplia definición de agente económico trascrita, y por lo tanto, entran dentro del ámbito de aplicación de la citada ley. (En igual sentido: RIVERO, Juan Marcos, “La responsabilidad del Estado por el abuso sexual de los niños en los centros educativos”, REVISTA DE CIENCIAS PENALES No. 14, Diciembre de 1997). El artículo 35 de la misma, reformado mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, establece: “ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor”. Se trata de un caso evidente de la denominada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el presente caso, es necesario determinar la existencia de una relación de causalidad entre la mera prestación de un servicio, a saber, la prestación de servicios educativos privados, y los daños sufridos por las ofendidas. Si suprimiéramos hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, el resultado no se hubiera producido, de manera que en aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, podemos concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo. Esto significa que los daños fueron producidos, precisamente, con ocasión del servicio brindado. Ahora bien, en materia de derecho de los consumidores, una vez demostrada la existencia de un nexo causal entre la prestación de un servicio y el daño, resta analizar un elemento más. El artículo 35 de la ley arriba indicada, que regula la materia reza: “ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. **Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.** Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son

responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (La negrita es suplida). La frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", evidentemente significa que no estamos ante una prescendencia total, sino parcial del concepto de culpa. Este no es el único caso de responsabilidad objetiva en donde se prescinde de la culpa sólo en forma parcial. El artículo 1048 del Código Civil exime de culpa a los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o a las personas que encargan a otra el cumplimiento de uno o varios actos, cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en elegir o vigilar. También exime a las empresas explotadoras de medios de transporte si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero., sin embargo, hay que reconocer que no queda del todo claro qué significa ser "ajeno al daño". El artículo 71 de la misma ley establece una regla de supletoriedad, según la cual, "para lo imprevisto en esta Ley, regirá, supletoriamente, la Ley General de la Administración Pública". Esta regla no se refiere al procedimiento administrativo, ya que hay otra norma específica que también instaura la regla de supletoriedad en materia procesal, a saber, el artículo 56 párrafo final que reza: "para establecer la sanción correspondiente, la Comisión Nacional del Consumidor deberá respetar los principios del procedimiento administrativo...". El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un régimen de responsabilidad objetiva para la Administración, pero que no prescinde totalmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. Esto significa que la frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", contenida en el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, debe integrarse con el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que los agentes económicos que brinden servicios a los consumidores se liberan de responsabilidad civil en los tres supuestos allí establecidos, a saber: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. En esos tres supuestos debe considerarse que el agente económico que brinda un servicio es ajeno al daño. En el caso sometido a estudio la sociedad demandada no ha acreditado que haya fuerza mayor o actuación de un tercero ajeno a la institución, ni mucho menos culpa de las víctimas. Para los efectos de la condenatoria civil, resulta

irrelevante, por lo tanto, si hubo o no una actuación negligente de la institución. En aplicación del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000, lo determinante es el hecho objetivo de haber ofrecido la prestación de servicios a los consumidores, y que esa actividad haya concretado un resultado dañoso, como en efecto ocurrió en el caso sometido a examen. Por tratarse de responsabilidad objetiva (sin culpa), no es necesario demostrar la existencia de culpa o dolo al elegir o vigilar el personal; esto por parte de la institución educativa. Se ha demostrado la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, hecho objetivo que por sí solo genera responsabilidad civil en los términos de la ley comentada. Por esta razón, el reclamo se rechaza.

XII. En el segundo motivo por la forma, así como en el segundo apartado del recurso por el fondo, se alega violación al artículo 1048 del Código Civil. Estiman los recurrentes, que su representada no incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, toda vez que la directora de la institución cumplió a cabalidad todos sus deberes, tanto en la contratación del imputado, como en su vigilancia dentro de los límites de la diligencia de un buen padre de familia. El reclamo no es atendible: Al respecto, el Tribunal indicó: “Además, el artículo 32 no admite duda de que la responsabilidad indemnizatoria es procedente aun y cuando no exista ni se demuestre que hubo culpa (sea *in vigilando* o *in eligendo*). En estos términos, cualquier argumentación a favor de la empresa demandada para demostrar que no hubo culpa en la vigilancia de la niña ni en la elección del abusador como maestro o educador resulta innecesaria, pues para la acreditación de la responsabilidad de la sociedad basta y sobra la demostración de que M. sufrió un daño y que ese daño se lo causó un empleado de la escuela donde estudiaba la menor” (ver folio 630). Esto significa, que los Juzgadores emitieron la condena civil con base en la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, reformada mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, y no con base en el artículo 1048 del Código Civil, adicionado mediante Ley No. 14 del 6 de junio de 1902. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior, y en este caso la norma aplicada fue emitida cien años después de la reforma al Código Civil. Además, de lo anterior, la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor es una ley especial respecto a la norma general establecida en el Código Civil. Por esas razones la primera prevalece sobre la segunda, no siendo de recibo la pretensión de los recurrentes de resolver el caso con base en las regulaciones del Código Civil. Al ser aplicable la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, sólo se exige de responsabilidad a los agentes económicos por: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima

y c) hecho de un tercero, careciendo de relevancia la diligencia en la contratación o vigilancia del personal alegada por la sociedad recurrente. Por estas razones los reclamos deben rechazarse". (Voto 1117- 2005 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del veintinueve de setiembre de dos mil cinco de Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.)

En el fallo anterior se realiza un razonamiento mediante el cual se establecen las diferencias entre la aplicación del artículo 1048 CC en sus párrafos segundo y tercero y la aplicación del artículo 32 de la Ley 7472, que mediante la reforma del 2002, pasa a ser el artículo 35 de ese cuerpo legal.

De lo expuesto por los magistrados es importante destacar que lo que priva siempre en la decisión de aplicar el criterio de imputación objetiva de la ley del consumidor es **la relación de consumo**, que como se indicó en el capítulo segundo de este trabajo, debe ser uno de los criterios subjetivos principales, pues debe bastar con dilucidar que existe un agente económico, comerciante, proveedor o intermediario y un consumidor final del bien o servicio para aplicar la Ley Especial, que sin duda alguna permite alcanzar a la víctima configurar su derecho de resarcimiento.

En el caso concreto, se descarta una responsabilidad extracontractual subjetiva in eligendo o in vigilando, pues no basta con que el actuar del centro educativo sea diligente sino que al ofrecer el servicio, en este caso el de educación, la institución debe asumir los riesgos que conlleva.

Es la expresión de la teoría del riesgo, pues el legislador al establecer en la llamada Ley del Consumidor un régimen de responsabilidad independiente a la existencia de culpa, en la cual el proveedor, comerciante o productor deba asumir la responsabilidad del producto o servicio que ofrece, según los principios por los cuales se rige el derecho de consumo, se protege siempre a la parte más débil de

la relación, rompiendo entonces, con la igualdad que se presume en las relaciones contractuales privadas y sentando los ejes de responsabilidad sobre quien conoce el producto o servicio y puede prever el riesgo y las futuras complicaciones del mismo y quien además, está obteniendo un beneficio económico del mismo.

Es por lo anterior que se considera que el fallo, es correcto, pues da prevalencia a la relación de consumo lo cual es clave al momento de decidir qué criterio aplicar según el caso.

Sin embargo, con respecto a las excepciones para la aplicación de la responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley 7472, en que indica que al regirse supletoriamente por la LGAP deben entenderse que el hecho de tercero, la culpa de la víctima y fuerza mayor son también sus eximentes de responsabilidad.

En nuestra opinión es parcialmente cierto, sobre todo en lo que señala sobre la culpa de la víctima y la fuerza mayor; solo que sobre el hecho de tercero, nuestro criterio es que debe analizarse la situación en concreto, pues por ejemplo, en el caso de un robo o un accidente, estas son situaciones que principalmente acontecen en virtud de la actuación de un tercero que casi siempre es ajeno a la empresa oferente de bienes y servicios, pero entonces su actuación no limitaría el ámbito de aplicación del artículo 35, pues la empresa oferente es igualmente responsable de los hechos acaecidos y que perjudiquen a un cliente o consumidor y esto en **virtud del riesgo que asume al ofrecer un determinado servicio**.

Además, el reglamento de la misma ley en su artículo 02, prevé que sea contemplado dentro del ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor, a quien se esté informando o recibiendo propuestas de cualquier tipo para obtener los bienes o servicios.

Es por lo anterior, que debe analizarse con especial cuidado la excepción de hecho de un tercero, pues esta solo servirá como eximente si la actuación del tercero es incluso totalmente ajena al servicio que se ofrece o al bien, de lo contrario si el hecho de tercero está estrechamente ligado a la naturaleza del bien o servicio o no se hubiese dado si dicho servicio o producto no estuvieran en el mercado, éste límite para la responsabilidad del artículo 35 de la Ley del Consumidor, no es aplicable.

En un orden similar, el Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, en la sentencia 671-2006 de las nueve horas cinco minutos del siete de julio de dos mil siete, en un caso de Lesiones Culposas en el cual el Voto Salvado del juez Ronald Salazar Murillo, hace un análisis de la responsabilidad civil objetiva de la Ley 7472 en contra posición al artículo 1048 CC.

El reclamo del caso se centra en la acción civil resarcitoria, en cuanto se debería condenar a la Universidad Latina en tanto la entidad no selecciona bien a la empresa de seguridad, pues según el recurrente, media una responsabilidad in eligendo del artículo 1048 CC, pues el arma del guarda de seguridad de turno se acciona cuando el ofendido, quien era estudiante de la institución académica, iba saliendo del parqueo de la universidad y fue impactado por la bala ocasionándole lesiones.

Desde esta perspectiva las consideraciones del juez Salazar Murillo, es que se debía extender la responsabilidad a la Universidad Latina y no solo a la empresa de seguridad, pero no por la aplicación del artículo 1048 párrafo tercero, que aduce el recurrente, sino por aplicación de la Ley 7472.

Lo anterior se debe a que la institución académica al ofrecer servicios no solo académicos, sino de alimentación seguridad y demás prestaciones que ofrece la entidad, el estudiante en este caso se convierte en consumidor final, por lo que

media una relación de consumo y por lo tanto, el artículo 35 de la ley especial regiría.

