

FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS
DEFECTUOSOS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

PRESENTADO POR
JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE



ASESOR
DR. JULIO BALTAZAR DURAND CARRION

TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL

LIMA, PERÚ
2024



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

UNIDAD DE POSGRADO

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL
CONTRATO DE FRANQUICIA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CON
MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

PRESENTADO POR:

JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE

ASESOR:

DR. JULIO BALTAZAR DURAND CARRION

LIMA, PERÚ

2024

ÍNDICE

| | |
|--|----------|
| RESUMEN | iv |
| ABSTRACT | v |
| INTRODUCCIÓN | vi |
| CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 1 |
| 1.1. Descripción de la situación problemática | 1 |
| 1.2. Formulación del problema | 4 |
| 1.2.1. Formulación del problema | 4 |
| 1.2.2. Problemas específicos | 4 |
| 1.3. Objetivos de la investigación | 4 |
| 1.3.1. Objetivo general | 5 |
| 1.3.2. Objetivos específicos | 5 |
| 1.4. Supuestos hipotéticos | 5 |
| 1.4.1. Supuesto hipotético general | 5 |
| 1.4.2. Supuestos hipotéticos específicos | 6 |
| 1.5. Justificación de la Investigación | 6 |
| 1.6. Importancia de la Investigación | 7 |
| CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO | 8 |
| 2.1. Antecedentes de la Investigación | 8 |
| 2.2.2 Bases Teóricas | 14 |
| 2.2.1. La Reponsabilidad Civil como rama del Derecho y su Problemática | 28 |

| | |
|--|---------|
| 2.2.1.1. Diferencias entre RC Contractual y Extracontractual | 28 |
| 2.2.2. Fuentes sobre el Derecho de la Responsabilidad Civil | 32 |
| 2.2.3. Justificaciones de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos | 36 |
| 2.2.4. De los productos defectuosos | 38 |
| 2.2.5. Clases de defectos | 41 |
| 2.2.6. Elementos a tomarse en cuenta para determinar la defectuosidad de un producto | 42 |
| 2.2.7. La Relación de Causalidad | 44 |
| 2.2.8. La Causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos | 45 |
| 2.2.9. La RC por productos defectuosos | 48 |
| 2.2.10. Doctrinas de la Responsabilisdad Civil y la Responsabilidad civil por los daños causados mediante productos defectuosos | 50 |
| 2.2.11. Tratamiento en el Derecho Peruano y Derecho Comparado | 56 |
| 2.2.12. El Contrato de Franquicia | 78 |
| 2.2.13. Derechos y obligaciones de las Partes | 94 |
| 2.2.14. Cláusulas de confidencialidad | 98 |
| 2.2.15. Cláusulas de no competencia | 10 0 |
| 2.2.16. La responsabilidad en el Contrato de Franquicia | 10 3 |
| 2.2.17. Opiniones a favor de esta posición | 10 6 |
| 2.2.18. La Necesidad de Delimitar la Responsabilidad Frente a Terceros en el Marco del Contrato de Franchising | 10 9 |
| 2.2.19. Tratamiento en el Derecho Peruano y Derecho Comparado | 11 0 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2.20. Tratamiento de la Responsabilidad Civil en el Derecho Comparado | 11 |
| | 9 |
| 2.2.21. Singularidades Jurisprudenciales en el Perú | 12 |
| | 6 |
| 2.2.22. Las orientaciones del Derecho Comparado | 15 |
| | 2 |
| 2.2.23. El Deber de reparar como tendencia del Derecho comparado | 17 |
| | 5 |
| 2.3. Glosario de términos | 17 |
| | 7 |
| CAPÍTULO III. METODOLOGÍA | 17 |
| | 9 |
| 3.1. Diseño Metodológico | 17 |
| | 9 |
| 3.2. Aspectos Éticos | 17 |
| | 9 |
| 3.3. Técnicas de Investigación | 17 |
| | 9 |
| CAPÍTULO IV. RESULTADOS | 18 |
| | 1 |
| Proyecto de ley que regula el contrato de franquicia | 18 |
| | 1 |
| Exposición de Motivos | 18 |
| | 2 |
| CONCLUSIONES | 20 |
| | 0 |
| RECOMENDACIONES | 20 |
| | 2 |
| REFERENCIAS | 20 |
| | 4 |

RESUMEN

Nuestra investigación pretende contribuir principalmente a la formación de un régimen legal referido a la Responsabilidad Civil por productos defectuosos en el contrato de franquicia, entendido como un sistema de distribución comercial de bienes y servicios conforme a técnicas preestablecidas.

En ese contexto, se debe destacar que la producción masiva y los riesgos del desarrollo pueden generar productos defectuosos que afecten a los consumidores y usuarios por la generación de diversos daños a su salud, integridad física, entre otros.

Por esta razón, resulta muy importante plantear que la regulación de dicha responsabilidad deba estar contenida en el Código Civil, en una ley especial o en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, con la finalidad de hacer más predecibles las relaciones comerciales.

Conviene precisar que en el Derecho Comercial Moderno se alientan propuestas tales como la solidaridad entre el franquiciante y franquiciado, la Responsabilidad Civil objetiva para asegurar la reparación del daño, sin importar la determinación del factor de atribución por dolo, culpa, negligencia grave, que distinguen a la responsabilidad subjetiva de la objetiva, así como la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Resulta muy importante también el análisis de la naturaleza y características del contrato de franquicia, la valoración del derecho de la Responsabilidad Civil en el tratamiento del concepto y clases de defectos, su tratamiento en la legislación nacional y comparada, así como la reparación del daño.

Palabras clave: Responsabilidad, productos defectuosos, franquicia, regulación, protección al consumidor, daños.

ABSTRACT

Our research aims to contribute mainly to the formation of a legal regime related to civil liability for defective products in the franchise contract, understood as a commercial distribution system of goods and services according to pre-established techniques.

In this context, it should be noted that mass production and development risks generate defective products that can affect consumers and users by causing various damages to their health, physical integrity, among others.

Given this, it is very important to suggest that the regulation of said responsibility may be contained in the Civil Code, in a special law or in the Consumer Protection and Defense Code, to make commercial relations more predictable.

It is convenient to specify that, in Modern Commercial Law, proposals such as solidarity between the franchisor and franchisee, objective civil liability to ensure the repair of the damage are encouraged, regardless of the determination of the attribution factor for fraud, fault, gross negligence that distinguishes subjective liability, as well as the distinction between contractual and extra-contractual liability.

It is also very important to analyze the nature and characteristics of the franchise contract, the assessment of the civil liability law in the treatment of the concept and types of defects, their treatment in national and comparative legislation, as well as the repair of damage.

Keywords: Liability, defective products, franchise, regulation, consumer protection, damages.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

AUTOR

JULIO HERNAN FIGUEROA BUSTAMANTE

RECUENTO DE PALABRAS

52806 Words

RECUENTO DE CARACTERES

287770 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

231 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

215.1KB

FECHA DE ENTREGA

Oct 31, 2023 2:48 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Oct 31, 2023 2:51 PM GMT-5

● 10% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 9% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 5% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP | Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Perú

Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación busca establecer los fundamentos jurídicos destinados a la determinación de un marco legal especial, relativo al contrato de franquicia. De manera particular, en lo referente a la responsabilidad que corresponde a las partes intervinientes por la elaboración de productos defectuosos.

En ese contexto, resulta pertinente analizar la definición, elementos y características del contrato de franquicia, para destacar su naturaleza jurídico-económica, como sistema de distribución comercial de bienes y servicios. Estos deben ser elaborados conforme a técnicas establecidas, que aseguren el control y perfeccionamiento de la calidad del producto.

No obstante, es evidente que como consecuencia de la gran producción masiva y de los riesgos del desarrollo, se pueden elaborar productos defectuosos que pueden generar daños a los consumidores y usuarios, conforme a una relación de causalidad como factor de establecimiento de la RC.

Esta importante materia ha merecido un tratamiento relevante en el Derecho Comparado, particularmente en el Derecho norteamericano, en el Derecho europeo y en el Derecho latinoamericano, contribuyendo a desarrollar un régimen jurídico de la responsabilidad por productos defectuosos, que debe ser analizado para definir la conformidad o necesidad de adecuación de nuestro ordenamiento jurídico.

Estas grandes orientaciones se dirigen, en la actualidad, a analizar la naturaleza de dicha responsabilidad, la solidaridad que asumen los proveedores frente a los

daños causados. Asimismo, se precisa definir si la naturaleza de estas relaciones jurídicas amerita un tratamiento legislativo en el Código Civil (en adelante CC) o en un Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPyDC) para consagrar claramente la RC correspondiente, o si esta importante materia debe encontrarse orientada por la autonomía de la voluntad.

En el desarrollo de esta investigación, se formulan reflexiones sobre la necesidad de establecer una prudente regulación de la responsabilidad originada por la elaboración de productos defectuosos en el contrato de franquicia en aras a cautelar fundamentalmente los derechos de los consumidores y usuarios, así como para dotar de mayor predictibilidad a las transacciones económicas.

En esa perspectiva, estimamos que se debería incorporar en nuestra legislación, la definición y características principales del contrato de franquicia, así como los derechos y obligaciones de las partes y, de manera especial, la responsabilidad aplicable por la elaboración de productos defectuosos.

CAPÍTULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de situación problemática

Diversos funcionarios del Instituto Nacional de Defensa de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y magistrados del Poder Judicial, que integran la subespecialidad comercial, han venido invocando de manera muy esporádica la normatividad y principios de la RC por productos defectuosos en la motivación de sus resoluciones

Como ya lo hizo notar Woolcott (2001):

Si bien la jurisprudencia peruana no se ha caracterizado por su riqueza en el tratamiento del problema representado por los daños derivados de productos defectuosos –por obvia escasez de casos de este tipo que ha tenido frente a ella– de los pocos casos resueltos se puede extraer una línea referencial para pronunciarse por la responsabilidad extracontractual del productor. (p. 85)

En ese sentido, se estima que, siendo el producto defectuoso, también peligroso, es aplicable el art. 1970º del CC del Perú de 1984. Se sostiene, además, que “El marco legal puede haber servido de sustento, tanto al juez como a los juristas peruanos, para intentar elaborar una solución resarcitoria, frente a los daños derivados de productos defectuosos”. De tal manera, que la vía contractual no ha sido propuesta por la doctrina peruana como una posible solución: optando, en cambio, por la vía de la responsabilidad extracontractual. Como señala, De Trazegnies (2016, p. 301), “El CC de 1984 remitió el tratamiento de la responsabilidad por productos defectuosos a la responsabilidad extracontractual, en unos casos, y a los principios generales de la responsabilidad administrativa, en otros”.

En ese orden de ideas, Osterling (1997) sugiere que:

Así como en el ámbito privado la reparación del daño ocasiona un beneficio a la víctima y una carga al responsable del daño, un sistema de RC ineficiente podría generar graves consecuencias económicas y sociales. (p. 240).

En forma complementaria, Vidal (2004) estima que:

El sistema objetivo de RC pretende fundarse en razones de equidad y de justicia, haciendo prevalecer el daño como latente posibilidad del riesgo creado y en sus consecuencias, generando la obligación de repararlo en razón exclusiva del nexo causal existente entre el riesgo creado y el daño causado, lo que debe determinar la responsabilidad del sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad. (p. 389)

De otro lado, Taboada (2003) opina que:

Uno de los temas más apasionantes de la RC lo constituye el de los nuevos daños jurídicamente indemnizables, tanto en el ámbito contractual como fundamentalmente en el extracontractual, teniendo en cuenta la gran cantidad de daños que nos causamos unos a otros en la vida diaria como consecuencia del desarrollo industrial y del avance tecnológico y científico. (p. 113)

Con la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, que fue la primera en esta materia, fue prevaleciendo la idea que para que un producto sea defectuoso, basta con que presente un defecto de carácter potencial o real.

En atención a esta premisa, Díez (1999) señala que:

La noción del carácter defectuoso se compone por dos elementos intrínsecamente relacionados entre sí: que el producto resulte más peligroso para el adquirente de lo que un hombre razonable pudiera esperar, y que el

daño quede fuera de lo razonable. También, que la defectuosidad de un producto es un concepto de carácter subjetivo que depende de la valoración ordinaria de la cosa por parte del adquirente y que excluye, naturalmente, aquellos casos en que el peligro es manifiesto o conocido. (p. 149)

Desde nuestra posición, como abogado y profesor universitario en materia de Derecho Comercial, hemos tenido la oportunidad de analizar diversas resoluciones sobre la materia expedidas por tales instancias administrativas y jurisdiccionales. Es así como estamos en contacto directo con el problema que planteamos, que consiste en la aplicación de la RC por los daños generados a los consumidores, por la elaboración de productos defectuosos. Ello adquiere especial relevancia desde la entrada en vigor de la moderna legislación peruana en cuestión de protección del consumidor representada por el CP y DC del año 2010.

El presente trabajo aborda no sólo los aciertos y sino también las deficiencias observables en las citadas resoluciones administrativas y judiciales, a fin de proponer alternativas regulatorias. Cabe señalar que son pocas las áreas del Derecho donde se aprecie una innovación tan intensa y constante en los principios jurídicos propios de la especialidad como aquellos que evidencian la RC por productos defectuosos, debiendo perfeccionarse la deficiente redacción empleada en las normas, muchas veces contradictorias, lo cual afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad tan necesaria en las relaciones económicas y comerciales.

Pasamos ahora a describir de manera concreta la situación problemática vinculada a la RC por productos defectuosos en el contrato de franquicia. Al respecto, debemos referir que dicha responsabilidad reside en que el franquiciante asume una

responsabilidad de naturaleza contractual en relación con su franquiciado, pero no queda claro, si los terceros perjudicados con tal situación pueden también interponer acciones contra el franquiciante. Al respecto, la doctrina se encuentra dividida; mientras un sector, opina que el franquiciado es un comerciante independiente y que el franquiciante no debe responder por los productos vendidos por aquel; otro sector, opina que el franquiciante, sí es responsable frente a los terceros perjudicados.

1.2. Formulando el problema

1.2.1. Problema general

¿La determinación legal precisa e indubitable de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado, dentro de la responsabilidad civil por la elaboración de productos defectuosos van a constituir una importante contribución en favor de los consumidores e inversionistas?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿La determinación legal precisa e indubitable de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado tiene implicancias jurídicas y económicas para el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la elaboración de productos defectuosos?
- ¿La determinación legal clara y precisa de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado se consigue utilizando los mecanismos legales idóneos, capaces de posibilitar la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos?

1.3. Los objetivos de la presente investigación

1.3.1. Objetivo general

Demostrar que la determinación legal precisa e indubitable de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado, en el marco de la responsabilidad civil por la elaboración de productos defectuosos, representa una importante contribución en favor de los consumidores e inversionistas.

1.3.2. Objetivos específicos

- Verificar si la determinación legal precisa e indubitable de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado tiene implicancias jurídicas y económicas para el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la elaboración de productos defectuosos.
- Comprobar si la determinación legal precisa e indubitable de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y el franquiciado se consigue utilizando mecanismos legales idóneos, capaces de posibilitar la regulación de la responsabilidad civil por productos defectuosos.

1.4. Supuestos hipotéticos de la investigación

Dentro del sistema de hipótesis establecemos las siguientes:

1.4.1. Supuesto hipotético principal

La determinación legal clara y precisa de la responsabilidad objetiva y solidaria de franquiciante y franquiciado, dentro de la responsabilidad civil por la elaboración de productos defectuosos, van a constituir una importante contribución en favor de los consumidores e inversionistas.

1.4.2. Supuestos hipotéticos específicos

- La responsabilidad legal clara y precisa de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado, tiene implicancias jurídicas y económicas para el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la elaboración de productos.
- La responsabilidad legal precisa y clara de la responsabilidad objetiva y solidaria del franquiciante y franquiciado tiene implicancias jurídicas y económicas para el establecimiento de un régimen de responsabilidad civil por la elaboración de productos.