De conformidad a lo expuesto se considera que lleva razón el voto salvado, pues a pesar que la empresa de seguridad es contratada por la Universidad Latina, esto se produce en virtud de la necesidad de la institución educativa de ofrecer a sus estudiantes un ambiente seguro en el que se puede desenvolver la actividad académica.

Entonces, al contratar el estudiante con la universidad sus servicios, se produce una relación de consumo y es en virtud de ese vínculo que el riesgo intrínseco que conlleva el ofrecer instalaciones seguras, el servicio académico, servicios de alimentación y demás para un buen desenvolvimiento de la educación en la institución, es que el centro educativo debe asumir el riesgo, que en diversos supuestos puede ir desde daños a personas o vehículos que se produzcan en el parqueo hasta el cuadro fáctico narrado en el caso recurrido.

Sin embargo, el voto de mayoría en este fallo, considera que el servicio contratado únicamente es el académico, excluyendo los servicios accesorios al principal, por lo que declaran sin lugar el recurso, pues concluyen que no cabe relación de consumo; lo cual no se considera correcto pues si bien es cierto la actividad principal es la formación académica, pero al contratar el usuario también contrata los servicios de seguridad, parqueo, alimentación y los que en la institución se brindan como mejoras al servicio principal, por lo que sí existe una relación de consumo.

Además, la conexión entre el servicio principal y el accesorio no excluye de responsabilidad, pues se configura lo que se conoce como una red contractual eficiente, que genera una responsabilidad solidaria entre quien ofrece el servicio principal como quien ha sido contratado para dar un servicio secundario. Así fue a

su vez el criterio emitido por la Sala Tercera en el Voto 1333-2007, que más adelante será analizado.

Entre tanto, el voto de mayoría del caso en cuestión, indica:

“El recurso de casación consta de dos motivos, uno por el forma y otro por el fondo, siendo que ambos alegatos combaten aspectos exclusivamente de fondo y se encuentran estrechamente relacionados, se conocerán y resolverán en forma conjunta. Se señala que a pesar de que el tribunal de instancia menciona el contrato existente entre la Universidad Latina de Costa Rica y la empresa de seguridad Falcón Empresarial, para quienes laboran los guardas que se encuentran en dicha Universidad y, además, alude al reglamento interno de esta, omite analizar en qué consisten y qué regulan dichas pruebas, esto frente a la responsabilidad extracontractual objetiva, reclamada por el actor civil, la cual, en su criterio, alcanza la mencionada Universidad en su carácter solidario, lo anterior conforme en el párrafo tercero del ordinal 1048 del Código Civil, normas vigentes del Código Penal de 1941 sobre Responsabilidad Civil y normas aplicables del Código Procesal Penal vigente. Se refiere que el fallo es omiso en cuanto al reclamo del actor civil con respecto a la reclamada responsabilidad civil extracontractual objetiva que se le atribuye a la Universidad, por culpa tanto en la escogencia como en la vigilancia de la empresa contratada por ella para desplegar una actividad riesgosa en su sede de Santa Cruz. Se aduce que la empresa de seguridad contratada para la seguridad de la Universidad Latina en Santa Cruz, Guanacaste, es una simple razón social, carente de los más mínimos requisitos para el desempeño de labores de seguridad privada, pues sus agentes no contaban con formación en seguridad, carentes de permisos para la portación de armas. El reclamo se declara sin lugar. Revisada la sentencia en su contenido propio de resolución de los extremos civiles, se llega a la conclusión que cuenta con una debida fundamentación y aplicación de disposiciones normativas de fondo. En efecto, tenemos que el aspecto de medular de determinación de la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de la Universidad Latina de Costa Rica, sede Santa Cruz, Guanacaste, radica en la contratación que hiciera de una empresa que le prestaba los servicios de vigilancia en su sede o centro de estudios de Santa Cruz. Esta relación contractual, conforme se dice en la sentencia, dirige a que la contratación del personal, su preparación en actividades de seguridad, así como la entrega y portación de armas, se realice en forma correcta, eficiente y conforme las regulaciones legales y reglamentarias existentes. Esta vigilancia no se llevó a cabo por la empresa "Falcón Seguridad empresarial, Investigación y Protección

S.A.", la cual resultó condenada civilmente por responsabilidad objetiva directa que se genera el artículo 1048 del Código civil. La exclusión en la condena civil de la citada Universidad se encuentra debidamente realizada conforme la norma señalada, pues quien debía realizar esta labor de vigilancia y correcto desempeño de los guardas, así como el cumplimiento de las normas de seguridad para el efectivo desempeño de sus labores lo era, sin lugar a dudas, la empresa "Falcón Seguridad empresarial, Investigación y Protección S.A." y no la Universidad Latina de Costa Rica. Es importante realizar un análisis que ni siquiera se alega en el recurso de casación, pero resulta de especial relevancia; dirigido hacia el artículo 35 de la Ley de Protección al Consumidor, que describe el régimen de responsabilidad. En este sentido se dice en dicho artículo lo siguiente; "El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos" (la negrita ha sido suplida).

En el presente caso, estamos ante un servicio ofrecido y contratado por el ofendido con la Universidad Latina de Costa Rica, sede Santa Cruz, el cual consiste en recibir educación universitaria que lo capacite para el ejercicio profesional de una profesión. Como se ve, éste fue el servicio contratado por el ofendido con la Universidad mencionada, lo que nada tiene que ver con el servicio de seguridad que presta la empresa "Falcón Seguridad empresarial, Investigación y Protección S.A." a la Universidad Latina de Costa Rica. Es evidente que la relación que mantiene el ofendido con el centro universitario, es estrictamente en el ámbito académico, respecto a la aplicación de la normativa de protección al consumidor. Por su parte, la empresa Falcón Seguridad resulta la responsable por la prestación del servicio de seguridad ante su contratante -la Universidad- y, por supuesto, de los daños y perjuicio que provoque a terceros -caso del ofendido-, conforme las reglas de responsabilidad objetiva que se recogen en el art. 1048 del Código Civil. Por ello, resulta adecuada la declaratoria sin lugar de la acción civil resarcitoria en contra de esta última." El subrayado no es del original. (Voto 671-2006 de las nueve horas cinco minutos del siete de julio de dos mil siete del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea)

El voto salvado reza:

"No he logrado un acuerdo con la mayoría del Tribunal sobre cómo ha de resolverse lo relativo a la acción civil resarcitoria, por lo que dejo plasmado mi criterio en los siguientes términos. La parte actora civil en

su recurso reclama que la Universidad Latina tiene responsabilidad objetiva por lo ocurrido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1048 del Código Civil, referente a la culpa in eligendo, en el tanto seleccionó para resguardar la vigilancia de la entidad y sus estudiantes a una compañía que no tiene personas diestras para realizar una actividad riesgosa como la de vigilancia y manejo de armas. El primer aspecto que ha de tenerse en cuenta es que el ofendido Arans Enrique Guevara Suárez al momento de los hechos era estudiante de la Universidad Latina y en ese tanto un usuario de los servicios de formación educativa que se brindaba en la sede de Santa Cruz, pudiendo entonces acceder a las instalaciones, llevar su vehículo y disfrutar de los diferentes servicios que esa entidad le otorga a sus estudiantes, en cuenta la seguridad personal, la cual se daba a través de una empresa denominada Falcón Seguridad Empresarial Investigación y Protección Sociedad Anónima, la cual fue contratada por la Universidad para ese fin. La Universidad Latina que es la co-demandada civil, adquiere la calidad de comerciante o empresa proveedora de servicios y el actor civil es un usuario de esos servicios. Esto armoniza con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley para la promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor (No.7472 de 26 de mayo del 2000), que en su artículo 1 define al consumidor como: *"Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o al artesano -en los términos definidos en el Reglamento de esta Ley- que adquiera productos terminados o insumos para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros."*

y define al Comerciante o proveedor como *"Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal."*

La citada ley establece deberes y obligaciones para el comerciante o proveedor de servicio para con sus clientes o usuarios, y en el artículo 35 refiere: *"Artículo 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los*

hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor." (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 32 al 35) De la lectura de la norma referida, se infiere que el proveedor de los servicios responde cuando media culpa o sin ella, si el consumidor resulta perjudicado por en razón del bien o el servicio recibido, siendo obvio que en este caso el actor civil se vio perjudicado por la prestación del servicio que le ofrecía la institución, el cual no se limita a dar el servicio de formación educativa, sino el acceso a sus instalaciones en condiciones de seguridad, puesto que ello también es valorado por el cliente al momento de requerir el servicio. Por tal razón, aunque la parte cita erróneamente el numeral 1048 del Código Civil, no es en dicha norma en donde se regula lo relativo al caso que nos ocupa, pero sí está contemplada la responsabilidad objetiva en la ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. El artículo 35 antes referido establece que sólo se exime de responsabilidad quien demuestre que ha sido ajeno al daño, no obstante en este caso, es nuevamente evidente que la Universidad no le brindó el servicio al actor civil en condiciones de seguridad necesarias puesto que una empresa que tiene en la seguridad falló y justo cuando salía de clases al estacionamiento fue impactado con un disparo de arma de funcionarios que la misma entidad ha autorizado a que permanezcan en sus instalaciones y utilicen armas, de manera que el daño producido es consecuencia directa de una deficiente prestación del servicio, entonces debe responder objetivamente por el hecho. Sobre este tema y en un caso similar la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al resolver un reclamo similar indicó:

"XI. En los motivos primero y tercero del recurso por la forma, así como en el apartado primero del recurso por el fondo planteado por los licenciados Gilberto Corella Quesada y Carlos Sánchez Fernández, representantes de la sociedad demandada civil, se alega falta de fundamentación y violación al artículo 32 de la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor. Estiman los recurrentes que el tribunal omitió señalar cuáles fueron las fallas en las condiciones de seguridad que debieron tomarse por parte de su representada para proteger a las menores de edad, sobre todo si se toma en cuenta que el imputado, según el criterio de los recurrentes, tomó las previsiones necesarias para no ser descubierto, lo cual estima que no se ajusta a la normativa por ellos señalada. El reclamo no es atendible: El principio general de la culpa es el centro del sistema de la responsabilidad civil. La denominada culpa aquiliana genera responsabilidad civil extracontractual, y engloba los conceptos

de culpa y dolo, tal y como se observa en el artículo 1045 del Código Civil, cuya redacción data del año 1886: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo, junto con los perjuicios". Se suele afirmar que el dolo implica "la directa intención de producir el daño, mientras que la culpa se da cuando, sin intención de causar un daño a otro, se omite el uso de la diligencia que habría consistido en calcular y evitar las consecuencias dañosas de una acción u omisión propias" (VISINTINI, Giovanna, Tratado de Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 48). Frente a este concepto de responsabilidad por culpa, se han ido implementando desde inicios del siglo pasado una serie de responsabilidades en donde se prescinde total o parcialmente del elemento de culpa, como todos aquellos casos de responsabilidad por hechos ajenos. En el año de 1906 se reformó el artículo 1048 del Código Civil, introduciendo algunos supuestos de responsabilidad donde se prescinde, total o parcialmente, del elemento de culpa, entendida en sentido amplio arriba indicado. Tal es el caso de la responsabilidad de los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o los casos de culpa in eligendo o de culpa in vigilando. En estos dos supuestos se exime de responsabilidad a los sujetos cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en vigilar. En el caso de la explotación de minas, fábricas, establecimientos industriales o construcciones, no puede beneficiarse con esa excepción -a saber, la actuación diligente-, quien realiza dicho tipo de actividades. En el caso de medios de transporte, la empresa explotadora sólo puede eximirse de responsabilidad si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. Todos estos casos descritos en el artículo 1048 del Código Civil, establecen grados de responsabilidad sin culpa, con diferentes atenuantes de responsabilidad según sea la actividad a que se refieran. Por otro lado, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un régimen de responsabilidad objetiva para la Administración que prescinde parcialmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) Fuerza Mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. La doctrina señala otros casos de responsabilidad en donde se prescinde total o parcialmente del concepto de culpa, como el caso de los accidentes de tránsito, los daños ocasionados por animales (VISINTINI, Giovanna, Tratado de Responsabilidad Civil, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 361). Esto significa que frente al concepto de responsabilidad civil subjetiva o responsabilidad derivada de la culpa o el dolo, ha ido surgiendo, de diversas formas y con distintas regulaciones, la denominada responsabilidad civil sin culpa, o responsabilidad civil objetiva. Lo característico de este tipo de

responsabilidad es que la eliminación del concepto de culpa puede ser total o parcial, en virtud de leyes especiales y respecto a actividades concretas, no pudiéndose afirmar que exista una única forma de responsabilidad objetiva (MORENO QUESADA, Bernardo -coordinador-, Curso de Derecho Civil, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 511 y 512). -coordinador-, Curso de Derecho Civil, Tirant lo blanch, Tomo II.2, Valencia, 1998, p. 522). La Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000 se aplica, según lo dispone su artículo 9, a todos los agentes económicos, excepto los concesionarios de servicios públicos y a los monopolios estatales. El artículo 2 de la citada ley define el agente económico como: "toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios". Es evidente que las instituciones de educación privada encuadran dentro de la amplia definición de agente económico trascrita, y por lo tanto, entran dentro del ámbito de aplicación de la citada ley. (En igual sentido: RIVERO, Juan Marcos, "La responsabilidad del Estado por el abuso sexual de los niños en los centros educativos", REVISTA DE CIENCIAS PENALES No. 14, diciembre de 1997). El artículo 35 de la misma, reformado mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, establece: "ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor". Se trata de un caso evidente de la denominada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el presente caso, es necesario determinar la existencia de una relación de causalidad entre la mera prestación de un servicio, a saber, la prestación de servicios educativos privados, y los daños sufridos por las ofendidas. Si suprimiéramos hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, el resultado no se hubiera producido, de manera que en aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non*, podemos concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo. Esto significa que los daños fueron producidos, precisamente, con ocasión del servicio brindado. Ahora

bien, en materia de derecho de los consumidores, una vez demostrada la existencia de un nexo causal entre la prestación de un servicio y el daño, resta analizar un elemento más. El artículo 35 de la ley arriba indicada, que regula la materia reza: "ARTÍCULO 35.- Régimen de responsabilidad. El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor" (La negrita es suplida). La frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", evidentemente significa que no estamos ante una prescindencia total, sino parcial del concepto de culpa. Este no es el único caso de responsabilidad objetiva en donde se prescinde de la culpa sólo en forma parcial. El artículo 1048 del Código Civil exime de culpa a los jefes de colegios o escuelas por los daños causados por sus discípulos menores de 15 años, o a las personas que encargan a otra el cumplimiento de uno o varios actos, cuando se demuestre que no hubieran podido evitar el resultado aún actuando con la debida diligencia en elegir o vigilar. También exime a las empresas explotadoras de medios de transporte si concurre la fuerza mayor o la culpa de la propia víctima. El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero., sin embargo, hay que reconocer que no queda del todo claro qué significa ser "ajeno al daño". El artículo 71 de la misma ley establece una regla de supletoriedad, según la cual, "para lo imprevisto en esta Ley, regirá, supletoriamente, la Ley General de la Administración Pública". Esta regla no se refiere al procedimiento administrativo, ya que hay otra norma específica que también instaura la regla de supletoriedad en materia procesal, a saber, el artículo 56 párrafo final que reza: "para establecer la sanción correspondiente, la Comisión Nacional del Consumidor deberá respetar los principios del procedimiento administrativo...". El artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública establece un régimen de responsabilidad objetiva para la Administración, pero que no prescinde totalmente del concepto de culpa aquiliana, ya que exime de responsabilidad a la administración en tres supuestos: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. Esto significa que la frase "sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño", contenida en el

artículo 35 de la Ley de de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, debe integrarse con el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública, en el sentido de que los agentes económicos que brinden servicios a los consumidores se liberan de responsabilidad civil en los tres supuestos allí establecidos, a saber: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero. En esos tres supuestos debe considerarse que el agente económico que brinda un servicio es ajeno al daño. En el caso sometido a estudio la sociedad demandada no ha acreditado que haya fuerza mayor o actuación de un tercero ajeno a la institución, ni mucho menos culpa de las víctimas. Para los efectos de la condenatoria civil, resulta irrelevante, por lo tanto, si hubo o no una actuación negligente de la institución. En aplicación del artículo 35 de la Ley de de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor No. 7472 del 26 de mayo de 2000, lo determinante es el hecho objetivo de haber ofrecido la prestación de servicios a los consumidores, y que esa actividad haya concretado un resultado dañoso, como en efecto ocurrió en el caso sometido a examen. Por tratarse de responsabilidad objetiva (sin culpa), no es necesario demostrar la existencia de culpa o dolo al elegir o vigilar el personal; esto por parte de la institución educativa. Se ha demostrado la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, hecho objetivo que por sí solo genera responsabilidad civil en los términos de la ley comentada. Por esta razón, el reclamo se rechaza.

XII. En el segundo motivo por la forma, así como en el segundo apartado del recurso por el fondo, se alega violación al artículo 1048 del Código Civil. Estiman los recurrentes, que su representada no incurrió en culpa in eligendo o in vigilando, toda vez que la directora de la institución cumplió a cabalidad todos sus deberes, tanto en la contratación del imputado, como en su vigilancia dentro de los límites de la diligencia de un buen padre de familia. El reclamo no es atendible: Al respecto, el Tribunal indicó: "Además, el artículo 32 no admite duda de que la responsabilidad indemnizatoria es procedente aun y cuando no exista ni se demuestre que hubo culpa (sea in vigilando o in eligendo). En estos términos, cualquier argumentación a favor de la empresa demandada para demostrar que no hubo culpa en la vigilancia de la niña ni en la elección del abusador como maestro o educador resulta innecesaria, pues para la acreditación de la responsabilidad de la sociedad basta y sobra la demostración de que M. sufrió un daño y que ese daño se lo causó un empleado de la escuela donde estudiaba la menor" (ver folio 630). Esto significa, que los Juzgadores emitieron la condena civil con base en la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, reformada mediante la ley de Contingencia Fiscal No. 8343 del 27 de diciembre de 2002, y no con base en el artículo 1048 del Código Civil,

adicionado mediante Ley No. 14 del 6 de junio de 1902. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior, y en este caso la norma aplicada fue emitida cien años después de la reforma al Código Civil. Además, de lo anterior, la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor es una ley especial respecto a la norma general establecida en el Código Civil. Por esas razones la primera prevalece sobre la segunda, no siendo de recibo la pretensión de los recurrentes de resolver el caso con base en las regulaciones del Código Civil. Al ser aplicable la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, sólo se exige de responsabilidad a los agentes económicos por: a) fuerza mayor, b) culpa de la víctima y c) hecho de un tercero, careciendo de relevancia la diligencia en la contratación o vigilancia del personal alegada por la sociedad recurrente. Por estas razones los reclamos deben rechazarse." (Sentencia 2005-01117 de las 16:25 horas del 29 de setiembre de 2005).

Lo dicho en el anterior pronunciamiento es plenamente aplicable al caso en discusión y en nuestro criterio la codemandada Universidad Latina de Costa Rica, sede de Santa Cruz Guanacaste, debe responder también por los daños y perjuicios ocasionados al ofendido, por lo que debe acojerse el motivo alegado y extender esa responsabilidad a las dos empresas demandadas." El subrayado no es del original. (Voto 671-2006 de las nueve horas cinco minutos del siete de julio de dos mil siete del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea)

En un sentido similar es de suma importancia destacar el voto 1333- 2007 de las diez horas quince minutos del dos de noviembre de dos mil siete de la Sala Tercera, esta resolución se basa en el llamado "Caso Masacre de Monte Verde", en el cual se condena al Banco Nacional y la empresa de Seguridad Comandos de Seguridad Delta mediante el artículo 35 de la ley del consumidor y por el concepto de la red contractualmente eficiente, mediante la cual se lleva a cabo una repartición solidaria de responsabilidad entre el Banco y la empresa de Seguridad, ello en virtud de lo estipulado en el artículo 02 y 35 de la Ley 7472.