1.5. Justificación de la Investigación

La presente investigación halla pleno sustento justificatorio visto desde la perspectiva teórico-práctica y metodológica. Desde la perspectiva teórica, analiza los alcances de la RC objetiva y solidaria ante los daños generados por la elaboración de productos defectuosos. En el aspecto práctico, incide en los beneficios y ventajas generados en favor de los consumidores, inversionistas y el Estado en cuanto a sus derechos económicos y la promoción del sistema de franquicia.

Desde el prisma metodológico diremos que el presente estudio se fundamenta y utiliza la metodología de la investigación científica y jurídica al contar con una guía de análisis de contenido, una guía de análisis documental y una guía de categorización, hallándose dentro de parámetros metodológicos de investigación científica y jurídica.

En esa orientación postulamos que la regulación explícita del régimen jurídico es aplicable a los daños causados por la responsabilidad objetiva del franquiciante/fabricante, así como aquellas en las que le corresponde al franquiciado asumir de manera autónoma la responsabilidad, y también las que comprenderían a ambas

partes contratantes como integrantes de la cadena productiva con responsabilidad objetiva y solidaria, lo cual constituye un criterio alentado mayoritariamente por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional. Estimamos que la existencia de un marco regulatorio idóneo promovería la confianza de los agentes económicos respecto a los alcances de las resoluciones administrativas y judiciales emitidas por el Indecopi y el Poder Judicial.

1.6. Importancia de la Investigación

La importancia de esta investigación reside principalmente en la necesidad de formular planteamientos jurídicos para propiciar un régimen de RC que constituya un sistema protector de los consumidores y que, a su vez, contribuya al desarrollo del sistema de franquicias.

Cabe remarcar que pretendemos analizar la responsabilidad por los daños generados a los consumidores causados por la elaboración de productos defectuosos en el contrato de franquicia y no nos pronunciamos respecto a la falta de idoneidad o defectos del producto, materias reguladas entre los artículos 101 al 103 de Código de Protección y Defensa del Consumidor del 2010.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Los antecedentes de la presente investigación

Resulta conveniente valorar las importantes propuestas académicas que han formulado importantes juristas e investigadores sobre los temas vinculados a nuestra investigación. En tal virtud, nuestra contribución consiste en analizar y evaluar dichas valiosas opiniones sobre la pertinencia de aplicar un régimen jurídico general regulatorio del contrato de franquicia y específicamente contemplar la RC del franquiciante y franquiciado, frente a la elaboración de productos defectuosos en una materia tan específica y relevante como la responsabilidad que cabe por la elaboración de productos defectuosos, en virtud de la celebración de un contrato de franquicia.

Entre estos antecedentes podemos destacar los siguientes:

Zalamea (2014) en su libro *La responsabilidad civil derivada de los productos defectuosos*, se aboca al análisis profundo y sistemático de las legislaciones que tienen mayor impacto en el ordenamiento de Latinoamérica, como son la anglosajona y la europea y, con base en lo que en ellas se establece, consigue elucidar si el nuevo ordenamiento colombiano está acorde a las tendencias internacionales. (p.1).

La investigadora Zalamea (2014) en su trabajo destaca que el derecho anglosajón fue el que inició la evolución en la RC del producto defectuosos y definió que:

Un producto defectuoso es aquel que atenta contra la seguridad de las personas y los bienes materiales de terceros, planteando la necesidad de romper con el principio de la relatividad de los contratos y ello permitió que

prosperaran acciones no solo en contra del vendedor sino en contra de toda la cadena productiva incluyendo tanto a distribuidores como productores y de igual forma, abrió la posibilidad para que personas diferentes al comprador pudieran reclamar. (p 12)

Igualmente, Zalamea (ob. cit.) destaca que:

La importancia de la legislación en la Unión Europea, la que el año 1985 estableció principios similares a los del derecho anglosajón a través de la Directiva Europea No. 347 del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos. (p. 31)

Asimismo, Zalamea (ob. cit.) indica que “Actualmente Colombia posee una legislación sobre responsabilidad civil de productos defectuosos semejante a lo regulado en las legislaciones con mayor desarrollo en la materia, enfatizando en la inclusión del aseguramiento como una perspectiva novedosa”. (p. 107).

La autora señala igualmente, “Que los fallos más importantes que dieron lugar a la aparición de la imputación objetiva para la responsabilidad derivada de un producto defectuoso fueron los adoptados en los casos Henningsen (1960) y Greeman (1965)”. En este último comenta que se establece que, un productor es objetivamente responsable cuando un artículo que él ha colocado en el mercado, sabiendo que va a ser inspeccionado previamente para encontrar sus defectos, tiene un defecto que causa una lesión a un ser humano. (p. 15).

En el Perú, la teoría del riesgo como factor de atribución de RC extracontractual se evidencia en la Casación No. 2248-98 (Diario Oficial El Peruano del 23 de abril de 1999) donde se define la responsabilidad objetiva, señalando que:

Los ingresos materiales han traído como contrapartida el crecimiento de los riesgos, dando lugar a la teoría de la responsabilidad por cosas riesgosas o peligrosas, en cuyo caso no es necesario que se determine la culpa o el dolo del agente, el que responde por los daños causados, sin importar ningún otro aspecto subjetivo.

Igualmente, la citada jurista colombiana opina que en los casos en que se verifica responsabilidad solidaria debe pagarse una indemnización.

Alterini (2016) señala que:

El gran desafío del Derecho de Daños del siglo XXI está en lograr anticiparse al daño, superando el paradigma clásico de que no hay responsabilidad sin daño. Queda claro que debe existir una responsabilidad preventiva junto a la responsabilidad resarcitoria. (p.50)

Taboada (2013) en su obra Elementos de la Responsabilidad Civil señala que: Como consecuencia de la existencia de muchos daños extrapatrimoniales, se brinda mayor acogida a los sistemas de RC extracontractual fundamentada en la teoría del riesgo. Esta se caracteriza por hacer total abstracción del factor subjetivo del autor y busca centrar su atención únicamente en los aspectos objetivos, como el propio daño causado y la relación de causalidad. (p. 114).

Woolcott en su obra La responsabilidad del productor (2003) opina que:

Es con el caso renombrado Gremman (1963) que se tiene reconocida judicialmente la naturaleza extracontractual de la responsabilidad objetiva del productor, sin recurrirse más a acciones o a la “máscara contractual” atribuida a la extensión de las garantías (warranties). La sentencia se configura como el

leading case. Aquí las Cortes norteamericanas se atuvieron en sus resoluciones sucesivas destacando sobre todo la introducción oficial de la noción de defectuosidad, noción que se convierte en la piedra angular de la responsabilidad objetiva del productor, aun si no se aportaba claridad en cuanto a su real contenido. A través de esa sentencia se fija el principio según el cual el productor debe soportar la responsabilidad por los riesgos de los productos que coloca en el mercado. (p. 486)

Por su parte Sotomarinó (2007), en su obra *La RC por Productos Defectuosos* comenta que:

La antigua Ley de Protección del Consumidor (DL 716) en su artículo 32 privilegió el sistema de RC extracontractual de naturaleza objetiva. Asimismo, considera que se ha recogido elementos específicos de la relación del defecto con la ausencia de seguridad del producto. (p. 298)

Espinoza (2019, p. 1082) señala que “El artículo 101 del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, del 1 de enero del 2010 establece que la responsabilidad de los proveedores de productos defectuosos es solidaria y objetiva”

Asimismo, Espinoza (ob. cit.) comenta que:

Un producto defectuoso de conformidad con el artículo 102 del citado Código, es aquel que no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho, tomando en consideración circunstancias tales como el diseño del producto; la manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado incluyendo la apariencia, el uso de cualquier marca y la publicidad referida, el empleo de

instrucciones o advertencias sobre el uso previsible del producto así como los materiales, el contenido y la conducción del productor. (p. 1069)

En esa perspectiva, resulta pertinente citar a Chulia (1995, p.165) quien señala que: “La franquicia es un contrato de distribución comercial, en que el distribuidor compra y reventa”. Además, Chulia (1995) dice también que:

La franquicia aparece normalizada por la autorización que brinda el concedente o franquiciante. En tal virtud, le confiere al franquiciado la facultad de utilizar su marca generalmente internacional, y la integra en su red de comercialización junto a otros franquiciados y le presta asistencia técnica en la organización del establecimiento y en la actividad de presentación del producto, así como la promoción de ventas, publicidad y distribución. (p.166)

En atención a ello, Chulia (ob. cit., p. 166) señala que “Resulta pertinente analizar la aplicación de la figura de la RC por la elaboración de productos defectuosos en el contrato de franquicia”, teniendo en cuenta que dichos productos pueden también generarse en virtud de dicho contrato, motivando que la relación jurídica y económica entre el franquiciante y el franquiciado, va a significar como comenta Soria (2014, p. 88), “La transferencia del know how, el licenciamiento de los signos distintivos de la franquicia, brindar asistencia técnica y propiciar la autonomía empresarial de cada una de las partes”.

Callegari (1996, p.130) señala que: “Si el franquiciante se beneficia con la actividad económica desarrollada por el franquiciado a través del cobro de los cánones y regalías, es justo que deba responder de las consecuencias dañosas frente a terceros, conjuntamente con el franquiciado”.

Morales (1996) señala que:

Las teorías subjetivistas y objetivistas en los sistemas de RC contractual y extracontractual no se presentan puras conteniendo generalmente normas que responden a la naturaleza de ambas teorías. Existen en su opinión predominancias o tendencias para el subjetivismo u objetivismo. Se evidencia el predominio de la primera en la RC contractual y de la objetivista en la RC extracontractual. Finalmente considera que lo factible es proponer la unificación de los sistemas de RC. (p.45)

De otro lado resulta pertinente mencionar importantes investigaciones nacionales e internacionales que promueven la regulación del contrato de franquicia, como son las siguientes:

a) En el ámbito nacional:

Zorrilla G (2019) en su Tesis de Licenciatura en la Universidad Ricardo Palma “La necesidad de una regulación de la franquicia”; Velásquez H. (2018) en su Tesis de Licenciatura en la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, titulada “La Franquicia en el Perú; desde el la perspectiva jurídico, económico y social, y la necesidad de una regulación específica en la economía peruana en el periodo 2009 – 2016”; Vera K (2019) en su Tesis de Maestría en Derecho Empresarial “Planteamiento Regulatorio del Contrato de Franquicia en el Perú” en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Chirinos K. Porto M. y Roncal T. (2017) en su Tesis de Maestría en Derecho Civil “Regulación del Contrato de Franquicia en el Perú”, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

b) En el ámbito internacional:

Cebrián Salvat (2017) en su Tesis de Doctorado, Contratos Internacionales de Franquicia en la Universidad de Murcia; Pérez Serrabona Gonzales (2014) en su Tesis de Doctorado en la Universidad de Granada; titulada “El contrato de franquicia un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado”, Urquidi (2012) en su Tesis de Maestría “Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia”, en la Universidad Andina Simón Bolívar. Gonzales R. (2010) en su Tesis de Licenciatura “Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la Franquicia Comercial en Colombia”, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; Galeano L y Neira M. (2008) en su Tesis de Licenciatura ante la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá titulada “El Contrato de Franquicia”, señalan que “considerando la magnitud de las empresas intervinientes en el contrato de franquicia, la carencia de regulación disminuye la seguridad jurídica”.

Todos estos investigadores consideran que la regulación jurídica contribuye a promover el contrato de franquicia, confiriéndole seguridad a las partes intervinientes en cuanto a sus derechos y obligaciones.

2.2. Bases teóricas

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, resulta muy importante analizar el tratamiento de la doctrina nacional y extranjera con relación a las responsabilidades y situaciones de incumplimiento en la relación jurídica entre franquiciante y franquiciado, así como sus efectos frente a terceros consumidores, fundamentalmente con motivo de la elaboración de productos defectuosos. En ese contexto se debe estudiar también la regulación del contrato de franquicia, así como la eventual solidaridad entre franquiciante y franquiciado. Ubicándonos en el plano

fáctico, por un lado, tenemos al franquiciante, usualmente una empresa que ya ha recorrido un camino en determinado subsector industrial y que, bien sea por iniciativa propia o por el devenir de los acontecimientos, logró estandarizar la administración de sus activos y de su operación, de la gestión de sus marcas, la relación con sus proveedores, entre otros.

La mayoría de veces se trata de una persona jurídica que ha logrado desarrollar la totalidad de sus procesos, de manera tal que, tanto estos como las externalidades derivadas de los mismos, se encuentran documentadas y, por tal motivo, son susceptibles de ser transferidos a un tercero.

Por otro lado, tenemos al franquiciado, una persona natural o jurídica, cuyo interés radica en ingresar al subsector industrial minimizando riesgos y curva de aprendizaje, para lo cual está dispuesto a reducir los márgenes de utilidad y pagar al franquiciante a cambio de obtener certeza financiera. Es característico que, el franquiciante busca multiplicar sus dividendos a partir de una contraprestación consistente en la transferencia temporal de sus fórmulas de negocio exitosas, en la que los procesos y procedimientos de operación tienen un papel preponderante, a favor del franquiciado. Este, a su vez, busca un flujo de caja seguro y por ello, se compromete a pagar una suma de dinero fijada por concepto de prestación, normalmente en una combinación de pagos fijos iniciales y regalías –royalties– mensuales y/o anuales.

Teniendo en cuenta lo dicho, es de central relevancia comprender que la reducción del nivel de incertidumbre financiera es lo que justamente le otorga al franquiciante una situación de prevalencia, por ocupar una posición de éxito comercial a la cual, digámoslo sin rodeos, el franquiciado busca acercarse.

De acuerdo con Farina (2005):

Se distinguen dos modalidades en la relación jurídica de *franchising*. Por un lado, el "*product franchising*" que consiste en el otorgamiento al franquiciado de un derecho de distribución exclusivo o semi exclusivo, usualmente en un ámbito geográfico delimitado de un producto por parte del fabricante, en nuestro caso, el franquiciante. Además, el "*format franchising*" de mayor complejidad, pero también de mayor presencia en el tráfico comercial en nuestra sociedad que consiste en una mixtura de técnicas, métodos, procesos de operación - el *know how*, el licenciamiento de uso de determinados bienes en materiales valiosos como marcas, comerciales, sistemas informáticos especializados sin descartar, claro está, el acceso a la cadena de proveedores, suministros y bienes muebles, que reúnen determinados estándares. (p. 450)

Como menciona Barbieri (1998):

Es muy importante el control que debe efectuar el franquiciante sobre el franquiciado, abarcando diversos aspectos como el control técnico de la calidad de los productos comercializados, control de auditorías contables, así como de la publicidad efectuada, cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del franquiciado. (p. 177)

Guyenot (1972) opina que:

La franquicia es una forma de concesión de una marca de productos o servicios, a la que se le añade un conjunto de métodos y medios propios para que la empresa concesionaria asegure la explotación racional de la concesión, administrando la empresa en condiciones tales que permitan alcanzar la mejor rentabilidad por el concedente y concesionario. (p.157)

El contrato de franquicia, como sostiene Arias-Schreiber (1996):

Es un contrato complejo, innominado y atípico en el Perú, que no goza de ningún tratamiento legislativo específico, y al que resultan aplicables las reglas generales del CC sobre contratos, pudiendo las partes determinar el contenido contractual siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, incluyendo a la RC. (p. 1041)

Como señalan Torrente C. Galindo R. y Alturo A. (1995):

El franquiciante le ofrece al franquiciado la posibilidad de usar su marca, su nombre, sus colores, su sistema de publicidad y su conocimiento plenamente protegido para obtener éxito en el desarrollo del negocio, generando un nivel de complementariedad y responsabilidad compartida. (p. 46)

Espinoza (2019) distingue cuatro elementos fundamentales constitutivos de la RC:

(1). El incumplimiento objetivo como acción antijurídica imputable a quien genera el daño. (2). La existencia de daño actual y razonable ocasionado a la otra parte. (3). La verificación de culpa y/o dolo en la acción de incumplimiento. (4). La determinación de una causalidad adecuada entre el incumplimiento virtual y el daño comprobado. (p. 137).