Dicha sentencia fue recurrida, ya que el A-Quo comete un error al declarar que el Banco Nacional de Costa Rica, no tiene responsabilidad alguna por los hechos acaecidos, pues el asalto bancario lo realiza un tercero ajeno a la

institución y los servicios que presta, por lo que, a criterio del tribunal que resuelve, se configura una de las eximentes de la responsabilidad objetiva y además, porque la responsabilidad de la ley del consumidor no se configura en el tanto los servicios que ofrece la institución son la intermediación financiera y que su responsabilidad en la relación de consumo se manifiesta únicamente si hubiera surgido un hecho que cause daños o perjuicios de idéntica naturaleza a los servicios que presta el banco, es decir servicios de intermediación financiera.

De la posición expuesta por el A-Quo, la Sala Tercera estima que la interpretación es errada porque no se hace con base en los criterios de responsabilidad civil objetiva de la ley del consumidor y que los juzgadores olvidan analizar el nexo causal de esta forma de responsabilidad, que se basa en el riesgo y que a su vez está supeditada a la relación de consumo.

A su vez la Sala Tercera, recuerda que la ley de protección al consumidor nace no solo para proteger a un consumidor jurídico (quien contrata) sino para proteger principalmente al consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, pero potencialmente puede adquirirlo.

Es entonces que mediante el razonamiento de dicha cámara de casación penal, se considera que los servicios bancarios, en sí mismo conllevan un riesgo que no solo puede ser inherente a su actividad de intermediación financiera, sino que la actividad per se de las transacciones monetarias implican un peligro y con base en la responsabilidad objetiva debe cancelar los daños.

Este punto de vista, es el que se rescata y respalda lo dicho en el capítulo anterior en la sección segunda, cuando se indica que debe analizarse con detalle la eximente de hecho de tercero, pues esta no necesariamente es aplicable sólo porque la acción que causa el daño o perjuicio sea realizada por un agente totalmente externo a la institución oferente del bien o servicio, ya que si el hecho

está ligado a la naturaleza propia del producto o servicio no puede considerarse una excluyente de la responsabilidad objetiva.

Es decir, debe tomarse en cuenta si el hecho que está causando el daño se hubiera desarrollado de todas maneras aún y cuando el bien o servicio ofrecido no estuviera en el mercado, entonces nuestro criterio es que solo así el hecho de tercero puede considerarse una excluyente para la responsabilidad del 35, de lo contrario si el hecho punible no puede llevarse a cabo pues requiere de la oferta del producto o servicio entonces el excluyente es inaplicable.

Bajo esa misma tesitura, pero profundizando en la accesoriedad y necesidad del servicio de seguridad, en virtud de la actividad que ejerce el banco, se condena también a la empresa de seguridad, pues consideran los Magistrados que al concertarse el contrato entre el banco y Comandos de Seguridad Delta, el contratista “no solo debe proteger bienes y empleados de la institución, sino también a los usuarios, resultando evidente para la Sala una red contractual y como tal ambos entes responden como un todo por responsabilidad objetiva y de forma solidaria.”

Así mismo, la relación no solo entre consumidores finales del producto o servicio y la de quienes potencialmente pueden configurarse en tal calidad subjetiva, que realiza el voto, es también un punto importante traído a colación en la sección segunda del segundo capítulo, pues tal y como se rescata en la investigación, la Ley 7472 resguarda las potenciales relaciones contractuales de consumo, ya que en su artículo 02 amplía en el concepto de consumidor a quien se está informando u obteniendo propuestas para ello.

Ello busca proteger no solo a la parte más débil de la posible relación contractual, sino que permite ampliar la responsabilidad del oferente a ser él quien

atrae al cliente para que éste se decida en aprovechar los beneficios que su servicio o producto signifiquen.

En los considerandos que interesan la sentencia indica:

“Sobre la responsabilidad civil del Banco Nacional de Costa Rica. [...] De previo a ingresar a su análisis, interesa hacer algunas consideraciones en torno a los derechos y defensa de los consumidores, así como del régimen de responsabilidad aplicable. En este orden de ideas, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: *“El descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los medios de comunicación, la ampliación y liberación de mercados, la aparición de nuevos métodos de ventas, la contratación masiva, las nuevas modalidades de contratación, entre otros factores, han provocado cambios sustanciales en el mercado. Los mercados locales de escasas dimensiones han desaparecido para dar cabida a un mercado de masas, en donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano, mediante diversificación de productos y manipulación de la información, al consumo en una forma indiscriminada e irracional, situación que produce verdaderas situaciones de superioridad de aquéllos frente a éstos, que conducen a un abuso en su situación para el logro de sus fines. Al respecto la Sala Constitucional ha dicho: ‘Il...es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal y su participación en este proceso, no responde a razones técnicas ni profesionales, sino en la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación, en esa secuencia comercial es de inferioridad y requiere de una especial protección frente a los proveedores de los bienes y servicios, a los efectos que de previo a externar su consentimiento contractual cuente con todos los elementos de juicio necesarios, que le permitan expresarlo con toda libertad y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos. Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la*

homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia...' (Voto N° 1441-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 15:45 hrs. del 2 de junio de 1992). Ante esta situación de desequilibrio en las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores o usuarios, los instrumentos jurídicos tradicionales resultan poco satisfactorios para proteger los intereses de los consumidores, por lo que el legislador, para evitar o al menos paliar en la medida de lo posible esa situación desventajosa del ciudadano-consumidor, ha creado diversos sistemas jurídicos de defensa tratando de encontrar un justo equilibrio entre los intereses recíprocos de consumidores y productores, supliendo así, en cierto modo, determinadas deficiencias funcionales del mercado en el orden de la economía. En ese orden de ideas, mediante Ley No. 7607 de 29 de mayo de 1996 se reformó el artículo 46 de la Constitución Política, introduciéndose en él un nuevo derecho económico justo al lado de la libertad de empresa y como delimitador de esta: la protección del consumidor. (...) Como desarrollo de este nuevo derecho económico y en cumplimiento de éste mandato constitucional, tenemos la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, publicada en La Gaceta N° 14 del 19 de enero de 1995, que contiene una serie de derechos sustanciales y procesales a favor de los consumidores y usuarios. Señala el artículo 29 de dicha normativa: "Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: a)- La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente. b)- La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. (...) f)- Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda. (...) Entre estos derechos, y en lo que importa para resolver el presente asunto, interesa destacar los derechos de los consumidores o usuarios a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, seguridad y medio ambiente, y a la reparación del daño producidos por la lesión de estos bienes jurídicos (incisos a y f). Para la tutela efectiva de estos derechos, el legislador adoptó un sistema de responsabilidad objetiva, con el claro interés de evitar que por dificultades probatorias prácticamente insalvables puedan quedar desamparadas las víctimas de las actividades empresariales de fabricación y comercio, actividades per se generadoras de riesgos para la integridad física o el patrimonio ajeno:

“El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos. Solo se libera quien demuestra que ha sido ajeno al daño. Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o, en su caso, lo encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor” (Artículo 32, Ley N° 7472 citada. La negrita no es del original). VII.-

La responsabilidad objetiva, ha dicho esta Sala: ‘Es el resultado de una revisión del instituto de la responsabilidad que vino a ser necesaria cuando se tomó conciencia que el molde de la culpa era estrecho para contener las aspiraciones de justicia que clamaban en un mundo cada vez más complejo. Exigencias de la realidad, la multiplicación de los peligros y daños propios de la vida moderna, justificaron que en determinadas situaciones la responsabilidad fuese tratada como un crédito de la víctima que el demandado debía desvirtuar. La teoría del riesgo, según la cual quien ejerce o se aprovecha de una actividad con elementos potencialmente peligrosos para los demás, debe también soportar sus inconveniencias, permeó la mayor parte de las legislaciones y en el caso de Costa Rica origina el párrafo V de comentario. Esta teoría es también denominada del daño creado, cuyo paradigma de imputación, según lo refiere el Profesor Alterini, ‘...estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo...ella, agrega,...’ prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cual hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de los elementos tradicionales...’ (Alterini, Atilio. Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, III Edic., Buenos Aires, 1987, pág 106). Consecuentemente, la fuente de la obligación, en la responsabilidad objetiva, no es la culpa, la negligencia, etc., del agente. Por eso para desvirtuar la responsabilidad ninguna importancia tiene que éste logre demostrar que no fue imprudente, negligente o inexperto’ (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 61, de las 14:50 horas del 19 de junio de 1997). (...) En la responsabilidad objetiva o por riesgo creado “... se prescinde del elemento culpa como criterio de imputación, enfocándose en una conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la

mera tenencia de un objeto de peligro. El elemento de imputación de esta responsabilidad es el riesgo creado, o la conducta creadora de riesgo. Por ello, se afirma, la noción de riesgo sustituye los conceptos de culpa y antijuricidad...” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia No. 376 de las 14:40 horas del 9 de julio de 1999). En ella se parte de la hipótesis de que la fuente de obligaciones es el uso lícito de cosas peligrosas, que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirve de ellas, a reparar el daño causado. Tres son los elementos que conforman éste tipo de responsabilidad, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño. Resumiendo “...en la responsabilidad civil objetiva debe existir un nexo causal entre la actividad riesgosa puesta en marcha por el agente y el daño ocasionado” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 354 de las 10 horas del 14 de diciembre de 1990). Desde el punto de vista práctico -dice el jurista costarricense Víctor Pérez Vargas- “...la responsabilidad objetiva se resume en una ventaja a favor del lesionado que significa una parcial inversión la (sic) de la prueba, en el sentido de que esta queda exonerado de la carga de probar la culpa (culpa o dolo) del causante del daño y vano sería el se intenta de éste de probar su falta de culpa...” (Pérez Vargas, Víctor, Derecho Privado, I Edición, Editorial Publitex, San José, Costa Rica, 1988, pág. 417). Sea, le corresponde a la persona o empresa a quien se le atribuye la responsabilidad, demostrar que los daños se produjeron por fuerza mayor o por culpa de la víctima (doctrina que informa los numerales 32 párrafo segundo de la Ley No.7472 y el 1048 párrafo quinto del Código Civil) ” (Resolución número 646-F-2001 de las 16 horas 45 minutos del 22 de agosto de 2001).- Al amparo de lo expuesto, es importante precisar cuáles son los alcances del servicio que brinda el Banco Nacional de Costa Rica, para determinar el régimen de responsabilidad civil que corresponde aplicar en el presente caso. En esta misma operación intelectual el Tribunal de mérito estimó lo siguiente: “... En ese orden de cosas, este órgano sentenciador considera que en el caso de estudio, tal y como fuese alegado por la representación judicial del ente demandado, los daños sufridos por los actores civiles no derivan de los servicios de intermediación financiera ofrecidos por el Banco Nacional de Costa Rica a sus clientes o usuarios. Precisamente, el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor preceptúa: ‘El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.- Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.- Los representantes legales de los establecimientos

mercantiles o, en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda, por las violaciones a esta Ley en perjuicio del consumidor. (Así modificada su numeración por el artículo 80 de la ley N° 8343 de 27 de diciembre del 2002, Ley de Contingencia Fiscal, que lo pasó del 32 al 35).-

*De acuerdo con la disposición legal transcrita, y ajustando su alcance al caso concreto, la responsabilidad del Banco Nacional de Costa Rica se encontraría comprometida si los actores civiles hubiesen resultado perjudicados en los siguientes supuestos: **a-**) Por razón del servicio de intermediación financiera por él ofrecidos. En efecto debemos recordar que el 'actual nivel de desarrollo de la banca permite distinguir diversos tipos de bancos, individualizados generalmente por su especialidad o su función. Bancos hay de depósito, de fomento, agrícolas y ganaderos, populares, de redescuento, etc. Todos ellos, califíquense o no así por sus razones sociales y en cuanto desarrollen profesionalmente la función de intermediarios financieros, pueden denominarse y de hecho se califican como 'entidades o instituciones bancarias.' (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Su significación en América Latina. Bogotá, Biblioteca Felaban, Cuarta Edición, 1990, p. 3). A la postre, en sus conclusiones el Licenciado Andrés Pérez González fue claro al indicar que de acuerdo con la página Web del Banco Nacional de Costa Rica su función es la de brindar servicios financieros a sus clientes. En otros términos, la responsabilidad patrimonial del banco demandado como consecuencia de su condición de comerciante o proveedor se vería comprometida si los actores civiles hubiesen resultado perjudicados como consecuencia directa del servicio de intermediación financiera por él ofrecido. En el caso de estudio, es evidente que ello no ha ocurrido. **b-**) Por razón de información inadecuada o insuficiente con respecto al servicio de intermediación financiera brindada. Desde nuestra perspectiva, en el caso de estudio, en razón de las circunstancias fácticas generadoras de los daños reclamados, puede afirmarse sin temor a equívocos que los actores civiles no sufrieron menoscabo alguno en razón de informaciones inadecuadas o insuficientes por parte del Banco Nacional de Costa Rica con respecto a sus servicios de intermediación financiera. **c-**) Por razón de información inadecuada o insuficiente sobre la utilización o riesgos derivados de sus servicios de intermediación financiera. A la postre, hemos de indicar que a ninguno de los actores civiles se le ha causado un daño por parte del Banco Nacional de Costa Rica como consecuencia de falta de información con respecto a la utilización de los servicios de intermediación financiera a ellos ofrecidos por la*

entidad bancaria demandada. Con fundamento en las anteriores consideraciones, este Tribunal llega al convencimiento de que en el caso de estudio no puede considerarse que estemos en uno de los supuestos contemplados por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor como generador de responsabilidad civil para el comerciante o el proveedor. Ello es así, por cuanto como hemos tenido por demostrado los daños que pretenden los actores civiles les sean resarcidos derivan de la actuación de un tercero sin vinculación orgánica con el banco demandado, ni vinculación jurídica alguna con el servicio de intermediación financiera ofrecido por la entidad bancaria. Desde nuestra perspectiva, en el caso concreto estamos en uno de los casos de exclusión de responsabilidad contemplados por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En efecto, el artículo 35 ya citado, en su párrafo segundo, dispone que 'sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño'. En concordancia con esa disposición, consideramos que en el caso concreto el Banco Nacional de Costa Rica es ajeno al daño que se causó por Erlin Hurtado Martínez a los actores civiles. Sin lugar a dudas, como hemos dicho la comisión de un asalto por parte de un tercero sin ligamen alguno con los servicios ofrecidos por el comerciante o proveedor rompe el nexo causal entre la actividad y el daño causado. Dicho lo anterior, hemos de determinar si en el caso de estudio la responsabilidad del Banco Nacional de Costa Rica ya no deriva del servicio mismo sino de las faltas que se le han imputado por parte de los actores civiles en sus respectivas conclusiones..." (Ver folios 1956-1957). Contrario a esta posición expuesta en sentencia del a-quo, esta Sala, concuerda con los recurrentes, en que el Tribunal realizó una incorrecta aplicación e interpretación de la "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor" por estimar que los daños causados no se dieron en razón del servicio brindado por la entidad bancaria, y que su origen deriva de la acción de un tercero sin vinculación orgánica con el Banco. Tal interpretación, obedece a una errónea equiparación de la causalidad penal (que busca definir cuál es la causa eficiente del delito), con el examen del nexo causal surgido entre el delito y los daños y perjuicios provocados, propio del derecho civil. Sobre el primer punto, según se desprende de los hechos que el Tribunal tuvo por demostrados, la responsabilidad penal producto de los homicidios calificados perpetrados, le fue atribuida al imputado Erlyn Hurtado Martínez, e inclusive, la responsabilidad civil subjetiva coincide en la misma persona. No obstante, para determinar la posibilidad de dictaminar una posible responsabilidad objetiva, la fórmula a aplicar trasciende más allá del análisis subjetivo o individual, siendo que el nexo causal se determina al analizar si los daños y perjuicios producto del ilícito se encuentran

enmarcados dentro de la esfera objetiva de una relación de consumo, uso o disfrute de determinado bien o servicio, sin que esto descarte la posibilidad de que tal responsabilidad pueda coincidir o bien diferir del sujeto sobre el que recae la responsabilidad penal. En tal sentido esta Sala ha indicado: *“Se trata de un caso evidente de la denominada responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. En el presente caso, es necesario determinar la existencia de una relación de causalidad entre la mera prestación de un servicio, a saber, la prestación de servicios educativos privados, y los daños sufridos por las ofendidas. Si suprimiéramos hipotéticamente la prestación del servicio a las víctimas, el resultado no se hubiera producido, de manera que en aplicación de la teoría de la conditio sine qua non, podemos concluir que hay una relación de causalidad entre esa prestación y el resultado lesivo. Esto significa que los daños fueron producidos, precisamente, con ocasión del servicio brindado”.* (Sala Tercera. Voto 2005-1117, de las 16:25 horas del 29 de setiembre de 2005). Ante tal perspectiva, sobre el caso concreto cabe preguntarse, qué hacían las personas que se encontraban el día del altercado en la Sucursal del Banco Nacional ubicada en Monteverde, sino en espera de recibir un servicio (cualquiera que este sea), en dichas instalaciones. Es indiferente determinar si ya había sido atendido, si lo estaba siendo, o lo iba a ser, al momento de ser atacados, o bien la naturaleza del acto que se fuera a realizar (financiero, informativo, estadístico, económico), pues contrario, a lo expresado por el a quo, la especialización de la institución en determinada área, no descarta su naturaleza bancaria en general. Al respecto la Sala Primera recientemente ha indicado que: *“... En criterio de esta Sala, el simple hecho de no adquirir un producto, o requerir un servicio, no es un motivo jurídicamente aceptable para eximir de responsabilidad al productor, proveedor o comerciante, en aquellos supuestos en donde el usuario resulte lesionado en razón del bien o servicio recibido. El término ‘consumidor’, referido a la situación jurídica del actor cuando ingresó al supermercado, corresponde a un concepto más amplio que el de comprador. En concordancia con el parámetro constitucional, consumidor, debe entenderse en un planteamiento expansivo respecto al ámbito de aplicación de las personas que requieran de una especial protección en esta materia. No se supedita a un ‘contrato de consumo’, porque significaría aplicarla de forma restringida y limitada a aquella persona que compra, o que contrata. La posición del derecho moderno, según este Órgano decidor, es que se le conciba como cliente, entendido a quien participa en las actividades comerciales en la posición de potencial adquirente -y no comprador efectivo-, de bienes y servicios con el titular de la oferta. Dependiendo de la etapa del proceso, se puede distinguir entre contratante y cliente. El primero, se denomina consumidor jurídico. Adquiere un bien o servicio*

mediante una relación jurídica típica, como por ejemplo, la compra. El segundo es el consumidor material, quien no contrata el bien o servicio, puede potencialmente adquirirlo o utilizarlo. Este último es el centro de protección jurídica en el ámbito de la seguridad de los consumidores. Así, las necesidades específicas de amparo al señor Erick Streber Umaña, se originan en su condición de usuario de un parqueo que se ofrece como parte de los servicios del supermercado, para sus clientes, al margen de que haya comprado o no. En la especie se han demostrado, como ya se dijo, los caracteres necesarios para imputar esa responsabilidad, es decir, se utilizó un medio creador de peligro o riesgo que es parte de la estructura económica de la demandada -estacionamiento del supermercado Hiper más en San Sebastián-; se generó un daño que se determina con la lesión que sufrió la esfera jurídica del actor -despojo o pérdida del vehículo placas 370365 de su propiedad-; y la relación causa efecto entre el hecho y el daño -sustracción o robo del automotor en el aparcamiento del CSU-. En definitiva, aquella lesión fue producto del robo del bien que se encontraba en el parqueo del supermercado Hiper más en San Sebastián...” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto: 000295-F-2007 de las 10:45 horas del 26 de abril de 2007). En este orden de ideas, se tiene por demostrado que las personas que ese día acudieron a dicha institución, fue en calidad de “usuario” o “consumidor” de los servicios bancarios que son ofrecidos en la Sucursal del Banco Nacional de Costa Rica ubicado en Monteverde de Puntarenas, en cuyo lugar, conforme a la política institucional de dicho ente, se brinda el servicio de seguridad a todo aquel que ingrese a sus instalaciones a realizar cualquier gestión, en razón del alto riesgo que significa una actividad comercial de naturaleza monetaria, aún más, partiendo del supuesto que la institución no contara con tales mecanismos de seguridad, su obligación de responder por lo ocurrido dentro de sus instalaciones es inminente desde que asume la realización de una actividad comercial bancaria destinada al servicio del público en general, sin importar si su naturaleza es pública o privada. Partiendo de la anterior premisa, en uso de la lógica y la razón, debe entenderse que si en dicho lugar no se ofrecieran servicios bancarios (de cualquier naturaleza), no habría razón para que existan personas ajenas a la empresa en tales instalaciones, sin embargo, en el caso concreto, aún entendiendo que la acción delictiva fue producto de un tercero ajeno al ente financiero, no concurre la excepción de responsabilidad contemplada en el párrafo segundo del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que expresa: “...Sólo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño”, pues no necesariamente el atribuir la acción delictiva a un sujeto distinto al comerciante, excluye que éste último sea responsable civilmente, ya