También, señala que:

La responsabilidad por productos defectuosos es un supuesto que se ha abierto paso en fecha relativamente reciente y surge cuando se ocasionan daños a la integridad, a la salud, o al patrimonio de los consumidores entendiéndose en sentido lato, debido a defectos en el daño, fabricación, en la información del

producto. El parámetro para determinar si un producto, es defectuoso está en función de la seguridad que dice tener frente a los consumidores que los utilizan o como establece nuestra legislación de la seguridad a que las personas tienen derecho. (p. 1060)

Igualmente indica que:

Frente a todo daño, como señalan los mencionados juristas, se busca la indemnización, debido a que nadie se resigna a soportar de primera intención el perjuicio, siempre se piensa que es otro el causante del daño y que por lo tanto le corresponde asumir las responsabilidades legales. Por otro lado, no debemos olvidar que el incumplimiento puede ocasionarse en cualquiera de las dos partes, y, por lo tanto, la exigencia de la resolución del contrato y los daños y perjuicios generados pueden ser reclamados tanto frente al franquiciante como ante el franquiciado. A fin de precisar los alcances de la reparación del daño eventualmente generado en casos de resolución por incumplimiento de contratos de franquicia, previamente debe determinarse el régimen de responsabilidad, sea en el ámbito contractual o extracontractual. (p. 1061)

Marzorati (2014) señala que:

El contrato de franquicia es un sistema de distribución de bienes y servicios que tiene importancia y gravitación dentro del contexto de determinadas economías, las que han originado que por su sola existencia se produzcan importantes efectos frente a terceros que trascienden la propia relación franquiciante – franquiciado. (p. 239)

En *primer lugar*, el elemento constitutivo que diera lugar al recurrente tratamiento por parte de la doctrina respecto a la posible responsabilidad que asumirá el franquiciante con respecto a relaciones propias del franquiciado con terceros ha sido distinguido y tiene su sustento en el significado y alcances del control en el sistema de franquicias. (p. 188)

El elemento control, como sostiene Marzorati, implica que “A partir de la suscripción de un contrato entre entes independientes entre sí, una parte impone a la otra una dominación técnica y de control de implementación de un sistema de comercialización”. (p.189)

Señala además que, desde esa óptica:

El control es el lado opuesto de la colaboración desde un punto de vista empresarial y, como tal, se erige en uno de los elementos definitorios del contrato de franquicia, lo que provoca una necesidad de colaboración permanente –asesoramiento, apoyo y amparo– a todas las franquiciadas en los aspectos comerciales, técnicos, tecnológicos e industriales de la franquicia. (p. 190)

Comenta Woolewtt (ob.cit):

La importancia del continuo deber de verificación y supervisión sobre los distintos aspectos de la franquicia verificando, evitando y sancionando la elaboración de productos defectuosos de modo tal que, si existe una desviación por parte del franquiciado del plan negocial –tanto en la interpretación como en la ejecución de algunas cláusulas, disposiciones, mecanismos o métodos que lo componen– el franquiciante se verá obligado a dar las instrucciones precisas

de manera permanente, incluso haciendo uso exclusivo de los medios contractuales de los que pueda valerse. (p.191)

Igualmente, Marzorati comenta que:

El sistema de franquicia propicia la distribución comercial de una manera novedosa. Una de sus mayores fortalezas es la clara distinción entre las responsabilidades del franquiciante y las de los franquiciados. En cuanto a la solidaridad entre franquiciante y franquiciado, se debe analizar la naturaleza de dicha relación jurídica, así como los derechos y obligaciones de las partes. (p.192)

Opina Obiol (2016) que:

En la franquicia estamos ante un caso de cooperación o simbiosis empresarial que busca la consecución de unos fines comunes. Estando las partes vinculadas por medio de un contrato se comprometen a cumplir la ejecución de dichas obligaciones y el ejercicio de determinados derechos. (p. 205)

Consideramos que por medio de la franquicia se establece una relación estrecha y bilateral entre cada franquiciado y la empresa matriz. También se da, en forma paralela, una relación multilateral para la intermediación entre el franquiciante y cada uno de los franquiciados, lo que permitirá integrar la red de comercialización de los productos. Sin embargo, ante su calidad de fabricante independiente, el franquiciado debe responder en forma solidaria ante el consumidor, principalmente bajo un criterio de responsabilidad objetiva definida por León H. (2016, p. 165) como “Aquella que en su determinación prescinde del análisis de la conducta del responsable”.

Brebbia (1980, p. 84) es claro al indicar que “La responsabilidad objetiva es aquella fundada principalmente en el riesgo, además de otros fundamentos, mientras que la responsabilidad subjetiva está basada en la culpa”.

Asimismo, comenta que:

El estudio de la RC debe estar orientado a analizar el alcance de las relaciones jurídicas y económicas del franquiciante y franquiciado en virtud del contrato de franquicia y desde al menos, dos ángulos diferentes. De un lado, la responsabilidad contractual de las relaciones entre franquiciante y franquiciado, y la generada entre franquiciado y consumidor adquirente directo del producto o servicio. De otro lado, la responsabilidad extracontractual en relación con los terceros consumidores –con especial énfasis sobre la responsabilidad por productos defectuosos– teniendo en cuenta que los fabricantes también pueden causar daño y deben asumir responsabilidad. (p. 84)

Castillo (2010) opina que:

La RC contractual constituye una forma de ejecución forzada de la obligación incumplida, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una sanción por un daño injustamente ocasionado o una compensación por el daño injustamente causado si se analiza desde la perspectiva de la víctima. (p. 68)

Igualmente, Brebbia (ob. cit.) señala que:

Es necesario distinguir los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, porque el “caso fortuito” y la “fuerza mayor” funcionan de manera distinta en esos diferentes campos. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad contractual hay que señalar que el caso fortuito o la fuerza

mayor no solo descartan la culpabilidad del sujeto, sino que interrumpe el nexo causal y debido a ello la obligación se extingue. (p. 85)

Debe recordarse también que la RC, según Espinoza (2019), cumple las funciones de:

(i) reaccionar contra el acto ilícito dañino a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; (ii) retomar el statu quo ante el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; (iii) reafirmar el poder sancionatorio o punitivo del Estado; (iv) disuadir a cualquiera que intente voluntaria o culposamente cometer actos perjudiciales para terceros; (v) realizar la distribución de las pérdidas. (vi) efectuar la asignación de costas. (p. 70)

Por su parte Bustamante (1979) señala que:

El fundamento de la responsabilidad es un deber u obligación de garantía frente al adquirente –usuario o consumidor– consistente en la posesión de una cosa no dañina y que sirva a su destino normal de uso o consumo. Mencionar el hecho de que entre las obligaciones que establece la Federación Francesa de Franquicias, en su Código de Deontología, destaca la de los franquiciantes de mantener una garantía frente a los vicios de la cosa vendida frente al franquiciado. (p. 870)

Goldenberg (1984, p. 99) manifiesta que “En la responsabilidad contractual del fabricante vendedor de productos elaborados encontramos un dilatado campo para la aplicación práctica de la RC”.

Señala, además, que:

La doctrina considera que, en estas situaciones, el fabricante asume frente al comprador una obligación de seguridad por los daños que el producto pueda

causarle a raíz del vicio que contiene. Es un corolario de la existencia de la buena fe y de la protección de la confianza puesta por quien adquiere un producto lanzado al mercado por el elaborador. Esta garantía, opina, impone el deber de preservar al adquirente de cualquier daño derivado del consumo o de la utilización del producto. La existencia del perjuicio aparece, de este modo, como una consecuencia inmediata y necesaria del quebrantamiento de dicha obligación. (p. 100)

Keimelmajer (1990, p. 305) señala que “El consumidor dañado tiene acción ante el franquiciado por vía contractual y ante el franquiciante por vía extracontractual como dueño que obtiene un beneficio económico. La idea es mantener a ambos como responsables ante el damnificado”.

Keimelmajer (1990) señala que:

Ello se debe a que conjuntamente concretan la cooperación para la presentación del bien o servicio en el mercado con la finalidad de obtener un lugar destacado en el mismo y ganancia, por lo cual deben correr idénticos riesgos. Asimismo, establece como deber del proveedor brindar la información que debe ser ofrecida en forma cierta y objetiva con criterios de veracidad, suficiencia, eficacia y con todos los datos necesarios relacionados con las características esenciales de la franquicia. (p. 306)

Keimelmajer (ob. cit., p. 307) opina que “Respecto al fabricante, la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual exige la aplicación de regímenes diferentes ante un hecho básicamente idéntico. Se trata del riesgo social de la producción y el lanzamiento del producto vicioso o defectuoso al mercado de consumo”.

Alterini (1988) refiere que:

La RC del vendedor se extiende solo a las consecuencias inmediatas y necesarias del producto defectuoso, en tanto que, si ese mismo fabricante no fuese el vendedor directo, la responsabilidad se extiende a las consecuencias inmediatas y previsibles. En esa orientación, las normas específicas en cuanto a la configuración del producto defectuoso regularán la responsabilidad del fabricante, siendo que los consumidores gozan de una protección bastante desarrollada en la legislación norteamericana, europea y paulatinamente en la latinoamericana. (p. 139)

Alterini (ob. cit.) señala igualmente que:

El problema se plantea sobre si el franquiciado ha de asumir la responsabilidad. Además, se debe tener en cuenta, la cuestión de la reparación del daño ocasionado al consumidor o terceros por el producto o servicio. En este aspecto, ante la falta de legislación expresa que regule la relación entre franquiciante y franquiciado, los convenios sobre la temática - limitaciones, exoneraciones, entre otros - deben suplir dicho problema siempre y cuando “no se trate de cláusulas abusivas y contrarias a la buena fe”. (p. 140)

Bescos (1990) señala que:

La empresa que ha comercializado un producto y que suprime toda indicación del fabricante, se presume que tiene una notoriedad y potencia que permitirán asimilarlo enteramente a un productor y hacerlo soportar la responsabilidad.

Opina además que:

Las directivas de la Unión Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos se limitan a amenazarla con incluir en el régimen de responsabilidad a la empresa comercializadora hasta que ella indique quien es el fabricante de la cosa o quien se la ha suministrado. A su vez, este no escapará, a su turno, a la responsabilidad nada más que denunciando quien ha sido su propio abastecedor". (p. 180)

Añade Bescos (1990) que:

Las Directrices en la Unión Europea la franquicia internacional presenta un sistema que facilita a empresarios dinámicos, más posibilidades de crecimiento con un menor riesgo, facilidad que se desarrolla jurídicamente a través del contrato de franquicia señalando, además, que dicha fórmula de distribución y prestación de servicios está experimentando un fuerte crecimiento en el mundo desarrollado. (p. 188)

Igualmente, Bescos (ob. cit.) afirma que:

Existe una responsabilidad por parte del proveedor por el producto que entrega al cliente similar a la generada en cualquier caso de un producto puesto en el comercio, reducida en la medida del mayor conocimiento que el cliente tenga debido a la actividad y el prestigio de una marca como la asistencia profesional de terceros en la oportunidad de recibir servicios determinados. Si el franquiciante se beneficia de la actividad económica desarrollada por el franquiciado a través del cobro de los cánones y regalías, es justo que deba responder de las consecuencias dañosas frente a terceros. La forma de reducir los costos de este sistema de protección al consumidor en el contrato de franquicias es la aplicación de un sistema de seguros eficiente, cuyo valor

estará en relación con la seriedad y confiabilidad que el franquiciante sepa dar a su marca. (p. 189)

López (2008, p. 115) a su vez plantea que “En el cabal cumplimiento de asegurar bienes y servicios de calidad óptima, los competidores franquiciantes deben esforzarse en lograr ello, ofrecer menores precios, velar porque sus productos no atenten contra la salud y seguridad”. Señala, además, que “las partes son solidariamente responsables por los daños que les causen a terceros”.

En cuanto a la regulación, especialmente sobre la responsabilidad en el contrato de franquicia, Arias-Schreiber (1996) señala que:

La regulación podría hacer más daño que provecho, y que la falta de normatividad no es un gran obstáculo para el desarrollo de este contrato que, por tener matices modernos, no debería estar enmarcado por reglas específicas que le resten autonomía y flexibilidad. También opina que es necesario que el negocio crezca y se desarrolle para advertir qué orientaciones tiene y entonces verificar si los parámetros europeos, norteamericanos o latinoamericanos le son aplicables. (p. 1024)

Luego de transcurrido un tiempo más que prudencial, consideramos que esta posición no es muy exacta. Es cierto que la franquicia se encuentra en constante evolución y que encasillarla en una definición legal rígida no sólo sería perjudicial, sino que sería necesario establecer una norma legal con correlato factico, plena vinculación con la realidad, pero esta postulación se orienta a fomentar el desarrollo del mercado, y no a limitarlo.

En el Perú, salvo algunas excepciones importantes, la franquicia es un sistema que no ha tenido todavía mayores repercusiones significativas en el empresariado nacional. Ello, lo atribuimos, entre otros motivos, a que no cuenta en la legislación nacional con la plena seguridad jurídica con respecto al régimen de responsabilidad aplicable a las partes contratantes y a su relación con terceros. Estimamos que no resulta conveniente manifestar, por lo tanto, que su atipicidad favorece el desarrollo de la franquicia en el Perú.

Por ello, atendiendo a los hechos, a los problemas observados en otros países del ámbito, internacional y a la paulatina presencia de la franquicia en nuestro país, nos orientamos a plantear la regulación de ciertos aspectos del contrato de franquicia a fin de evitar similares problemas en el mercado nacional y de esta manera fomentar el mayor desarrollo de empresas franquiciadas.

En ese sentido, la regulación del contrato debe estar preponderantemente orientada a establecer una definición del contrato; la identificación de las partes intervinientes en el contrato, la forma mediante la cual se manifiesta la voluntad de los contratantes; la información previa que cada parte debe brindar antes de celebrar el contrato de franquicia; establecer las causales de nulidad del contrato; el plazo del contrato; las causales de resolución; el régimen de responsabilidad con la mención expresa a las cláusulas de confidencialidad y no competencia del sistema; así como respecto “a la responsabilidad por la elaboración de los productos defectuosos” que son aspectos neurálgicos que restringen o limitan el acceso de las empresas al sistema de franquicias. Ello no afirma la certeza del cumplimiento de estas obligaciones, motivando lo que se conoce como el aumento de costos de transacción o externalidades dentro de los lineamientos del Análisis Económico del Derecho.

Consideramos que la regulación del contrato significaría un gran aporte en favor de los franquiciantes, franquiciados, consumidores, así como para asegurar el rol promotor y regulador que debe cumplir el Estado. Por otro lado, podemos coincidir con Zalamea (2014, p.107), quien señala que “las principales legislaciones del mundo tomaron la iniciativa de crear una regulación especial para proteger a las víctimas de perjuicios causados por un producto defectuoso”.

Esta finalidad garantista es muy importante porque se trata de la distribución social del riesgo a fin de asumir el resarcimiento de los daños. Como señalamos anteriormente Figueroa (2014) comenta que:

Es muy importante la creación de un Código Deontológico de Franquicia en el Perú, así como la suscripción de un documento previo suscrito por el franquiciante y franquiciado antes de la celebración del contrato de franquicia con la finalidad de definir previamente sus alcances, derechos y obligaciones.
(p. 58)

2.2.1. La RC como rama del Derecho y su problemática

2.2.1.1. Diferencias entre RC contractual y extracontractual

Para Morales (1996, p. 78) la RC “Es el conjunto de normas y principios que pretenden responder al problema de los daños causados por terceros intentando satisfacer a la víctima lo más ampliamente posible, con el fin de reparar el daño sufrido patrimonial o extra patrimonialmente”.

Morales (ob. cit.) señala que deben resaltarse los siguientes aspectos de la RC:

- La referencia a un conjunto de principios que deben ser recogidos armoniosamente en el Derecho Positivo, tomando entonces el nombre de sistema normativo.
- La indicación que se trata de reparar el daño causado por terceros. Dentro de la RC privada es necesario que los daños no deriven de hechos propios, caso contrario sería imposible desplazar las consecuencias de la reparación.
- La precisión que se trata de cumplir con el objetivo fundamental de la institución que es reparar todas las consecuencias del daño.
- La convicción que se trata de reparar un daño tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial. Vale decir, en su aspecto puramente económico como personal, aunque esto pueda revestir muchas dificultades. (p. 77)

La responsabilidad contractual. Según Bejarano (1988, p. 207) “La responsabilidad contractual es la proveniente de la transgresión de una cláusula particular de una norma *jurídica individual*, de un contrato u otro acto jurídico de Derecho Privado”.

Para De Pina (1958) es aquella que:

Tiene su origen en la infracción de un vínculo obligatorio preexistente, es decir que tiene como presupuesto la existencia de una obligación, que exige en caso de ser incumplida, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. (p. 232)

Señala el destacado jurista mexicano De Pina (ob. cit.) que:

El contrato pues sin duda crea un conjunto de obligaciones entre las partes que deben ser cumplidas en las condiciones pactadas. De modo tal que, si se produjera un eventual incumplimiento de alguna o varias de sus disposiciones o el cumplimiento tardío, es decir, fuera del plazo convenido, estaríamos ante una infracción a ese vínculo obligacional. Ello obviamente genera daños a una de las partes, por lo tanto, se produce también el deber de resarcir los mismos. (p. 232)

Igualmente, De Piña comenta que es preciso indicar que:

El supuesto de incumplimiento, es decir, el que ocurre cuando una de las partes por acción u omisión no cumple como debiera con la prestación que le sea exigible como consecuencia del contrato. Este también comprende el cumplimiento parcial, vale decir, el cumplimiento de la prestación en forma fragmentada. De modo tal que, se puede perjudicar al acreedor al no cumplirse con ella en forma completa. El cumplimiento parcial, debe diferenciarse del cumplimiento defectuoso, en el que el deudor cumple con una prestación diversa a la señalada; en este caso, al no existir no existir prestación legalmente cumplida al no haber identidad en la prestación adeudada y la ejecutada. (p. 232)

Para el segundo supuesto, De Pina (1958) indica que:

Para que surja la obligación de reparar por la tardanza o mora, se debe constituir en mora al deudor, lo que se conoce como mora *ex personae*; salvo en los casos en que el plazo, la naturaleza y circunstancias de la obligación sean

esenciales para el cumplimiento de la prestación, lo que se denomina “*mora ex re ó mora automática*”. (p. 233)

Establece también De Pina (ob. cit.) que:

Al haberse constituido cualquiera de los dos supuestos señalados se estaría generando el derecho del perjudicado al resarcimiento por los daños que se les pudo haber causado, lo que en la práctica consiste en la entrega de una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera recibido a consecuencia del normal cumplimiento de las obligaciones que la originaron. (p. 233)

Debe tenerse presente que, al referirse a este tipo de responsabilidad, estamos involucrando necesariamente un contrato y no se encuentran incluidas las relaciones jurídicas, en las que el daño se produce a consecuencia de relaciones jurídicas distintas del contrato. Por ello, Calle (1928) sugiere utilizar “la denominación de ‘responsabilidad negocial’ para estos supuestos, de modo tal que no se produzcan confusiones”. (p. 186)

La responsabilidad extracontractual

De Trazegnies (2016) señala que:

La responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el Derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. (p. 47)

Asimismo, De Trazegnies (ob. Cit.) comenta que:

La moderna responsabilidad extracontractual coloca el acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable: el automovilista imprudente puede ser sancionado con multas -aún si no ha llegado a producir daños- o eventualmente con sanciones penales si su conducta ha sido particularmente grave; pero el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, persigue el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, con independencia de que el causante merezca un castigo o no. Opina que, como puede advertirse, resarcir es desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona, el culpable, el causante, el empleador, el asegurador, entre otros. Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona, si no existe alguna buena razón para que ésta otra los soporte. (p. 48)

Espinoza (2019, p. 296) dice que “Mientras la RC subjetiva se sustenta en la existencia de culpa, el fundamento de la RC objetiva son situaciones de riesgo, las situaciones de ventaja o las situaciones legales individuales por el ordenamiento jurídico”

2.2.2. Fuentes sobre el Derecho de la RC

2.2.2.1. Visión tradicional de la RC.

Payet (1997) opina que:

Tradicionalmente, se ha percibido la RC como una cuestión que involucra únicamente a las personas del agente dañoso y de la víctima y que, por tanto, debe resolverse con la atención puesta sólo en los intereses y derechos de ambos, y especialmente en las relaciones que pueden existir entre ellos. (p. 571)

Payet (ob. cit.) citando a Diez (1999), amplia y confiere relevancia de la norma que “le dio a la RC una estructura de carácter individualista” (p. 570). En ese sentido, comenta que:

Se pueden percibir tres características de la visión social que conforma la teoría clásica de la RC. En *primer lugar*, se perciben los accidentes como problemas diádicos que involucran a dos unidades. En *segundo lugar*, la visión social clásica percibe a las partes en un conflicto como personas individuales, y no en cuanto, pertenecen a un grupo determinado. Finalmente, se considera que los accidentes son ocurrencias únicas, es decir, casuales, ocasionados o inteligibles sólo dentro de un contexto causal cuidadosamente determinado, considerándose que no existe posibilidad de pensar en su ocurrencia. (p. 571)

Payet (ob. cit.) señala que:

En esa visión, se desarrolla la teoría de la culpa, como único fundamento de la RC. Al percibirse “el problema de los daños causados por la interacción de dos personas, como una cuestión que involucra únicamente a ellas, el problema de la reparación del daño debe resolverse atendiendo sólo a los derechos de cada una y a las relaciones entre ellas”. (p. 572)

Señala Payet (ob. cit.) que:

A partir del momento en que la sociedad pasa a un segundo plano, el individuo se convierte en el constructor dinámico y responsable de su entorno social. Se considera que no se puede obligar a una persona a responder sino por lo que estuvo dentro de sus posibilidades. La obligación de indemnizar se deriva de

cómo el individuo ha ejercido su libertad, por cuanto ahí donde no ha existido libre decisión, tampoco puede haber responsabilidad”. (p. 572)

2.2.2.2. Visión moderna de la responsabilidad.

Payet (1997) señala que:

En la dinámica social actual se han producido considerables variaciones, con respecto a aquella que existía cuando surgió inicialmente la teoría de la culpa como fuente única de la RC, por el incremento de los riesgos de la vida en común, por las grandes ciudades, vehículos rápidos y diversos, trabajo colectivo en talleres y fábricas, el surgimiento de máquinas innovadoras. (p. 573)

Payet (ob. cit.) comenta que:

Se utilizan activamente la electricidad, los rayos y la radio, la circulación masiva de productos con características no siempre conocidas a ciencia cierta por los consumidores en el mercado, aumentan los riesgos de la vida en común (productos alimenticios, farmacéuticos), fenómenos que han motivado un sustantivo incremento en el número e intensidad de los accidentes, que constituyen un problema social de incidencia sistemática, con una raíz colectiva consecuencia de la vida comunitaria. (p. 573)

Payet (ob. cit., p. 573) considera entre las características del fenómeno de los accidentes las siguientes: opina que, en primer lugar, “La sociedad podría eventualmente eliminar las causas de ciertos accidentes, pero no quiere hacerlo, porque prefiere aprovechar las ventajas sociales que le brindan las actividades que le dan origen. Dichas faltas generan daños que son valorados por el Derecho”.

En segundo lugar, Payet (ob. cit., p. 574) “Invoca la existencia de mecanismos de distribución social del peso económico del daño, entre la totalidad o parte del cuerpo

social, tales como: los seguros o el sistema de precios, obliga a reconsiderar el problema de la RC”.

Payet (ob. cit., p. 575) opina que solo “No debe atenderse a las posibilidades de diversificación del riesgo que pudiera tener una empresa, sino también, los mecanismos como seguros de accidentes o seguros médicos que pudiera tener la propia víctima a su disposición”.

En este aspecto, como señala De Trazegnies (2016, p. 66), “La RC constituye un elemento de regulación social y de indemnización dentro de un contexto de seguros y seguridad social”.

En tercer lugar, Payet (ob. cit) refiere que:

La visión social de la cuestión de los accidentes debe atender a las diferencias que existen entre las categorías de personas involucradas, no es relevante para el análisis de la culpa, el hecho que el demandado fuera una persona individual o una empresa, ambos responden, sólo si la conducta resulta socialmente reprochable. (p. 575)

En *cuarto lugar*, Payet (ob. cit.) nos plantea que:

Debemos ser conscientes de que los accidentes en sí son fenómenos predecibles y de ocurrencia relativamente general y que la individualización de los causantes y víctimas involucradas en ellos es una cuestión de azar. Una visión social adecuada debe abstraer las características fundamentales de los accidentes individuales y atenderlos como interacción de categorías de actores sociales. Así, los casos individuales deberán diseñarse teniendo en cuenta el marco estructural en el que se relacionan las categorías de actores sociales involucrados. (p. 576)

En tal virtud, Payet (ob. cit.) comenta que:

Una visión social moderna debe tener una perspectiva grupal en el sentido de aprehender a las partes involucradas en un accidente como participantes o a un representante de grupos sociales. De esta manera, la RC cambiará de perspectiva a la vista de la interacción entre los grupos, la responsabilidad regulará los conflictos grupales. Los grupos son aquellos generados por el sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, incluyendo dentro de tal sistema, los costos de accidentes que generan dichos grupos como los fabricantes de productos y los consumidores; las industrias contaminantes y los agricultores; los arrendadores y los arrendatarios; los distribuidores y los compradores tienen una identidad natural dentro del sistema económico. (p. 576)

De otro lado, se recomienda que la visión social contemporánea de los accidentes deba ser estadística, para permitir planear y administrar los riesgos y los accidentes.

2.2.3. Justificación de la RC y de la responsabilidad por los daños causados mediante productos defectuosos

Durand (2007) señala que:

El consumidor es una persona natural o jurídica que utiliza o disfruta un bien económico, actividades, servicios o funciones como destinatario final, que suele ser la parte más débil de la cadena de comercialización, por lo que tiene una posición de asimetría informativa respecto de las condiciones y el contenido de los bienes o servicios adquiridos lo que lo hace susceptible de tutela ante las autoridades estatales. Asimismo, hace referencia del programa del presidente

John Kennedy en 1962 que estableció como objetivo funciones especiales en este campo como los derechos de información, educación y elección del consumidor. (p. 68)

Igualmente, Durand (2007, p. 69) señala que “El proveedor es aquel que produce, facilita, suministra o explota los bienes o servicios que son dados a los consumidores, ya sea de forma individual o colectiva e independientemente de si pertenece al Sector Público o Privado”.

Asimismo, Durand (2004, p. 41) en su Tesis Doctoral comenta y estudia profundamente “La relevancia del Derecho del Consumidor como derecho constitucional, derecho de la persona, derecho multidisciplinario en el que resulta plenamente aplicable la teoría de los intereses difusos”.

Finalmente, Durand (ob. cit., p. 42)) señala que “Es conveniente precisar que un sistema de responsabilidad es un medio de regulación social cuyos efectos no se agotan en la relación directa entre el actor y la víctima de un accidente o daño en perjuicio del consumidor”.

Durand (ob. cit., p. 43)) comenta que, en consecuencia, “Las justificaciones u objetivos de la RC deben ser examinados en el contexto de la visión social descrita, luego de habernos referido a algunos de ellos, como la eficiencia económica y la distribución del ingreso”.

En realidad, la responsabilidad no tiene un fundamento u objetivo único, pudiendo ser muchos. Sin embargo, resulta pertinente señalar, que el primer objetivo es el resarcimiento, por cuanto, la RC tiene un daño y busca su reparación económica.

Como señala De Trazegnies (2016, p. 55) “La responsabilidad contractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño, en realidad, el Derecho quiere que los aspectos materiales del daño sean aliviados”.

Además De Trazegnies (ob. cit.) comenta que:

La RC es la institución mediante la cual se determina qué daños son compensables, en qué extensión y de qué manera. En este contexto, la decisión sobre la reparación de las consecuencias económicas del daño puede tener diversos sentidos. Los principios u objetivos de la responsabilidad son las razones que sustentan la toma de una decisión particular sobre estos problemas y las finalidades que mediante las soluciones adoptadas se persiguen son diversas. (p. 57)

Payet (ob. cit.) establece que la RC tiene cuatro objetivos fundamentales:

En *primer lugar*, la responsabilidad busca disminuir el costo social de los accidentes, se trata pues de optimizar la ocurrencia de éstos. En este sentido, procura impulsar a los actores sociales hacia el nivel óptimo de inversiones en seguridad, de manera que se eviten los accidentes que vale la pena evitar y ello, haga el menor costo social posible. (p. 57)

En *segundo lugar*, la RC, busca dada la ocurrencia de un accidente, reducir en lo posible el peso económico de éste, esta finalidad supone el resarcimiento del daño sufrido por la víctima. Sin embargo, no se agota en la compensación, pues ella puede implicar, la imposición de todo el peso económico del daño sobre otra persona, más bien esta finalidad busca la difusión del peso económico del daño en un grupo numeroso de personas. (p. 58)

En *tercer lugar*, la RC tiene una finalidad moral y distributiva. Se trata de, mediante ella, imponer el peso económico de los daños sobre aquellas personas que, de acuerdo con las preferencias morales o distributivas de la sociedad, deban afrontarlo. Finalmente, el sistema de responsabilidad elegido debe lograr las metas sociales al menor costo posible; es decir, con la mayor eficiencia. (p. 58)

2.2.4. De los productos defectuosos

2.2.4.1. Elementos Intrínsecos de la responsabilidad por productos defectuosos.

El Producto. Payet (ob. cit.) estima que de acuerdo con el lenguaje ordinario “el producto” es una cosa producida. Es pues, el resultado de la actividad de producción. En un sentido más restringido, en su acepción económica, se considera producción a la actividad destinada a conferir utilidad a las cosas; es decir, a transformarlas, haciéndolas aptas para satisfacer necesidades humanas. Para estos efectos debe considerarse también, el fin de la producción en la empresa. Cita a Arjona (1974, p. 189) quien manifiesta que “El producto no interesa más que en su calidad de elemento susceptible de ser distribuido en el mercado, sea directamente o sujeto a ulteriores transformaciones”.

El Defecto. Payet (ob. cit., p. 708) *señala* que “El producto comercializado, no debe tener un defecto. El producto es defectuoso cuando no es seguro para el consumidor o cuando se torna inapto para su destino”.

Payet (ob. cit.) comenta que en el *primer supuesto*:

El producto es defectuoso cuando es peligroso para la salud o la integridad personal de una persona o de un tercero. Lo que interesa, lo que caracteriza,

es decir, la base para configurar el producto defectuoso es la seguridad, muy independientemente de la tutela de los intereses económicos. (p. 721)

Payet (ob. cit.) señala que:

El segundo supuesto está ligado al propósito y consiste en que el producto será defectuoso, cuando no cumple con el propósito para el cual ha sido destinado. En este caso, estamos ante la teoría de las garantías contractuales, y es que reclamar una responsabilidad de este tipo, involucra un contrato con garantía. Sin embargo, este supuesto no tiene mucho soporte y se considera que la responsabilidad por productos defectuosos se funda en un concepto de peligrosidad. (p. 722)

Igualmente indica que, en este sentido, no debe dejar de reconocerse, como señalan Rojo y Fernández (1974, p. 194), “La diferencia que existe entre los productos que son defectuosos por razón de un defecto, de aquellos que son peligrosos por naturaleza”.