que lo importante es determinar si el daño es producido dentro de la esfera del servicio que se brinda. En un análisis comparativo del presente caso, con la posición plasmada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el fallo anteriormente citado, se observa que a criterio de dicha autoridad judicial, el hecho delictivo realizado por un antisocial sin relación alguna con el Supermercado demandado, no descarta la responsabilidad civil objetiva del último por los daños producidos, en razón de haber ocurrido dentro de la esfera del servicio que se brinda al usuario, sin necesidad de contemplar si el cliente concretó alguna compra, o bien si el servicio de parqueo vehicular entra dentro de la naturaleza comercial de un supermercado. Propiamente se señala: “... *La objeción planteada por la recurrente de que en esa zona no se brinda el servicio de custodia de vehículos, que no es un parqueo público ni tampoco se alquilan espacios físicos, no es procedente, al contravenir los artículos 46 de la Constitución Política y 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. De la relación de estos preceptos, nace el principio rector que establece un régimen objetivo de responsabilidad en las relaciones de consumo, las cuales a su vez, corresponden a un régimen especial. Lo tocante a la naturaleza del parqueo, no excluye su ámbito de aplicación, por cuanto ese servicio forma parte unitaria de la estructura económica y logística del establecimiento comercial que originó su uso... Existe responsabilidad del titular del comercio que ofrece el estacionamiento a sus clientes, potenciales consumidores, pese a las advertencias que pudiera haber puesto en sentido contrario. La tesis de que su uso es gratuito y además, corresponde a un servicio independiente de la venta de los productos que se ofrecen en el supermercado, contraviene los principios protectores del consumidor y usuario... Esta prestación accesoria, configura un deber de protección del comerciante, que le crea una obligación frente a quienes aparquen en ese lugar. Es decir, está obligado a guardar, custodiar y restituir el vehículo (artículos 698 y 1349 del Código Civil), como derivación propia de la responsabilidad objetiva impuesta por la ley. En armonía con lo que se ha indicado, resulta intrascendente que el actor hiciera o no una compra efectiva en el supermercado, de ahí que no se den las infracciones acusadas, por lo que el reproche habrá de desestimarse...*” (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto: 000295-F-2007 de las 10:45 horas del 26 de abril de 2007). De igual manera, en el caso de marras, el delito es cometido por un sujeto sin ningún vínculo con el Banco Nacional, no obstante, la relación de este último con el daño es innegable, en razón del servicio que brinda a sus usuarios, incluyendo entre estos, el servicio de seguridad, cuyo análisis será retomado en el siguiente considerando. En consecuencia se declara con lugar el presente motivo, se anula parcialmente la sentencia, únicamente en lo

concerniente a la responsabilidad civil del Banco Nacional de Costa Rica. En aplicación del artículo 35 de la Ley 7472 de Promoción de la Competencia y la Defensa Efectiva del Consumidor, se condena civilmente al Banco Nacional de Costa Rica, con base en la responsabilidad objetiva que le atañe, a pagar los daños y perjuicios debidamente determinados en la sentencia a favor de aquellos cuyas acciones civiles fueron acogidas, razón por la que se omite realizar el juicio de reenvío correspondiente. Se omite pronunciamiento expreso sobre los demás motivos específicos tendientes a demostrar la responsabilidad de la entidad bancaria, o evidenciar los yerros intelectivos valorativos de la sentencia, en lo referente al punto en cuestión por considerarse innecesarios.

Sobre la responsabilidad civil de la empresa “Comando de seguridad Delta” [...] Sobre el tema en cuestión, esta Sala considera que, efectivamente la empresa “Comandos de Seguridad Delta S.A.” es responsable civilmente pero por motivos distintos a los que alegan las partes recurrentes, sin embargo, el Licenciado Torrealba Navas no se equivoca, al resaltar la causa efectiva de responsabilidad de dicha empresa, afirmando que esta es parte integral dentro de los entes encargados de rendir el servicio que se brinda en la institución bancaria. Doctrinalmente se establece: “...las redes contractuales económicamente eficientes se tratan de fenómenos que no pueden ser considerados como simples relaciones contractuales obligatorias, ya que su densidad es tal que la red se presenta frente a terceros como una unidad...En estos casos resulta evidente que es necesario introducir el principio de la responsabilidad de toda red contractual, al que se puede llegar por medio de la teoría de la doble imputación.- La idea central es, entonces que lo que en el comercio de los hombres aparece como una unidad, debe tenerse, en el plano jurídico, como una unidad. Lo colectivo debe responder, entonces, como un todo. Luego pueden repartirse internamente los riesgos”. (RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. “Responsabilidad Civil. Tomo II”. Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Areté. 2001. pp. 200-202). Conforme a este enfoque, no es necesario determinar los alcances de la actuación de las personas a cargo de la seguridad bancaria, si medió culpa, negligencia, impericia o un incumplimiento contractual, como pretenden demostrar los recurrentes en sus alegatos, ya que lo importante en la especie, es el papel que juega la empresa de seguridad en cuestión, como parte de “una red contractualmente eficiente”. Dicha posición encuentra respaldo en la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que en su artículo 32 indica: *“El productor, el proveedor y el comerciante deben responder, concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de*

su utilización y riesgos". Es decir, conforme lo dicta esta norma, todo interviniente en la cadena de producción del bien o el servicio, posee una responsabilidad objetiva (independientemente de la culpa), y a la vez solidaria (concurrentemente) entre si y frente al consumidor o destinatario del servicio. Aplicado lo anterior al caso concreto, es claro que el Banco Nacional de Costa Rica, en razón de la actividad riesgosa que desarrolla (por llevar implícito el movimiento de grandes capitales económicos dentro de sus instalaciones destinadas al servicio público), tiene la obligación de responder por los daños y perjuicios causados a sus usuarios mientras se encuentren dentro de la agencia. Para lo anterior, es indiferente si contaba con los suficientes recursos materiales y humanos en materia de seguridad; si la elección de los mecanismos de protección fueron los correctos; si se actuó contrario a lo señalado por un posible protocolo de actuación frente a atentados como el ocurrido; o si la entidad bancaria tenía noticia del aumento del riesgo promovido por la delincuencia del lugar, ya que ha quedado claro que todas las personas que se encontraban en las instalaciones bancarias en ese momento, esperaban recibir un servicio de dicha institución. Ahora bien, existe un contrato-licitación (Expediente de licitación pública número 1776-2004) suscrito entre el Banco Nacional de Costa Rica y Empresas de Seguridad Delta S.A., que lejos de ser entendido en el marco del principio de "relatividad de los contratos", es un medio que permite constatar que la segunda funge como proveedor de un servicio (de seguridad) que brinda la primera al usuario. Es decir, se tiene claro que son dos entidades de distinta naturaleza (jurídica, organizacional y operacional), pero que ambas forman parte de la cadena de producción de un servicio, o bien de una "red contractual económicamente eficiente", y por consiguiente, vistas como "una unidad" frente al destinatario del servicio. En tal sentido, el artículo 2 de la citada Ley expresa: "(...) Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos (...)". En otras palabras, la ley faculta al consumidor, usuario o destinatario final de un bien o servicio, accionar en contra del comerciante, productor o proveedor indistintamente, entendiendo a estos últimos como miembros de la denominada "cadena de producción", para que se responsabilicen por los daños y perjuicios ocasionados en razón de los bienes y servicios brindados por ellos, sin importar si estos son su actividad principal o bien accesoria. En este plano, queda claro que si bien los daños y perjuicios surgen del ilícito perpetrado por el imputado, lo cierto es que esto ocurre dentro de la esfera del servicio bancario brindado en la Sucursal del Banco Nacional de Monteverde, en cuyo establecimiento, la empresa demandada se encontraba comprometida a proveer los mecanismos eficientes para garantizar la seguridad e integridad de los usuarios en

razón del contrato que regía entre ambas instituciones accionadas, conformando de tal manera parte intrínseca dentro de la unidad civilmente responsable y por tal, legalmente legitimada para responder de acuerdo con la Ley 7472. Con base en lo anterior, se declara con lugar el presente reclamo, se anula la sentencia en lo referente a la absolutoria de responsabilidad civil a favor de la empresa de seguridad delta S.A., en su lugar se le declara civilmente responsable en forma solidaria, por los daños y perjuicios cuyos montos a indemnizar fueron establecidos en sentencia a favor de los actores civiles debidamente legitimados. Se omite el reenvío por existir una liquidación pecuniaria realizada por el a quo, al condenar civilmente al imputado Eryln Hurtado Martínez, de la cual deberán responder los condenados civiles en forma solidaria, mediante la vía correspondiente.” El subrayado no es del original (Voto 1333-2007 de las diez horas quince minutos del dos de noviembre de dos mil siete de la Sala Tercera)

De esta última parte del considerando es necesario agregar además, que la ley y el reglamento de la Ley del Consumidor destacan en su artículo 02 en las definiciones que se considera comerciante o proveedor a “Toda persona física , entidad de hecho o de derecho, privada o pública, que en nombre propio o por cuenta ajena se dedica en forma habitual a ofrecer , distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o disfrute de bienes, o prestar servicios, **sin que necesariamente esta sea su actividad principal ...**”

Y el reglamento además, contempla que serán considerados como servicios comerciales “los que preste una empresa o establecimiento mercantil a sus clientes, **con o sin una relación personal con éstos...**”

Lo anterior respalda la concepción de la red contractual, pues a pesar que una entidad tenga un determinado servicio o bien como oferta principal, los servicios accesorios, también deben ser considerados como parte esencial del principal, pues sin éstos la oferta para el consumidor no sería la misma, pues a nivel social el plus de los servicios accesorios mejoran la calidad del principal e influyen en la decisión del consumidor.