Señala también que:

En el campo de la responsabilidad por productos, el defecto no se determina en función de la adecuación del producto a los términos de la transacción mediante la cual fue adquirida ni al interés contractual del adquirente. Tales criterios, como la idoneidad del producto para la finalidad a la que ha sido destinado, corresponden al concepto de defectuosidad que debe emplearse en la protección del interés contractual del adquirente. (p. 707)

Wade (1973) citado por Payet (ob. cit.) manifiesta que:

La relación entre defectuosidad y peligrosidad permite percibir que el concepto de defecto, para efectos de la RC, no coincide con el concepto ordinario de defectuosidad. En efecto, un producto defectuoso, es desde la perspectiva de la teoría de la producción, aquel que se aparta del diseño del propio fabricante, es decir, el que presenta una anormalidad. Ahora bien, en el sentido que nos interesa. (p. 708)

Wade (1973) señala igualmente que:

Un producto es defectuoso no sólo en esos casos, sino también cuando la propia norma del fabricante, por alguna razón, es considerada defectuosa. Por otro lado, no todos los productos que se apartan de la norma del fabricante son defectuosos. Para efectos de la RC, es necesario que su vicio o anormalidad les confiera una potencialidad dañosa. (p. 76)

Sin embargo, es evidente que la potencialidad para causar un daño es prácticamente ilimitada. Toda condición de un producto puede ser concebida como potencial causa de un daño.

2.2.5. Clases de Defectos

Reich y Micklitz (1990) citado por Payet (ob. cit.) quienes manifiestan que:

En general, la doctrina reconoce que existen tres tipos de defectos: defectos de construcción o fabricación, es decir, aquellos que se introducen en un producto individual, o en un grupo de productos individualmente considerados, debido a la falta de algún operario o maquinaria; defectos de diseño, que son los que afectan a toda una serie o clase de productos, que son diseñados de una manera considerada deficiente; y defectos de información, que se producen por

falta de advertencias o instrucciones adecuadas respecto a los riesgos de un producto. (p. 709)

Payet (ob. cit.) comenta que:

Se reconoce que el fabricante es responsable de los daños que cause la ausencia de alguna característica en el producto, cuando mediante expresiones publicitarias o de otro tipo, ha afirmado que el producto cuenta con tal característica. Finalmente, se reconoce en algunos casos, una categoría de defectos que se originan en la forma de comercialización del producto, es decir, en el mercado al que se los destina. (p. 709)

2.2.6. Elementos a tomarse en cuenta para determinar la defectuosidad de un producto

Al analizarse la defectuosidad de un producto se ponderan diversos factores interrelacionados, que deben evaluarse según un patrón de riesgo-beneficio; estos factores influyen sobre la utilidad, los riesgos o ambos aspectos de un producto.

Factores que determinan la utilidad del producto. Keeton y Page (1984, p. 590) establecen los siguientes factores: "El primer factor que debe atenderse en un análisis de costo-beneficio son las necesidades y deseos que el producto, tal como está diseñado satisface". En este sentido, afirman dichos juristas que:

La Corte Suprema de Nueva Jersey afirmó que la evaluación de la utilidad de un producto involucra la necesidad relativa de tal producto, algunos productos son esenciales, mientras que otros son lujos; indicando, aunque el producto sea lujoso este sirve para satisfacer una necesidad o un deseo. (p. 590)

Señalan igualmente que "Al evaluar la utilidad de un producto debe considerarse que tal concepto implica la capacidad de satisfacer tantas necesidades y

cuantos deseos”. Por ejemplo, un producto como el cigarrillo puede considerarse como sumamente dañino, pero tiene una utilidad en cuanto numerosas personas obtienen considerable placer al fumar. En este sentido, Owen (2014, p. 79) al “Exponer su relación de factores determinantes de la defectuosidad de un producto, distingue entre la utilidad funcional que objetivamente ofrece y la utilidad psicológica de un producto, caracterizada por la impresión previa que genera en el consumidor”.

Owen (ob cit) también señala que:

Se acepta en el Common Law de los Estados Unidos de manera general, que cuando el demandado ha cometido un acto ilícito de carácter grave o escandaloso, puede establecerse en favor del dañado además de la indemnización de carácter compensatorio una indemnización de carácter punitivo, destinada en castigar al demandado y a evitar que ocurra el mismo tipo de conducta en el futuro. (p. 79)

De otro lado, como señala Wade (1973) que:

La utilidad de un producto debe determinarse desde la perspectiva del público en general. La declaración de que un producto es defectuoso en cuanto a su diseño podría causar la remoción de toda una línea de productos del mercado, por lo que la pérdida de utilidad será para el público en general. Sin embargo, debe analizarse la utilidad desde la óptica del consumidor o usuario en particular debido a que éste es quien resulta directamente afectado por el producto. (p. 837)

Wade (ob. cit.) (citado por Payet) señala como “El *segundo factor* que debe considerarse para determinar la utilidad del diseño de un producto a la factibilidad de

modificar tal diseño, de manera que se reduzcan los riesgos inherentes a él, es decir, la factibilidad de diseños alternativos.” (p. 808)

Señala Walde (ob. cit.) (citado por Payet) que:

La factibilidad de un diseño alternativo debe establecerse considerando al producto como un todo. No es procedente establecer que existe un diseño alternativo factible, meramente porque la condición del producto que causó el daño pueda ser eliminada y, por el contrario, debe atenderse al diseño del producto en general y apreciarse la alternativa propuesta en este contexto. (p. 809)

Igualmente señala que:

Como criterios importantes y complementarios sobre la deliciosidad de un producto deben señalarse los siguientes: El uso previsible del producto. El grado de peligrosidad del producto depende de la situación en que se coloque, porque cualquier producto es capaz de entrar en una cadena de eventos que conduzcan a lesiones al consumidor o daños a su propiedad en el curso del consumo. (p. 723)

Payet señala los factores que influyen en el grado de peligro de un producto.

Dichos factores deben considerarse como elementos que pueden aumentar o reducir el grado de peligro de un producto mediante la incidencia que pueden tener en lo que constituye su uso previsible. Un factor de importancia primordial en lo que constituye el uso previsible de un producto es la manera como éste es introducido en el mercado. (p. 721)

Señalan Henderson y Tiworski (citados por Payet, 1997) que:

Ocasionalmente un producto cuyos riesgos son obvios y están más que compensados *por* los beneficios provenientes de un uso normal, llega a manos de un usuario que es incapaz de usar el producto de manera segura, con el consiguiente aumento de la posibilidad de que el producto sea usado de una manera dañina. En tales casos, puede reputarse que las técnicas de comercialización del producto del fabricante son inadecuadas para prevenir que esta combinación indebida del producto y usuario ocurra. (p. 836)

2.2.7. La relación de causalidad

Al respecto, Bustamante (1979) señala que:

Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por ello, la relación causal es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente, con el elemento de imputación subjetiva y de atribución objetiva, Este factor hace que el daño o la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. (p. 870)

Resulta necesario tratar las características jurídicas de la causalidad

El concepto de causalidad jurídica. La serie causal es indefinida, pues a cada causa preceden otras causas, hasta lo infinito, y más allá de cada efecto, se suceden siempre otros efectos ulteriores.

Al respecto *señala* Larenz (citado por Payet, 1997) que:

El concepto general de la causalidad no basta para deslindar las consecuencias jurídicamente relevantes y por tanto imputables, de aquellas otras que no han

de ser tenidas en cuenta para la determinación de los daños, por ser demasiado remotas y accidentales o fortuitas. (p. 197)

El citado jurista comenta que “Lo que interesa es determinar entre las causas, cuál es jurídicamente relevante, para efectos de la imputación del resultado al agente, no pudiéndose prescindir de la posición jurídica de las personas involucradas”. (p. 198)

Con relación a la causalidad adecuada, de acuerdo con esta teoría, deben imputarse al individuo los efectos de su conducta, los que son resultados adecuados de la misma.

2.2.8. La causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos

Rojo y Fernandez (1974, p. 955) señala que “En la responsabilidad por productos, la presencia del producto defectuoso como instrumento del daño introduce algunas complejidades adicionales en la apreciación de la relación de causalidad”.

Asimismo, Rojo y Fernandez (1974) mencionan que:

En la hipótesis de hecho de la responsabilidad por productos se encuentra el producto defectuoso, como conducto a través del cual se genera el daño. Así, entre la acción del responsable y el daño sufrido por la víctima, está el producto defectuoso, mediante el cual se desplaza el efecto dañoso. De este modo, típicamente, el responsable causará un defecto en el producto y este defecto, en el momento del uso o consumo del producto ocasionará, a su vez, el daño. (p. 956)

Señala, en tal sentido, Rojo y Fernández (ob. cit.) citado por Payet (1997) que:

La prueba de que la lesión es el resultado del efectivo despliegue de la potencialidad dañosa del producto se descompone en dos elementos: el primero el de la relación causal entre defecto y daño. La prueba de que la lesión

se produjo como consecuencia del uso o consumo del producto no es suficiente porque el daño ha de derivar de la defectuosidad del producto. El segundo es la prueba del defecto de fábrica. (p.207)

Señala Rojo que:

Tampoco es suficiente que el daño evidencie el origen del uso o consumo de un producto defectuoso teniendo que probarse que se trata de un producto potencial o realmente defectuoso, desde que ha salido del “manufacturer’s control”. La relación de causalidad que se exige no es entre un defecto cualquiera del producto y el daño, sino entre este y un defecto que sea reconducible a la esfera propia del fabricante. (p. 207)

En esa perspectiva señala Rojo y Fernández que “Resulta pertinente analizar las características y sus clases dentro de la relación de casualidad”. (p. 207), como son los siguientes:

Causalidad material: La reconducción del producto defectuoso al ámbito de control del responsable o demandado motiva que el demandante debe establecer que fue dañado por el defecto de ciertos productos, pero deberá acreditar que el defecto es de responsabilidad del demandado. Por ello, deberá descubrir una vinculación casual entre el demandado y el defecto. (p. 841)

Causalidad adecuada: Payet (ob. Cit.) señala que “el individuo debe asumir los efectos de su conducta, que son resultados adecuados de la misma”. (p. 840)

Un último elemento constitutivo de la *relación de causalidad entre el demandado y el daño* concierne a la adecuación que debe existir entre el acto del

demandado (la puesta en el comercio de un producto defectuoso) y el resultado atribuido. (p. 841)

Comenta Rojo (et. al.) que:

Se debe determinar si el daño producido es un efecto razonablemente previsible del defecto del producto puesto en circulación por el demandado. Ello debe apreciarse de acuerdo con un criterio de razonabilidad, pero considerando todas las circunstancias del hecho y no solamente aquellas que sean conocidas o resultaban cognoscibles en el momento de la conducta relevante. (p. 841)

Payet (ob. cit.) señala que:

En efecto, la defectuosidad de un producto se determina por un balance de los riesgos y beneficios derivados del mismo. Los riesgos a considerar para el efecto son los que resultan del uso o consumo generalmente previsible del producto. Determinada la defectuosidad, ante una hipótesis concreta de daños debe examinarse la relación de causalidad entre la puesta en circulación del producto defectuoso y los daños efectivamente ocurridos en el caso concreto.

Señala Payet que “La adecuación de estos, respecto de aquella, es cuestión distinta de la defectuosidad”. (p. 841)

Peirano (1981, p. 384) señala que “La causalidad se encuentra perfectamente establecida, los peligros se derivan causalmente del acto dañino, sin necesidad que intervenga otra causa extraña para que se configure”.

Opina también que:

La falta de adecuación entre el hecho del demandado y el resultado dañoso provendrá, en general, de una circunstancia imprevisible, que se inmiscuye en

la cadena causal y que determina que el resultado producido no sea objetivamente previsible, dado el hecho. La diversidad de situaciones en las que se pueden presentar circunstancias imprevistas que eliminan la adecuación entre el hecho del demandado y el resultado o conductas de la última o de terceros que contribuyen al daño es prácticamente ilimitada. Muchas de ellas, involucran algún tipo de uso anormal o alteración del producto por parte del demandante o de terceros. Lo inusual de estas circunstancias es que determinen un resultado imprevisible, destruyendo así la adecuación entre el resultado atribuido al demandado y su conducta inicial. (p. 385)

2.2.9. La RC por productos defectuosos

Payet (ob. cit.) sostiene que:

El fundamento de la RC por productos defectuosos y la determinación del patrón de responsabilidad radica en que debe establecerse en este campo, respecto a quien, en qué casos y con qué extensión, corresponderá al peso económico de los daños causados por dichos productos. Pero, para determinar una regla de responsabilidad, se debe examinar el entorno social en el que se genera y desarrolla la cuestión, porque existe una vinculación entre la norma jurídica y la visión que tienen los organismos de creación y aplicación del derecho respecto de la realidad social determinada que se vive. (p. 660)

En tal sentido, como sostiene Steiner (1983):

El fundamento de la RC, no se puede enfrentar con un enfoque doctrinario solamente, sino que se deben analizar elementos de mayor alcance, como el fenómeno social que significan los daños causados por productos defectuosos y las justificaciones que se ofrecen para promover determinada solución. (p. 49)

En ese contexto, señala que:

Se debe confrontar la visión social clásica del fenómeno de la responsabilidad con una visión social, moderna, adecuada a la realidad contemporánea, así como examinar las justificaciones que se ofrecen para la solución del problema de la responsabilidad de los daños causados por productos, formulando un patrón doctrinario o una regla de responsabilidad que resulte satisfactoria para solucionar el problema. (p. 50)

Kionka (1977) (citado por Payet) señala que bastará al demandante probar la ocurrencia del accidente como del daño y la imposibilidad de la ocurrencia de causas alternativas, para que se considere que ello se debió a un defecto que existía en el momento en que el producto estaba bajo el control del fabricante y que se debió a la negligencia de este. (p. 62)

Asimismo, Kionka (ob. cit.) (citado por Payet) orienta manifestando que:

El Derecho debe considerar las capacidades relativas de las partes para absorber y distribuir los costos, distinguiendo entre alguien que realiza una actividad asegurable y una víctima con recursos ilimitados, por lo que aquella se encuentra en mejores condiciones para absorber y distribuir los costos del daño reduciendo los costos secundarios de los accidentes. (p.10)

2.2.10. Doctrinas de la RC y la RC por los daños causados mediante productos defectuosos

Payet (ob. cit.) señala que:

Las principales doctrinas o reglas de responsabilidad que pueden plantearse en relación a daños causados por productos defectuosos son cuatro: *la primera de no responsabilidad* que establece la ausencia de responsabilidad del

fabricante en todos los casos y que disponga en consecuencia que el peso económico del daño permanezca sobre la víctima; *la segunda de responsabilidad absoluta* que establece que el fabricante responderá en todos los casos, sin importar las contingencias en las que se produjo el daño; *la tercera de responsabilidad sin culpa* que establece que el fabricante responderá en los casos en que de acuerdo con un criterio de razonabilidad debía evitar el accidente; y *por último, el de la responsabilidad por riesgo del fabricante* sujeta a la existencia de un defecto en el producto. (p. 606)

Analicemos cada uno de las teorías y criterios orientadas

La regla de no responsabilidad. Payet (1997) señala que:

La primera regla que puede plantearse en el campo de la responsabilidad por el daño a consecuencia de productos defectuosos es la que establezca que, producido un daño por virtud del uso de un producto, la víctima no tendrá en ningún caso, el derecho a ser indemnizada. Esta posición supone la decisión de imponer a la propia víctima la carga del peso económico del daño. (p. 627)

Mc Kean (1970) citado por Payet (ob. cit.) señala que:

La regla de no responsabilidad “conduciría a la eficiencia económica”, a la producción de accesorios de seguridad, cuidado en el uso de los productos, entre otros; por aquellas partes que tuvieran una ventaja comparativa en la prevención de accidentes. Si hubiera costos de transacción cero y si los individuos acordaran aceptar los resultados de los intercambios voluntarios, los compradores de productos contratarían a los productos para que incluyan accesorios de seguridad y se auto contratarían para ser cuidadosos, en tanto estas acciones resultasen rentables. (p. 627)

Asimismo, indica que “Desde la perspectiva de la eficiencia, que los consumidores demanden seguridad determina que los fabricantes la oferten”. (p. 617)

Mc Keen (ob. cit.) es por ello por lo que los defensores de la tesis de no responsabilidad se ven forzados a reconocer que:

Los fabricantes de hecho saben más que cualquier otro, respecto a la naturaleza de sus productos y a no ser que indaguen y ofrezcan a los consumidores numerosas cantidades alternativas de información, éstos pueden nunca saber cuánta información estarían dispuestos a adquirir. Esto puede ser especialmente serio tratándose de empresas que no cuentan con transacciones repetidas con los consumidores, o que no están muy interesadas en la buena voluntad de éstos. (p. 627)

Calabresi (1985) (citado por Payet) con respecto a los costos secundarios de los accidentes, comenta que tanto los fabricantes como los consumidores se pueden asegurar contra los daños causados por productos. (p. 609) Sin embargo

La imposición de la responsabilidad sobre uno u otro no tiene el mismo sentido de la reducción de los costos secundarios de los accidentes, porque en lo que respecta al consumidor, éste puede asegurarse, pero el costo constitutivo por la prima del seguro deberá soportarlo, sin lugar a traslado alguno. En cambio, si el fabricante es el que se asegura, el costo de la prima puede ser incorporado al precio del producto y así trasladado a la totalidad de los adquirientes del producto. (p. 609)

Payet (ob. Cit.), señala que:

En el caso que se establezca que nadie es responsable de los daños que una persona sufra por el uso o consumo de un producto, la víctima no tendrá a quien

reclamarle la indemnización respectiva. De esta manera, los costos terciarios de los accidentes serán prácticamente inexistentes. De donde se colige que una regla absoluta de no responsabilidad resulta condenable moralmente, porque esta regla de no responsabilidad implica cargarles a los consumidores, los costos de los accidentes evitables e inevitables ocurridos en relación con productos, perjudicándose a los consumidores y beneficiándose a las empresas fabricantes. (p. 618)

La Regla de responsabilidad absoluta.