Y por otro lado desde el punto de vista legal, la sub contratación por parte del oferente principal no mengua ni excluye la responsabilidad solidaria pues la misma ley lo contempla tanto en su artículo 35 como el 42 del reglamento.

En relación con el tema del cliente o consumidor material, el artículo 40 del reglamento en su párrafo segundo, da a este carácter subjetivo, la equivalencia de consumidor para todos los efectos contemplados dentro de la ley.

Como se puede observar entre cada una de las sentencias hay una estrecha relación. Todas afirman la relación de consumo como criterio principal para la aplicación del artículo 35 de la Ley 7472 y con ello los principios en que se cimenta esta rama jurídica, pues surge el derecho del consumidor en respuesta de la necesidad socio-económica de solventar las diferencias que surgen en el contrato de consumo.

Sin embargo, hay casos que pueden ser un poco grises y en los cuales tal vez la duda alcance al aplicador del derecho, ejemplo de ello las lesiones culposas o los homicidios culposos provocados por accidentes de tránsito.

En este sentido, es nuestro criterio, tal y como se ha venido sosteniendo desde el inicio de esta tesis, siempre priva la relación comercial, sea que se hable de servicios públicos como los buses, taxis, ferrocarril o servicio aéreo o privados.

Pero en dichos casos cabe preguntarse si la excepción de aplicación del régimen de consumo prevista en el artículo 09, dentro del Capítulo III, de la Ley 7472 es aplicable. Este artículo dice:

“Artículo 9°.- Campo de aplicación. La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos, con las salvedades y las previsiones indicadas en este capítulo.

Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título:

a) Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes para celebrar las

actividades necesarias para prestar esos servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en las regulaciones especiales.

b) Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas.

(Así reformado por el artículo 73 de la ley General de Telecomunicaciones, N° 8642 del 4 de junio de 2008)"

Punto de vista al respecto es que a pesar que, por ejemplo, los servicios de taxi y rutas de bus, si bien es cierto se ofrecen en razón de una concesión dada por el Consejo de Transporte Público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, ello no degenera la relación de consumo que se da entre la empresa concesionaria de la ruta de bus y el consumidor final o pasajero, igualmente con respecto a placas de taxi.

Lo anterior, en virtud que hay una relación de consumo a través de la prestación del servicio de transporte. Es por ello que nada impide que en caso que se generen lesiones, daños o muerte producto del riesgo que implica el servicio deba aplicarse el artículo 35 de la Ley del consumidor.

Al respecto en muchas ocasiones se ha aplicado el artículo 1048 CC en su párrafo cuarto y quinto, sin embargo, es nuestro parecer que si media la relación de consumo debe sin excepción aplicarse el 35 de la ley 7472, en virtud de las características especiales que rodean a la relación de consumo.

Sobre este punto es muy importante agregar, que la Ley 7472, no es solo un cuerpo normativo orientado a la defensa del consumidor, sino que a su vez, regula la promoción de la competencia. Es decir, básicamente son dos leyes en una, por lo cual, el artículo 09, mencionado supra debe concordarse con los artículos 28 y 29 del Reglamento de dicha ley.

Los anteriores artículos rezan:

“ARTÍCULO 28.- Principio General.

Se prohíben los monopolios públicos o privados, así como las prácticas que impidan o limiten la competencia, impidiendo el acceso de competidores al mercado o promoviendo su salida. La Administración Pública debe proteger el ejercicio de la libertad de empresa y promover la libre competencia.

ARTÍCULO 29.- Excepciones al principio general.

Las únicas excepciones al principio general contenido en el artículo anterior son las siguientes:

a) Servicios públicos sujetos a concesión, regulados por ley especial.

b) Los monopolios del Estado creados por ley especial, mientras subsistan, para celebrar las actividades expresamente autorizadas en dichas leyes, en áreas tales como seguros, depósitos bancarios en cuenta corriente o a la vista, fabricación de alcohol etílico para consumo humano y su comercialización para consumo interno, refinación de petróleo y distribución de combustibles, servicios telefónicos, de telecomunicaciones, de distribución eléctrica y de agua.”

Estos artículos regulan la promoción de la competencia en el ámbito nacional y su objetivo fundamental es evitar la competencia desleal entre empresas y las prácticas monopolísticas, razón por la cual la restricción que contempla dicha norma no alcanza a los servicios de transporte público en general ni excluye a éstos de la aplicación del artículo 35 del mismo cuerpo legal.

Además, es importante mencionar que los artículos 40,42 del Reglamento concordado con el artículo 46 de la Constitución Política, legitiman al consumidor a aplicar el artículo 35 aún en servicios públicos, cuando entre ambos exista una relación de consumo y el cliente o consumidor final sea afectado en virtud del riesgo del producto o servicio ofrecido.

Este mencionado artículo reza:

Artículo 40.- Carácter compulsivo. Los consumidores son beneficiarios de las normas de este capítulo, cuyas disposiciones son

irrenunciables por las partes y de aplicación sobre cualesquiera costumbres, prácticas usos o estipulaciones contractuales en contrario, especiales o generales. Los productores, proveedores de servicios y los comerciantes tanto del sector público como del privado, quedan obligados a cumplirlas.

Para estos efectos el término “cliente” y todas sus expresiones equivalentes, empleadas en cualquier rama comercial, técnica o profesional, se considerará equivalente a “consumidor” en cuanto califique como tal conforme a la definición dada por el mismo en este reglamento.

Artículo 42.- Régimen de Responsabilidad. El productor, proveedor de bienes o servicios y el comerciante deben responder concurrente e independientemente de la existencia de culpa, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o del servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.

Solo se libera quien demuestre que ha sido ajeno al daño.

Los representantes legales de los establecimientos mercantiles o en su caso, los encargados del negocio son responsables por los actos o los hechos propios o por los de sus dependientes o auxiliares. Los técnicos, los encargados de la elaboración y el control responden solidariamente, cuando así corresponda por las violaciones a la Ley en perjuicio del consumidor.

El Ms.C. Yuri López Casal, en un muy reciente artículo de la Revista Judicial número 97, expone el tema, y en las consideraciones que incurre al hablar de una relación de servicio respalda la posición de la suscrita, sin embargo, menciona la tesis del concurso de pretensiones con respecto del propietario del vehículo.

Sobre el tema, López Casal indica en su artículo que:

“Claro está que este régimen de responsabilidad civil objetivo se aplicaría en las relaciones jurídicas que se crean entre el comerciante o proveedor dueño del vehículo y el consumidor, tal y como sucede, por ejemplo, con el servicio de transporte remunerado de personas (...) El pasajero que viaja en alguno de estos medios de transporte es consumidor final del servicio de transporte en los términos en que lo establece el artículo 2 de la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor y los dueños de tales medios de transportes son comerciantes

(...). Por consiguiente, considero que en la relación comerciante-consumidor que se genera con el servicio de transporte de personas (transporte de consumidores), si el pasajero-consumidor resulta perjudicado por la acción culposa protagonizada por el conductor del vehículo que pertenece al comerciante o proveedor, entonces éste último responderá de manera objetiva por los daños y perjuicios que se le causen (...)

(...) si el comerciante o proveedor no prueban la fuerza mayor ni la culpa de la víctima (causales de exoneración de la responsabilidad civil objetiva), entonces el comerciante o proveedor dueño del vehículo que ofrece el servicio de medio de transporte para el pasajero-consumidor responde ante éste con la totalidad de su patrimonio (Artículo 981 del Código Civil), por el monto total de los daños y perjuicios que el Juez le otorgue al damnificado y solidariamente con el conductor causante directo e inmediato del accidente de tránsito o del delito.” (López, 2010. La Responsabilidad Civil Extracontractual del Dueño del Vehículo Causante de un Percance de Tránsito o un Delito. Revista de Ciencias Jurídicas, pp. 35-75)

Como es posible observar, debe analizarse siempre, tal como se indicó en el segundo capítulo si nos encontramos frente a una relación de consumo, pues es la base fundamental para discernir el criterio de imputación que clase correctamente ante el cuadro fáctico que se nos presente.

Lo anterior es importante, pues parece ser que los representantes de los actores civiles, fallan en este punto, pues olvidan que el ordenamiento jurídico en sí mismo es una unidad, que cada norma que surge es para evitar lagunas jurídicas y dejar en desamparo bienes jurídicos.

El legislador cuando crea el derecho, sustenta el cuerpo normativo de principios y fuentes jurídicas distintas entre una y otra norma. En este caso el derecho del consumidor trata de proteger las relaciones de consumo, elimina la paridad contractual del derecho privado y protege la parte más débil de la relación.

El Derecho del Consumidor se sustenta en normas de derecho público y privado, de ahí la importancia de aplicar sin excepción las normas que este cuerpo normativo contiene en forma adecuada y se reafirma, siempre que medie la relación de consumo, sin excepción.

La hipótesis de esta tesis, buscaba determinar si se aplica o no el artículo 35 en la jurisprudencia de casación penal. Pues bien, ha sido poco aplicada, pero las tres veces que se ha aprovechado han permitido reconocer y comprender mejor al derecho del consumidor y la responsabilidad objetiva que contempla.

Se cree que la falta de aplicación de la norma de responsabilidad civil objetiva de la ley del consumidor, y la utilización del artículo 1048 CC en los casos en que debe aplicarse la primera, se ha producido en los representantes de los actores civiles por una falta de análisis con respecto a una y otra norma pues si bien ambas aplican a quienes explotan un medio comercial (caso de máquinas motivas, que es lo que contemplan los párrafos cuarto y quinto del 1048), en el fondo la diferencia fundamental es la relación de consumo y la necesidad por lo tanto, de proteger a la víctima-consumidor.