Como señala Mc Kean (ob. cit.):

De acuerdo con la responsabilidad absoluta, el fabricante sería considerado responsable por todos los daños que ocurran con el uso de sus productos, sin tener en cuenta, las demás circunstancias. Así, por ejemplo, mediante esta regla el fabricante de whisky respondería por todos los daños causados con intervención de su producto, ya sea por la cirrosis sufrida por un bebedor empedernido, por el atropello de un peatón por un conductor que manejaba en estado de ebriedad, luego de abusar del whisky, por el golpe dado en la cabeza, con una botella del producto en cuestión por una persona a otra durante una riña. Es importante destacar que, en un sistema de responsabilidad absoluta, el fabricante no sólo sería responsable de los daños que fueran consecuencia adecuada del uso de su producto, sino también de aquellos que fueran únicamente consecuencia material de una intervención de tales productos. (p. 623)

La posición de responsabilidad absoluta conduce hacia un nivel eficiente de los costos de los accidentes y de los costos de evitar los accidentes. Al respecto Keeton y Page (1973) señalan que:

En la medida en que ciertos daños causados por los productos son inevitables, una regla de responsabilidad objetiva genuina “*genuine strict liability*” alcanzaría la prevención de los accidentes mediante la asignación de recursos a través del mercado. Asumiendo que los adquirientes de los productos son conscientes de los peligros de los productos, una regla de responsabilidad objetiva genuina elevaría el precio de los productos peligrosos: al hacerlo, consiguientemente disminuiría su venta- con una correspondiente reducción en el nivel social de accidentes causados por productos. En la medida en que los accidentes no fueran inevitables y, otra vez, asumiendo un conocimiento limitado por parte del consumidor, una regla de responsabilidad objetiva genuina crearía incentivos de seguridad significativos para los fabricantes. (p. 75)

La regla de responsabilidad absoluta puede ser criticada desde la perspectiva de la optimización de los costos de los accidentes. Schwartz (1979) parte de una posición exactamente inversa a la que adopta Mc Kean para justificar la regla de no responsabilidad, con relación a la disponibilidad de información para el consumidor y el fabricante. Para Schwartz, (1979):

El consumidor no tiene conocimiento respecto de los riesgos de los productos y, por tanto, nada puede hacer para evitarlos. Es el fabricante el único que puede reducir los costos de los accidentes y, por ello, hay que darle incentivos para hacerlo, imponiéndole la responsabilidad en todos los casos. (p. 443)

Por ello, Schwartz (ob. cit.) señala que:

Los efectos de la regla de responsabilidad absoluta son exactamente inversos que los de una regla de no responsabilidad. La regla de responsabilidad absoluta resulta conveniente desde la perspectiva de la reducción de los costos secundarios de los accidentes. Es por ello que, Schwartz (ob. cit.) citado por Payet (1997) expresa que, si la dilución del riesgo es considerada la finalidad fundamental de la ley, un derecho a ser compensado debería, de acuerdo con ello, ser otorgado a la víctima de todo accidente. (p. 444)

Sin embargo, Schwartz (ob. cit.) indica que:

La reducción de los costos secundarios no es la única finalidad de la RC, si se tratase únicamente de compensar al dañado y diluir socialmente los costos de la reparación sería mejor abandonar la RC y establecer algún sistema de compensación alternativo, como, por ejemplo, un seguro general. (p. 444)

Asimismo, Schwartz (ob. cit.) manifiesta que:

Desde la perspectiva de la reducción de los costos terciarios de los accidentes, una regla de responsabilidad absoluta resulta menos conveniente que una de no responsabilidad. Invocan que esta regla implicaría en todos los casos de accidentes en los que estén involucrados productos, reclamos interpuestos contra los fabricantes de estos, generándose costos administrativos derivados de la tramitación, resolución y ejecución de tales reclamos. (p. 446)

Responsabilidad por culpa. De acuerdo con el sistema de la culpa, el fabricante responderá de los daños causados por un producto defectuoso en los casos que hubiera adoptado una línea de conducta que dio lugar al efecto y, por ende, el daño que un hombre razonable no hubiera adoptado en tales circunstancias. Calabresi y Klevoric (1985), (citados por Payet) señalan que “La pérdida permanece sobre la

víctima a no ser que el causante hubiera sabido o debido saber, en el momento en que actuó, que evitar el accidente por él era más barato que el costo del accidente”. (p. 639)

De esta manera, según Calabresi (ob. cit.), (citado por Payet):

Los costos y beneficios por considerarse, para efectos del análisis de la culpa no son los que en realidad tuvo el accidente o el de evitarlos, tal como son percibidos en el momento del juicio, sino aquellos que resultaban conocidos o conocibles para un hombre razonable, en las circunstancias, en el momento de la acción relevante del causante. (p. 639)

La Responsabilidad por riesgo. Payet (ob. cit.) señala que:

La responsabilidad por riesgo, a diferencia de la responsabilidad objetiva genuina o absoluta, no se basa en la mera ocurrencia de un daño. En la responsabilidad por riesgo, el responsable no se convierte en un asegurador general de la víctima, sin que interesen las circunstancias del daño. La responsabilidad por riesgo presupone siempre un cierto riesgo, que ha de ser específico de la empresa o circunstancias objetivas.

Señala también que:

El daño sobreviene en relación interna con la fuente del riesgo y ha de tener lugar precisamente como relación del riesgo por el que responde el obligado. El empresario o poseedor del artefacto peligroso, no responde por todos los daños que la explotación o el uso de aquel causen. Se excluyen los debidos a riesgos extraños a la explotación o uso de la cosa calificada de peligrosa debido a la fuerza mayor o al suceso inevitable. (p. 646)

Por otro lado, es evidente que el patrón de responsabilidad por riesgo resulta justificado por las teorías del riesgo creado y del riesgo-beneficio. Señala Zannoni (1984).

El consumidor soporta los riesgos inherentes al uso o consumo de productos elaborados (...) pero no los ha creado. El riesgo ha sido creado por la puesta en comercio del producto defectuoso y ello conduce inexorablemente a la conclusión de que, si bien el consumidor soporta los riesgos en razón del uso o consumo de productos elaborados, no debe soportar los daños que por vicios o defectos (...) sufre en su persona u otros bienes. (p. 558)

2.2.11. Tratamiento de la RC por productos defectuosos en el Derecho Peruano y Derecho Comparado

2.2.11.1. En el Derecho Norteamericano

2.2.11.1.1. La Responsabilidad por negligencia: Rule of Privity.

El Derecho norteamericano ha establecido una vía para la indemnización de los daños causados por productos defectuosos a través del *tort of negligence*. En este sentido, se aplican al fabricante los principios generales de dicho mecanismo reparador.

El *tort of negligence* constituye, prácticamente la categoría de mayor importancia en la *law of torts*. Como sostiene Payet (1997):

La expresión Tort designa en el sistema de Common Law la materia que a grandes rasgos puede identificarse con la que en el derecho civil se estudia bajo la denominación de responsabilidad extracontractual.” No se trata de una materia regida por un principio único de responsabilidad, sino por diversos

principios individuales de responsabilidad, que constituyen causas de acción (torts). “Cualquier definición que sea suficientemente comprensiva como para englobar todos los torts sería general que devendría casi sin sentido. El elemento común que puede descubrirse en todos los *torts* es que alguien ha sufrido una pérdida o un daño como resultado de un acto o una omisión de otro. (p. 943)

Como explica Kionka (ob. Cit.), citado por Payet (ob. cit.), “El Tort es lo más cercano que existe en el derecho común a un principio general de responsabilidad extracontractual”. (p. 51). Kionka (ob. cit.) comenta también que:

El tort of negligence comprende básicamente dos elementos: *en primer lugar, un deber del demandado frente al demandante*. La regla general es que uno tiene un deber frente a todos de ejercer un cuidado razonable para no poner en peligro su seguridad personal y la de sus propiedades, aunque este deber resulta, en algunos casos, moldeado por las circunstancias y relaciones que pueden mediar entre demandante y demandado. En tal sentido, se requiere en realidad que no exista una regla que limite o elimine el deber general de cuidado ordinario. *En segundo lugar, se requiere la violación de aquel deber*, mediante un acto u omisión del demandado que no sea conforme con el standard de cuidado establecido por el deber. (p. 51)

Kessler (1987) comenta que:

La regla enunciada por la Corte en el caso *Winterbottom* y *Wright* tenía la finalidad de restringir las acciones basadas en el contrato o su incumplimiento

a las partes de éste. Sin embargo, la decisión fue interpretada ampliamente, como señala Kessler. (p. 1967).

Asimismo, añade que esta regla:

No sólo brindó fuerza al principio de que los hechos que constituyen un contrato no pueden tener ningún otro efecto legal, sino que fue mal interpretada, entendiéndose que establecía que el fabricante o vendedor no es responsable frente al comprador remoto o el usuario por el daño causado aún por falta de cuidado de su parte al poner en circulación el producto. (p. 1967)

Igualmente, Kessler manifiesta que:

En el caso de *Schubert v. J.R. Clark Co.* se comenzó a desarrollar excepciones a ella, en los casos en que el daño había sido causado por productos que tenían un carácter inherentemente peligroso para la vida o la salud, tales como venenos, explosivos o armas letales. (p. 868)

Prosser y Keeton (1994) opinan que:

Progresivamente; sin embargo, el concepto de lo que constituía un producto inherentemente peligroso fue convirtiéndose en materia considerable de confusión, hasta el extremo de llegarse a considerar en algunos casos que el término inherentemente peligroso, significaba especialmente peligroso por razón del defecto mismo y no necesariamente por la naturaleza de la cosa. (p. 882)

En cuanto a la negligencia del fabricante, de acuerdo con la opinión del Barón Alderson, se señaló que “La negligencia es la omisión de hacer algo que el hombre razonable, guiado por aquellas consideraciones que ordinariamente regulan la

conducción de los asuntos humanos, haría o hace algo que una persona razonable y prudente no haría” (p. 63) como señaló Baron (1858); tal como refiere Alderson, E. (2010)

La definición de *negligence*, tomada por Payet, (1997) recogida por el Restatement of Torts fue similar, considera que la negligencia es la realización de un acto (o la omisión de un acto cuya realización algún deber prescribe) sin intención ilícita, bajo circunstancias en las que una hipotética persona razonable hubiera previsto que estaría exponiendo a otro (o así mismo) a un riesgo irrazonable. (p. 85)

La Responsabilidad por garantía

Como señala Payet (1997):

Inicialmente la responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos se desarrolla en el Derecho norteamericano dentro del marco del Derecho Contractual, específicamente vinculado al contrato de compraventa. Ya desde principios del siglo XX, hubo interés en el tema, pero las Cortes consideraron que el camino de hacer efectiva tal responsabilidad era progresivo y analizando las estipulaciones de los contratos de venta: por cuanto de acuerdo a varias sentencias judiciales de la época, los contratos de venta celebrados por un fabricante contenían implícitamente una cláusula de garantía sobre la idoneidad del producto. De esta manera, si el producto no operaba como era de esperarse y produce daños, el vendedor-fabricante podía ser demandado por daños y perjuicios contractuales. (p. 67)

Payet (ob. cit.) recuerda que “Dentro de estas garantías que se establecían específicamente en los contratos de compra venta y que pesaban sobre el vendedor; tres tienen relevancia para el tema de la responsabilidad por producto defectuoso y son las siguientes” (p. 68):

Asimismo, Payet (ob. cit.) señala que:

De acuerdo con la sección 2 del *Uniform Commercial Code*, el vendedor garantiza que el bien materia del contrato sea de calidad adecuada (*merchantable quality*), esta es la llamada *warrant of merchantability*. Asimismo, en caso que el comprador haya indicado el propósito para el que utilizará el bien, el vendedor responde de la adecuación de éste para dicho propósito específico, se trata de la *warranty fitness for a particular purpose*. Señala Payet (ob.cit.) que:

Finalmente, cuando el vendedor ha realizado afirmaciones referidas a características fácticas de los bienes, las mismas que se han integrado a la transacción, el vendedor responde de la conformidad del bien con las afirmaciones emitidas; en este caso, existe una *express warranty*. Adicionalmente, el propio *Uniform Commercial Code* dejó abierta la posibilidad de que las Cortes amplíen el espectro de las garantías que pesan sobre el vendedor.

La Responsabilidad Extracontractual Estricta por productos defectuosos: Strict Products Liability in Tort

Como sostiene Payet (1997) (ob.cit.):

La responsabilidad extracontractual estricta por productos defectuosos (*strict products liability in tort*) fue producto de la evolución de las dos causas de acción

que se ha examinado anteriormente; el *tort of negligence* y las *express e implied warranties*. Como se ha visto a partir de la década del 50, las Cortes norteamericanas iniciaron un proceso de expansión y objetivación de la responsabilidad por negligencia, mediante la aplicación de la regla *res ipse loquitur*, mientras que simultáneamente, intentaban independizar la acción por garantía de sus connotaciones contractuales. (p. 137)

El citado autor señala que:

La Corte Suprema del Estado de California, en una decisión unánime, la que consagró jurisdiccionalmente por primera vez la tesis de la *strict liability in tort* del fabricante de un producto defectuoso, en el caso *Greenman V. Yuba Power Products, Inc.*, resuelto en 1963. Se trataba de una acción contra el vendedor minorista y el fabricante de una herramienta eléctrica para carpintería que podía ser utilizada como una sierra, un taladro y un torno. Se demostró en el juicio que los daños habían sido causados por un defecto en el diseño de la herramienta que se habían utilizado tornillos inadecuados para unir las diversas partes del aparato, de manera que la vibración causó que la cabeza del torno se separara de la pieza de madera, permitiendo a su vez, que ésta saliera volando, este defecto desmentía una garantía expresa contenida en el folleto del fabricante. (p. 938)

Como señala Payet (ob. cit.), “La responsabilidad establecida por el *restate ment of torts* absoluta o plenamente objetiva en la medida que no otorga indemnización al actor salvo que pueda demostrar que el producto adolece un defecto”. (p. 137)

De otro lado como señala Alpa (2016) “Fue en Estados Unidos donde se desarrolló mucho la protección del consumidor pues constituía y es un país occidental y una sociedad opulenta bajo un sistema capitalista avanzado, monopolista y oligopolista” (pp. 7 y 8).

Durand Carrión (2014) en su Tesis Doctoral “El Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma” señala que:

Fue en el discurso del presidente John Kennedy del 15 de Mayo de 1962 en que se reconoció públicamente que los consumidores son los protagonistas del mercado y que tienen derecho a la seguridad, a la información, a la elección y a ser escuchados. (p. 34)

Indica también Durand (ob. cit.) que:

A inicios del siglo XX se habían aprobado de la Furt Food and Drupp de 1906 como una medida legislativa frente a las denuncias periodísticas respecto a los fármacos defectuosos. Luego, en 1914 se creó la Federal Trade Comission, vale decir, la agencia encargada de la supervisión de los agentes económicos. (p. 487)

La evolución del *Strict Products Liability in Tort*

Como afirma Payet (ob.cit.):

La intención de los pioneros del nuevo régimen de RC del productor en los Estados Unidos, como se ha venido apreciando no era precisamente promover una evolución en el Derecho en esta área, toda vez que, la reforma en realidad debía reconocer y presentar claramente lo que en los hechos ya se estaba verificando (aunque a través de presunciones e interpretaciones forzadas),

porque ello sería aceptar que el criterio de imputación de la responsabilidad del productor no era más la culpa, entendida en el sentido tradicional, y que el principio de relatividad contractual no podía establecer un límite, entre otros, al resarcimiento de los daños derivados por productos defectuosos cuando tales se producían fuera de una relación contractual. (p. 137)

A su vez, como señala Payet (ob. cit., p. 365), que “este sistema de RC del fabricante por productos defectuosos se proyectó a los países más importantes del mundo como España, Reino unido, Francia, Italia y países latinoamericanos como Brasil, Argentina, México y Perú”.

2.2.11.2. En la Unión Europea

En el Derecho Español

Como estima Payet (1997, p. 383) “Hasta 1970 aproximadamente, el asunto de la responsabilidad a causa de productos defectuosos carecía de tratamiento en la jurisprudencia y la doctrina españolas y tampoco existía regulación legislativa específica sobre esta materia”.

Igualmente señala Payet (1997) que:

A principios de la década de 1970; sin embargo, comienza a interesar a la doctrina jurídica esta cuestión, la que recibe tratamiento doctrinario por diversos autores. Por otro lado, el 19 de Julio de 1984 se promulga la Ley 26/1984 para la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LPDCU) que contiene disposiciones específicas sobre la responsabilidad por productos defectuosos y posteriormente, el 06 de Julio de 1994 se promulga la Ley 22/1994 relacionada a la responsabilidad por los daños causados por productos. (p. 384)

Asimismo, Payet (1997) comenta que:

En la actualidad, la responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho español puede plantearse en el marco del CC o del Código de Comercio o situarse bajo la esfera de la normatividad especial de la LPDCU. En el primer campo, rigen los principios tradicionales de la garantía contra los vicios ocultos y de la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones y de las responsabilidades por los daños causados, culposa y antijurídicamente a otros. La LPDCU, por su parte contiene prescripciones destinadas a facilitar la obtención de la indemnización a las personas dañadas por productos defectuosos. (p. 385)

Ley 26/1984 del 19 de Julio de 1984, Ley para la defensa de los consumidores y usuarios (LPDCU)

Como opina Woolcott (2003) “Esta disposición específica está destinada a la protección de los consumidores puesto que contiene normas destinadas a regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos”. (p. 375)

Esta norma como señala Payet (ob. cit.):

Intenta desarrollar el principio contenido en el artículo 51 de la Constitución Española de 1978, el cual establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. (p. 402)

La LPDCU como comenta Payet (ob. cit.):

Intentó constituir una normatividad comprensiva que abarque los diversos campos de la protección al consumidor. En tal sentido, protege como

consumidores a todas las personas naturales, o jurídicas, que adquieren, usan o que, como receptores finales, disfrutan de bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, sin consideración a la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los producen, proveen suministran o despachan.

Payet señala que no tienen en cambio, la calidad de consumidores aquellos que no son receptores finales, sino que adquieren, almacenan, usan o consumen bienes o servicios con la finalidad de incorporarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o provisión a terceros (artículo 1, incisos 1, 2, 3). Por otro lado, las personas obligadas por las normas sobre protección al consumidor deben ser comerciantes o empresas públicas o privadas, en la medida en que ambas proveen bienes o servicios. (p. 403)

En el Derecho Francés

Resulta pertinente analizar inicialmente la evolución histórica de esta problemática en Francia.

Como señala Woolcott (2003):

En Francia las cuestiones relativas a la RC por productos defectuosos son tratados inicialmente a la luz de las normas de la compra/venta presentes en el artículo 646 del CC en una época distinta a las transformaciones que afrontaría el mercado en el presente siglo constituyendo en consecuencia un obstáculo a una adecuada regulación de la RC. (p. 250)

En tal virtud, comenta Woolcott (ob. cit.) que:

La doctrina y la jurisprudencia han tratado de sopesar las dificultades que ponía una lectura literal de dichas normas, para dar una solución al problema del daño

causado por los productos defectuosos, a través de una interpretación extremadamente amplia, para que puedan ajustarse a la necesidad de resarcimiento del daño así generado. Es la jurisprudencia francesa la que interpretaría en sentido lato las normas sobre la garantía que ha superado la alteración del resarcimiento del comprador víctima. (p. 251)

Indica Woolcott (ob. cit.) que:

Así los jueces franceses han conferido un mayor alcance al terreno gastos, comprendiendo en ellos las sumas pagadas al comprador por el efecto de la ausencia de la cosa, vicios; además, todas las sumas generadas por la compra venta, incluyendo las sumas pagadas por el comprador debido a las lesiones sufrido personalmente, o por sus familiares o terceros. (p. 255)

Asimismo, los jueces franceses han establecido una presunción de mala fe del vendedor que realiza profesionalmente.

En la actualidad la responsabilidad, por productos defectuosos, está codificada desde la reforma introducida por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016, en los artículos 1245 y siguientes del CC francés.

La responsabilidad por los productos defectuosos solo se aplica a los productos son puestos en circulación después de la fecha de entrada en vigor de la Ley del 21 de mayo de 1998. Para los productos lanzados antes del 21 de mayo de 1998, se deben distinguir dos casos: para los productos puestos en circulación antes del 30 de julio de 1988 (fecha en que la Directiva del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos debería haberse incorporado a la legislación nacional). Esta es la legislación interna común (antiguos artículos 1382 y 1147 del CC) que es aplicable. Para los productos puestos en circulación entre el 30 de julio de 1988 y el

21 de mayo de 1998: el derecho común sigue siendo aplicable, pero debe interpretarse de conformidad con la Directiva del 25 de julio de 1985.

La responsabilidad por los productos defectuosos se aplica al productor del producto defectuoso (artículo 1245 del CC). El productor puede definirse como, "Cuando actúa en una capacidad profesional, el fabricante de un producto terminado, el productor de una materia prima, el fabricante de un componente." (artículo 1245-5 del CC). Francia, por ejemplo, señala que, si sufre daños debido a un defecto en su teléfono inteligente, conforme a la ordenanza 2016 – 131 del 10 de febrero del 2016 compromete la responsabilidad del fabricante de su teléfono inteligente. Digamos que es un iPhone, entonces podría ser responsable contra Apple como fabricante del producto terminado. Sin embargo, varias materias primas de *lphone* provienen de África o China.

Con respecto a los daños: la responsabilidad se aplica en el derecho francés tanto a los daños a las personas como a los daños a los bienes. Un producto defectuoso puede causar daños tanto a una persona como a una propiedad. Sin embargo, solo se aplica a bienes que han sufrido daños superiores a 500 euros (Decreto de 11 de febrero de 2005). Por lo tanto, se excluye el daño a la propiedad pequeña. Además, tampoco se aplica a los daños que los productos defectuosos se causen a sí mismos (artículo 1245-1 del CC).

Con respecto a los productos, la responsabilidad se aplica a daños causados por productos defectuosos puestos en circulación. Un producto es "cualquier propiedad mueble, incluso si está incorporado en un edificio" (artículo 1245-2 del CC). Además, el producto debe ponerse en circulación, (artículo 1245-4 del

CC). La entrada en circulación corresponde a la comercialización del producto. Finalmente, el producto debe ser defectuoso. Un producto se considera defectuoso “cuando no ofrece la seguridad que se puede esperar legítimamente” (artículo 1245-3 párrafo 1 del CC).

Por lo tanto, la deficiencia del producto se aprecia en abstracto, tomando como referencia al público en general. El defecto también se aprecia teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular la presentación del producto.

Los efectos de la responsabilidad por productos defectuosos

La responsabilidad por productos defectuosos es una responsabilidad legal sin culpa. Por lo tanto, el productor solo puede exonerarse en ciertos casos (artículo 1245-10 del CC). Estos supuestos de exención se pueden dividir en dos categorías. Algunos son específicos de responsabilidad por productos defectuosos. Por lo tanto, el productor puede ser exonerado demostrando que: el producto no se puso en circulación. Si el defecto nace después de la circulación del producto, el producto no estaba destinado a ser vendido o distribuido. El estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto se puso en circulación no reveló la existencia del defecto.

La acción de la víctima contra el productor se enmarca en los plazos

Primero, la víctima ya no puede actuar contra el productor después de la expiración de un período de 10 años a partir de la fecha de entrada en circulación del producto (artículo 1245-15 del CC). Por lo tanto, si el producto se comercializó hace más de 10 años, ya no es posible actuar contra el productor.

Luego, si el daño se produce dentro del período de diez años mencionado anteriormente, la acción por daños y perjuicios basada en la responsabilidad por los productos defectuosos se vence dentro de los tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o tendría conocimiento del daño, el defecto, y la identidad del productor (artículo 1245-16 del CC).

En el Derecho Alemán

En la legislación de Alemania, no existe una norma específica que regule de manera comprensiva tales supuestos de RC; sin embargo, ello no ha implicado que el tema carezca de tratamiento en la Jurisprudencia y en la Doctrina.

Desde 1915, las Cortes alemanas han tenido la oportunidad de enfrentarse con las complejidades de la RC del fabricante. Al hacerlo; sin embargo, no han podido librarse de los rígidos parámetros del CC de 1900, cuyos principios establecen a la culpa como el elemento indispensable para la reparación de los daños causados, tanto en el marco de una relación obligatoria previamente constituida como fuera de ella. En este sentido, el Derecho Alemán transita por una etapa anterior al del sistema norteamericano y francés que han logrado prescindir del elemento subjetivo en la atribución de RC por los daños causados por productos defectuosos.

Como sostuvo Rojo y Fernández (1974):

Los juristas alemanes no han sido ajenos a la preocupación por la RC del fabricante. A partir de la década de 1950, comienza a percibirse en la doctrina jurídica alemana una notoria dedicación al tema, que llega a ser consagrado en 1968 como objeto de las discusiones del 47 *Deutsche Juristentag*. Presumiblemente tal interés fue motivado. (p. 595)

Como señala Woolcott (ob. cit.) Tuvo una importante influencia el contacto de los juristas alemanes con los estudios desarrollados por la doctrina norteamericana sobre el tema y con las decisiones de las Cortes de dicho país, cuya importancia fue debidamente aquilatada ante la ocurrencia de tragedias, tales como la ocasionada por el medicamento *Contergan-Talidomida*. (p. 376)

Woolcott (ob. cit.) comenta que:

Posteriormente, a partir de mediados de la década de 1970, se inició la discusión y redacción de una norma específica para la responsabilidad por los daños causados por medicamentos defectuosos. Dicha norma, la *Arzneimittelgesetz* (AMG) promulgada en el año de 1976, entró en vigencia el primero de enero de 1978. Asimismo, Alemania ha adecuado su legislación a los términos de la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos. (p. 32)

El sistema jurídico alemán permite la acumulación de las acciones contractuales y extracontractuales surgidas en virtud de un mismo acto dañoso.

En este sentido, como señalan Reich y Mickilitz (citados por Payet, 1997):

En un supuesto típico de responsabilidad por productos, el hecho de que el producto haya sido adquirido directamente por el dañado del responsable no obliga a la víctima a accionar amparada por las normas de la responsabilidad contractual; ella podrá también apoyarse en los principios de la responsabilidad extracontractual y aún, podrá alegar conjuntamente ambas acciones. (p. 295)

De esta manera será posible acumular acciones promovidas por el demandante en la vía contractual y extracontractual.

La antijuridicidad. Reich y Micklitz (ob. cit.) (citados por Payet), señalan que de acuerdo con el primer párrafo del artículo 823 del CC Alemán (BGB) es responsable quien lesiona de forma antijurídica un derecho subjetivo absoluto ajeno. La antijuridicidad, como señalan Enneccerus y Nipperdey (1958) es definida como “El concepto de antijurídica o naturaleza de lo que es contrario a Derecho” (p. 293).

La culpa. El artículo 823 del BGB, señala que no basta que una conducta antijurídica lesione un derecho subjetivo de otro para que proceda la reparación, sino que también requiere que dicha conducta haya sido culposa.

Como comentan Enneccerus y Lehman (1996) (citados por Payet):

La culpa o negligencia es definida por el artículo 276 del BGB como la desatención a la diligencia exigible en el tráfico, se trata de un patrón objetivo o abstracto, desde que no es la individualidad del agente lo que decide, sino que las exigencias del tráfico determinan la medida de cuidado y diligencia que se pide. De acuerdo con este criterio, la diligencia exigible se medirá según lo que era posible exigir y en función al tipo de actividad en cuestión a una persona normalmente ordenada y razonable. En tal sentido para determinar el patrón de diligencia, la jurisprudencia atiende a la profesión o clase a que pertenece el autor. Enneccerus y Lehman (p. 381)

En la Unión Europea (Normatividad como organización comunitaria)

Los intentos de los países europeos de contar con una normatividad uniforme sobre la materia de la RC por productos defectuosos son de larga data, expresándose también en la **regulación** de la legislación aplicable a los contratos de franquicia internacional, representada por la Convención de Roma de 1980.

La Convención Europea sobre Responsabilidad por productos defectuosos en lo concerniente a daños personales y muerte

En 1970, el Consejo de Europa emprendió el estudio de las reglas sustantivas sobre la responsabilidad por productos defectuosos con miras a su unificación. Para este efecto se constituyó un Comité de Expertos Gubernamentales con la misión de proponer las medidas que pudieran conducir hacia la armonización de las normas sobre responsabilidad por productos de los Estados miembros. Este Comité propuso una Convención Europea sobre Responsabilidad por productos que fue abierta para su firma por los Estados miembros el 27 de enero de 1977, la cual no prosperó debido a los avances de la aproximación hacia la armonización del derecho sustantivo de la responsabilidad por productos que se llevaba a cabo en el marco de la Comunidad Económica Europea.

La Convención Europea no está destinada a reemplazar los sistemas legales internos de cada país miembro sobre la responsabilidad por productos, sino únicamente a complementarlos. Es decir, que otorga a la víctima una acción suplementaria contra el productor, pudiendo iniciar cualquier acción contractual o extracontractual que le corresponda de acuerdo con la ley nacional aplicable.

La Convención define por “producto” todo bien mueble, natural o industrial, en estado natural o manufacturado, aun cuando esté incorporado en otro bien mueble o en un inmueble. Agrega que sólo se aplica “a los productos manufacturados para su venta por profesionales en el curso de sus negocios” y “los daños materia de cobertura son únicamente los daños personales o la muerte”. La Convención Europea

no resulta aplicable al daño a la propiedad ni al daño económico. Estas normas tienen plena vigencia habiendo sido actualizadas en su vigencia el 22 de setiembre del 2022.

2.2.11.3. En el Derecho Latinoamericano

En el Derecho Argentino.

Zannom (1984) señala que:

La tesis mayoritaria en la doctrina argentina considera que los daños causados por los vicios de la cosa -a los que llama daños extrínsecos- sí son indemnizables a través de la acción resarcitoria que autoriza el artículo 2176 del CC. La responsabilidad que establece el artículo 2176 presupone que el fabricante haya conocido o debido conocer el defecto del producto y no lo haya comunicado al adquirente. (p. 304)

En el Derecho Chileno.