Finalmente se considera que se debe traer a colación el tema de abuso de derecho, al respecto el artículo 22 de nuestro código civil indica:

“Artículo 22.- La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto o contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobre pase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso”

Lo anterior es importante, ya que la víctima-usuario podría abusar de su derecho de reclamo en virtud de la lesión o daño sufrido contra quien explote el

medio comercial, sin embargo, en este sentido se debe recordar que la responsabilidad del artículo 35 de la ley 7472, prevé de dos eximentes de responsabilidad y estos son: la fuerza mayor y la culpa de la víctima, razón por la cual si la víctima fue quien se puso en estado de peligro y trata de abusar del derecho de reclamo que tiene la norma del consumidor, esta eximente funciona como límite al mismo.

Conclusiones

La presente investigación tiene como fin fundamental servir como guía para aplicar en forma adecuada el criterio de responsabilidad objetiva del artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, para aquellos casos en que el cuadro fáctico pueda convertirse en una zona gris entre esta norma y el artículo 1048 del Código Civil.

En cada uno de los capítulos desarrollado se ha tratado de ubicar al lector en el concepto y evolución de la responsabilidad civil y la historia y principios del derecho del consumidor; ello con el objeto de que se pueda comprender de mejor manera cuál es el sentido del derecho del consumidor y así poder explicar los alcances del artículo 35 de la Ley 7472 y la necesidad de que esta prevalezca sobre el 1048 CC cuando medie una relación de consumo, de lo contrario no tendría razón de ser.

A su vez en el tercer y último capítulo del trabajo de investigación se realizó un estudio de jurisprudencia, el cual respalda nuestra posición de que debe siempre sin excepción analizarse si existe o no una relación de consumo y si existe aplicar el criterio de imputación correspondiente al de la ley del consumidor.

Los fallos analizados fueron dos de Sala Tercera y el voto Salvado de una resolución del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea, lamentablemente solo han sido estos tres fallos los únicos en Casación Penal que se han desarrollado en los últimos dieciséis años desde que entró en vigencia la ley 7472, sin embargo, no por ello menos importantes.

Es a través de dichas resoluciones que se logra recatar el concepto y alcances de la relación de consumo y el concepto de “riesgo en el servicio o producto”, ya que en muchas ocasiones se confunden los criterios objetivos con

los subjetivos de la responsabilidad, aduciéndose que se ha tenido un actuar diligente y que como tal media una eximente de responsabilidad.

Se confirma, por medio de esta investigación, que es poco utilizado el artículo 35 de la ley de Consumo, que aún se utiliza la responsabilidad del artículo 1048 CC de forma indiferente, lo que como se ha afirmado a lo largo del proyecto es un rotundo error.

Lo anterior pues la responsabilidad civil objetiva de la Ley del Consumidor es un amplio criterio de responsabilidad que congloba el riesgo por el producto o servicio, responsabilidad que le atañe a quien obtiene un beneficio económico (sea el productor, fabricante, proveedor y cualquier agente económico que así contemple la ley 7472), equilibrando las desigualdades existentes entre el agente económico que ofrece el producto o servicio y de quien lo consume.

Se habla de disparidad en el sentido que es quien fabrica, vende, produce, provee quien conoce los riesgos y puede mejorar las condiciones del producto y servicio y además, quien lucra con el mismo, en tanto, quien consume solo tiene a su alcance la elección del producto final sin tener injerencia en su calidad o eficacia.

Además, al hablar de consumo, se parte de la premisa que todo servicio o producto, de forma intrínseca conlleva un riesgo, que quien lo ofrece, por lo tanto, asume ese riesgo y lucra con él, razón por la cual, el derecho de consumidor y la aplicación correcta del artículo 35 adquiere importancia.

Bibliografía General

Libros

1. Alpízar Rodríguez, Ruth y otros. (2005). La contratación desde la perspectiva del consumidor. (1ª Edición). San José, Costa Rica. IJSA.
2. Benedetti, Giuseppe. (2000). Los nuevos daños. Colección de responsabilidad civil. Editorial Hammurabi.
3. Capi, Alicia. (2000). Los nuevos daños. Colección de responsabilidad civil. Editorial Hammurabi.
4. Chinchilla Coto, José Carlos. (1999). Defensa Efectiva de los Derechos del Consumidor. San José, Costa Rica. CONAMAJ.
5. Diez Picazo, Luis. (1989). Sistema de derecho civil. Volumen II. Tecnos.
6. Galain Palermo, Pablo. (2010). La reparación de daño a la víctima del delito. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch.
7. González Oscar. (2001). Programa lectivo. Curso de derecho administrativo I, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho.
8. León Díaz, José Rodolfo. (1999). Defensa Efectiva de los Derechos del Consumidor. San José, Costa Rica. CONAMAJ.
9. Lorenzetti, Ricardo. (2003). Consumidores. (1ª Edición). Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
10. Mora Rojas, Fernando. (2003). Introducción al Derecho Comercial. (3ª Edición). San José, Costa Rica. Juritexto.
11. Monzón, García. Samuel Alfredo (1993). Introducción al Proceso de la Investigación Científica. (1ª Edición). Guatemala. Editorial TUCUR.
12. Rinessi, Juan Antonio. (2006). Relación de Consumo y Derechos del Consumidor. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
13. Rivero Sánchez, Juan Marcos. (2001). Responsabilidad civil. Tomo II. (2ª Edición). Ediciones ARETE.
14. Sanabria Rojas, Rafael. (2007). La acción civil resarcitoria en el proceso penal costarricense. (1ª Edición). San José, Costa Rica. Editorial de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
15. Sanabria Rojas, Rafael. (2008). Reparación Civil en el Proceso Penal. (2ª Edición). San José, Costa Rica, EDITORAMA.

Revistas

16. Bulgarelli G., Fiorella. (1997). Costa Rica y la Tutela de los derechos del consumidor. Revista Judicial, Costa Rica. Año XX, N. 65, Setiembre.
17. Guillen, Downing, Luis. (2009). Nociones generales sobre responsabilidad civil. Revista El Foro. Número 9.
18. López Casal Yuri. (2010). La responsabilidad civil extracontractual del dueño del vehículo causante de un percance de tránsito o un delito. Revista Judicial, Costa Rica. Número 97. Mes Setiembre.
19. Romero Pérez, Jorge Enrique. (2003). Derechos del Consumidor. Revista de Ciencias Jurídicas. N. 100, Enero- Abril.
20. Manavella, Carlos A. (2002). Responsabilidad extracontractual objetiva en el Derecho del Consumidor. IVSTITIA, Costa Rica. Año 16, N. 187-188, Julio-Agosto.

Tesis

21. Abdelnour Granados, Rosa María. (1983). La responsabilidad civil derivada de hecho punible. Trabajo de graduación para optar por el grado de licenciatura, Universidad de Costa Rica.
22. Baldizón Soto, Maureen y Pacheco Alfaro, Silvia. (1994.) Una contribución al estudio de la responsabilidad objetiva. Trabajo de graduación para optar para el grado de licenciatura, Universidad de Costa Rica.

Legislación

23. Constitución Política.
24. Código Civil de Costa Rica.
25. Código de Comercio de Costa Rica.
26. Código Procesal Penal
27. Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento.

Jurisprudencia

28. Voto 85-F-99. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Doce horas del diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve. Sobre responsabilidad objetiva del artículo 1048 CC.

29. Voto 418- 2003. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Once horas cincuenta y seis minutos del once de mayo de dos mil tres. Sobre responsabilidad objetiva del artículo 1048 CC.
30. Voto 493-2004. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Diez horas once minutos del veinte de mayo de dos mil cuatro. Sobre el concepto de Responsabilidad objetiva y carga de la prueba.
31. Voto 1117- 2005 de las dieciséis horas con veinticinco minutos del dos mil cinco de la Sala Tercera. Sobre responsabilidad objetiva del derecho del consumidor, aplicación artículo 35.
32. Voto 671-2006 de las nueve horas cinco minutos del siete de julio de dos mil siete del Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Sobre responsabilidad civil objetiva del derecho del consumidor.
33. Voto 1333- 2007 de las diez horas quince minutos del dos de noviembre de dos mil siete de la Sala Tercera. Sobre responsabilidad civil objetiva del derecho del consumidor, redes contractuales económicamente eficientes, exclusión del hecho de tercero.
34. Voto 614-2007. Tribunal de Casación Penal de San Ramón. Diez horas con diez minutos del nueve de noviembre de dos mil siete. Sobre elementos constitutivos de la responsabilidad por riesgo, creación de un riesgo como criterio de imputación, artículo 1048 CC.
35. Voto 292-2007. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Quince horas cuarenta minutos del catorce de marzo de dos mil siete. Sobre responsabilidad objetiva párrafos cuarto y quinto 1048 CC.
36. Voto 840-2008. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Catorce horas quince minutos del veintiocho de agosto de dos mil ocho. Sobre responsabilidad civil objetiva en la legislación costarricense.
37. Voto 617- 2009. Tribunal de Casación Penal de Goicoechea. Diez horas quince minutos del diez de junio de dos mil nueve.
38. Voto 394-F-S1-2009 de las diez horas veinte minutos del veintitrés de abril de 2009, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sobre aplicación del artículo 1048 CC en lugar del artículo 07 y 187 de Ley de Tránsito.
39. Voto 497-2009 de las dieciséis horas veinticinco minutos del ocho de diciembre de dos mil nueve del Tribunal de Casación Penal de San Ramón. Sobre los criterios de accesoriedad de la Acción Civil.

40. Voto 259-2010 de las nueve horas y veintidós minutos del veintitrés de abril de dos mil diez del Tribunal de Casación Penal. Sobre la independencia de la Acción Civil respecto del Hecho ilícito.
41. Voto 302-2010 de las quince horas con tres minutos del veintiuno de abril de dos mil diez de la Sala Tercera. Sobre la obligación de pronunciarse sobre la Acción Civil.
42. Voto 384-2010 de las quince horas con diez minutos del doce de abril de dos mil diez de la Sala Tercera. Sobre la independencia de la prescripción de la acción penal y civil.

Páginas electrónicas

43. Paisant, Guilles. Conferencia de Protección de Consumidores en el Derecho Francés, junio 2005, on-line.