Puelma (1991) señala que:

El franchising en Chile es relativamente nuevo, a partir de 1992, surge como una alternativa exitosa de hacer negocios, muy apropiada para ejecutivos que poseían capacidad para aprender y sobre todo contaban con recursos financieros, naciendo así, la primera cadena nacional de fast food llamada Lomito'n y Village, y un negocio dedicado a la comercialización de tarjetas de saludo y regalos. (p. 68)

Puelma (ob. cit.) comenta que:

La Asociación de *Franchising* de Chile fue creada, para difundir, aplicar y desarrollar el contrato de *Franchising*, representando el sector de servicios una de las mejores perspectivas de ventas en Chile. Las franquicias de manutención

y de reparación de productos podrían constituirse en la solución para el deficiente servicio que reciben los consumidores en el país. (p. 70)

Respecto de la normatividad específica en los contratos de franquicia debemos acotar que no existe una regulación especial, rigiéndose por el principio de la autonomía de la voluntad, lo que motiva la existencia de obligaciones inmediatamente exigibles por las partes al momento de celebrar el contrato. Es conveniente precisar, como opina Puelma (1991) que:

El fin del pacto de estas obligaciones contractuales tiene por finalidad común atender de mejor manera los intereses de ambas partes y un mejor servicio al cliente, lo que indudablemente permitirá la conservación e incremento del prestigio de la marca. (p. 73)

Puelma señala que en este, como en otras modalidades de contrato de distribución, se establece la obligación del franquiciador de mantener un stock determinado de mercadería o de sus repuestos o accesorios a disposición del público consumidor, así como a prestar diversos servicios a los clientes, como, por ejemplo, atender los reclamos de la clientela y contar con una estación de servicio para revisiones y reparaciones. Igualmente, comenta que el franquiciado debe emplear la marca del franquiciante en su establecimiento indicando su calidad de concesionario del producto o servicio. El incumplimiento de esas obligaciones por parte del franquiciado acarrea el derecho del franquiciante de dar por resuelto el contrato.

Entre los derechos del franquiciado se debe considerar el establecimiento de premios, consistentes en pagos adicionales, rebajas de precios u otras ventajas comerciales, en el supuesto que superen sus ventas ciertas metas estipuladas.

Igualmente, resulta importante a favor del franquiciado que el franquiciante se obliga a no nombrar otro distribuidor en la zona ni a vender en ella.

Como señala Puelma (ob.cit. 1991):

Otro derecho importante es mantener para exhibición al público bienes o productos del franquiciante, el uso de la marca en su establecimiento y en la propaganda que realice, así como el traspaso de innovaciones técnicas, de mercado y de propaganda, que requieren un continuo flujo de *know how*, situación que se presenta en los llamados *business format franchising*, como sucede en los casos de Coca Cola, *Mac Donalds* y otros. (pp. 74-75)

En el Derecho Mexicano.

La responsabilidad por productos en el Derecho de los Estados Unidos Mexicanos se desarrolla en dos campos paralelos. De un lado, es posible plantearla dentro del marco del CC del Distrito Federal y de otro lado, puede ser enmarcada dentro de lo señalado en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Al exponer los principales aspectos de la responsabilidad por productos defectuosos en el marco del Derecho Civil, se centra en lo señalado en el CC del Distrito Federal, puesto que en México sus Estados se rigen por Códigos independientes, que en su mayoría son similares al Código del Distrito Federal.

Como comenta Barrera (1978):

La responsabilidad por productos defectuosos puede ser planteada en el Derecho Civil tanto en el campo contractual como en el campo extracontractual. La responsabilidad contractual será de aplicación cuando exista una relación jurídica entre el responsable y el dañado, atendiendo a que según el artículo

1796 del CC del Distrito Federal, los contratos sólo obligan a los contratantes.

Sin embargo, como señala el citado jurista mexicano. (p. 173)

Asimismo, indica que el hecho de que exista una relación contractual entre ambos no impedirá la posibilidad de que el lesionado pueda accionar al amparo de la responsabilidad extracontractual, pues el Derecho Mexicano admite la posibilidad de que el accionante opte entre fijar su acción en el ámbito contractual o extracontractual. (p. 175)

La responsabilidad contractual del fabricante se desenvuelve bajo el campo de aplicación de las normas que imponen al enajenante la obligación de garantizar al adquirente por los vicios ocultos de la cosa enajenada (artículo 2142 del CC).

México es uno de los pocos países que ha definido una ley especial para la protección de los consumidores. Específicamente, la Ley Federal de Protección al Consumidor, que fuera promulgada en 1975, entrando en vigencia el 05 de febrero de 1976.

En el Derecho Brasileño.

Este país, implica una isla dentro de la situación del desarrollo de la franquicia en el escenario global del Continente, en tanto que, en su territorio se está experimentando una presencia remarcable de la franquicia como casi excluyente contrato que trae progreso y trabajo. Sin embargo, recién en 1987, empieza a ser conocido el franchising, existiendo en el Brasil empresas que vienen utilizando parcialmente el sistema, adaptándolas a las condiciones de mercado y necesidades específicas de ventas, operando con denominaciones diversas, entre las variantes encontradas, podemos identificar dos grupos predominantes:

- Aquellos que reconocen la actividad como *franchising*, a pesar de no practicarla en su totalidad, por deficiencias técnicas y operacionales.
- Aquellos que no poseen una visión global del sistema y lo practican apenas como alternativa de comercialización.

La mayor parte de las empresas que están utilizando el *franchising*, se encuentran en el primer grupo, lo que es comprensible cuando comparamos el estado inicial, con los usos y prácticas internacionales.

En el Derecho Colombiano.

Siguiendo la opinión de Lecompte (I) y Visbal (2017):

El régimen de responsabilidad por productos se encuentra contenido en el Decreto número 3466 del 02 de diciembre de 1982 emitido por la Presidencia de la República de Colombia. El Decreto 3466 resulta de aplicación a todos los productores, proveedores y expendedores consumidores de bienes o servicios.
(p. 22)

El artículo 3 establece que “todo productor o importador podrá registrar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las particularidades que determinan con precisión la calidad e idoneidad de sus bienes y servicios”.

El citado Decreto 3466 también establece normas procesales destinadas a hacer efectivas las responsabilidades de los productores y expendedores (artículo 36) estableciendo un procedimiento análogo a las *class actions* norteamericanas que permiten la resolución conjunta de los diversos casos que involucren daños causados por el mismo producto.

Este importante Decreto fue derogado por la Ley 1480 del 12 de octubre del 2011, que se constituyó en el nuevo Estatuto del Consumidor de Colombia cuyos alcances jurídicos detallaremos más adelante.

2.2.12. El Contrato de Franquicia

2.2.12.1. Definición del Contrato de Franchising.

Para Mauro y Saporosi (1993):

El contrato de franquicia es el documento que pone en claro el tipo de relación existente entre el franquiciante y el franquiciado dentro del sistema de *franchising*: mostrando qué papel le corresponde a cada uno en el desarrollo del negocio, sus responsabilidades, derechos y limitaciones. De esta manera, una vez que está bien definida la operación de *franchising*, con sus manuales de operación elaborados, es que puede comenzar a pensarse en la formalización del contrato de franquicia. (p. 105)

Para Farina (ob.cit.) (2005), básicamente es (...) “una suerte de simbiosis. Una parte, que es conocida como *franchisor* (franquiciante) otorga licencia a un comerciante independiente, llamado el *franchisee* (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad”. (p. 45)

Arrubla (2007) estima que:

El *franchising* se define como “la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión de un conjunto de métodos y medios de venta”. También ha sido definido como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca por la venta de productos o servicios. (p. 325)

El Instituto de Derecho Comercial Internacional (Unidroit) dependiente de las Naciones Unidas, según Obiol (2016) señala que:

El *franchising*, es una operación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el *know how* y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciante ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos. (p. 193).

Para Díez de Castro, Navarro García y Roldán Cataluña (2005):

La franquicia es un sistema de cooperación entre empresas diferentes, en el que la franquiciante otorga a la franquicia a cambio de determinados pagos el derecho a explotar un Know How y una marca diferente y/o fórmula caracterizada con unos signos distintivos asignándole la ayuda técnica y los servicios regulares necesarios para la explotación. (p. 30)

El doctor Arias - Schreiber (1999) define el contrato de franquicia como:

Aquel por el cual se otorga licencia a un comerciante independiente, para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más usualmente una regalía sobre las ventas. Se ha destacado que el significado idiomático de la palabra *franchising* no expresa con exactitud el concepto que encierra el contrato, ésta es por lo demás una característica propia de los contratos modernos, generalmente surgidos en países anglosajones, los que han venido utilizando sus propias denominaciones. (p. 209)

El destacado investigador de Derecho Comercial Internacional Sierralta (1994) lo define al contrato de franquicia como:

Un contrato de comercio internacional innominado en el derecho positivo latinoamericano, sin forma específica, aun cuando por su complejidad estimamos que debe ser escrito y por el cual una parte llamada franquiciador, concede o transfiere una operación comercial específica a otro llamado franquiciado, siendo que tal operación mercantil involucra necesariamente, para su acción, a una serie de otros elementos protegidos jurídicamente como el nombre, marca, gerenciamiento, venta de insumos, equipos y maquinaria específica. (p. 33)

De Miguel (1995, p. 54) estima que “La transmisión de derechos de propiedad intelectual, particularmente de derechos de propiedad industrial, se realiza con gran frecuencia en el marco de los contratos de franquicia”.

Carbajo (2018, p. 15) señala que “La franquicia ha experimentado una creciente importancia económica y social, destacando como sistema de distribución comercial y con efectos jurídicos, laborales y fiscales”.

2.2.12.2. Características

Arias (1994) señala como caracteres jurídicos del contrato de franquicia los siguientes:

Es un contrato que se perfecciona con el consentimiento de las partes, es decir cuando la oferta y la aceptación hayan llegado a la órbita de su destinatario. Al respecto el artículo 1352 del CC señala “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además deben observar la

forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. Toda vez que el contrato de franquicia se rige por las normas aplicables a los contratos en general le es pertinente este artículo: (p. 109)

Asimismo, Arias (ob. cit., p. 110) señala que “Es bilateral, ya que en sus relaciones existen dos sujetos, el franquiciante y el franquiciador”.

Miranda Canales (1992, p. 110) explica que “El concepto de reciprocidad, según el CC, significa una correlación de prestaciones, es decir, la vinculación y comparación de las ventajas y desventajas que obtienen o están llamadas a lograr las partes contratantes. La reciprocidad no significa equivalencia”.

Arias (ob. cit.) señala que:

Es un contrato atípico, pues en el Perú no está regido por una normativa legal específica. Empero, y en términos generales debemos manifestar que este contrato se sujeta a las disposiciones generales establecidas en el CC y en particular, al principio de la libertad de configuración interna contractual contemplada por el artículo 1354 de dicho Código. (p. 119).

Al respecto, cabe señalar que Arias (1994, p. 111) opina que “El contrato de franquicia debe mantenerse ajeno a la regulación aduciendo que ello, podría desincentivar a los empresarios que quisieran adoptar una franquicia o desarrollar la suya”.

Otros autores como Cáceres (1997, p. 130), “Son partidarios de su regulación”.

Arias (1994) señala que el contrato de franquicia tiene a decisión las siguientes características:

Es un negocio jurídico especial con tendencia a ser ubicado dentro de la contratación mercantil. Es de prestaciones recíprocas, porque cada uno de los sujetos está obligado con relación al otro. Es oneroso, porque cada una de las partes sufre un sacrificio compensado por una ventaja y de consiguiente genera un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. (p. 110 - 111)

De la Puente y Lavalle (1983) define diversas características de los contratos que resaltan igualmente al contrato de franquicia:

(...) la característica del contrato oneroso es la equivalencia de las prestaciones, entendiéndose ésta bien sea como que la prestación a cargo de una de las partes debe ser equivalente a la contraprestación que recibe por la otra parte, o bien que la ventaja que obtiene una de las partes debe ser equivalente al sacrificio que debe hacer la misma parte para obtenerlo. (p. 92)

Asimismo, Arias (1999) indica otras particularidades del contrato de franquicia: Es un contrato principal, pues no depende de otro contrato que le sea precedente y tiene lo que se llama, vida jurídica propia. Puede suceder en cambio que vaya acompañado por contratos accesorios, como serían las garantías personales o reales. (p. 111)

Arias (ob. cit.) añade que el contrato "Es constitutivo, pues crea una situación jurídica determinada y no tiene los caracteres singulares de los contratos modificativos, regulatorios y resolutorios, es decir, crea un negocio jurídico determinado, una relación jurídica nueva". (p. 111)

Además, Arias (ob. cit.) indica que el contrato es conmutativo:

Porque cada uno de los sujetos intervinientes es consciente al momento de crearse la relación obligacional que se trate de hechos ciertos y concretos,

estimando anticipadamente el sacrificio y la ventaja que correlativamente puedan producirse, Vale decir que las partes del contrato de franquicia son conocedores que parten de hechos ciertos y concretos, estimando anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puedan sobrevivir, esto es, se ha fijado definitivamente el valor de las prestaciones. (p. 111)

Asimismo, menciona Arias (ob. cit.) que:

El contrato es *intuito personae*, porque el factor confianza es fundamental en este contrato. Generalmente, los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, porque esperan de ello, lealtad, trabajo, espíritu de empresa y en suma, capacidad e idoneidad. La elección del franquiciado por el franquiciante obedece, en algunos casos, a motivaciones económicas: se examina concienzudamente el patrimonio del potencial franquiciado, la experiencia del mismo en el comercio y principalmente, su devenir personal.

Señala Arias (ob.cit) que:

El franquiciante observará en su franquiciado, características morales correctas, y un perfil psicológico que facilite la adopción del sistema. Es necesario advertir que este carácter recae específicamente sobre el franquiciado, quien no podrá ceder o realizar actos de transferencia que impliquen cambios en la organización societaria o tomar acuerdos que se traduzcan en variaciones de la estructura del contrato social, bajo sanción de resolverse el contrato. (p. 112)

Arias (ob. cit.) precisa que es consensual:

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1352 del CC. Pero en la práctica se celebra por escrito dada su trascendencia económica y los diferentes derechos

y obligaciones que nacen como consecuencia de su formalización. Es un contrato moderno, puesto que su aplicación in strictu, recién hoy en día, se está patentizando diáfananamente en nuestro país y de manera muy creciente. (p. 111)

Y Arias (ob. cit.) menciona el contrato por adhesión:

En los contratos por adhesión se conserva la libertad de contratar, existe manifestación de voluntad en aceptar o no el contrato, pero se elimina la libertad contractual, esto es, el franquiciado no podrá o por lo menos verá disminuido su poder de discutir cada una de las cláusulas del contrato. (p. 112)

Obiol (2016, p. 205) sostiene que “Es un contrato solemne bilateral, oneroso, principal, atípico, mercantil, de tracto sucesivo, constitutivo, intuito personae, de colaboración, empresarial complejo, de prestaciones recíprocas, conmutativo, de duración y ejecución determinado, de cambio”.

Según Soria (2014):

Los elementos tipificantes de la franquicia comercial son: El derecho de propiedad de una persona sobre una marca, una idea, un proceso, secreto o un elemento especializado, concesión de una licencia a otra persona para la utilización de la marca, idea, proceso, secreto o elemento especializado el licenciatario impone al licenciado regulaciones y controles en relación al manejo del negocio y el licenciado paga como contraprestación de los derechos obtenidos un canon o royalty. (p. 85)

Jalife (2007) comenta que:

La franquicia es una licencia de uso de marca concedida por el titular de la misma, a favor de otra persona interesada en adquirir la autorización para uso y explotación, siguiendo las normas básicas que el titular ha establecido

previamente para tal efecto y una vez que ha sido informado por el titular sobre el estado económico que guarde su empresa. (p. 100)

Sánchez Calero (2014) señala que:

El contrato de franquicia es una modalidad del contrato de concesión que tiene como objeto facilitar la distribución de bienes y servicios a cambio del pago de un canon que debe pagar el franquiciado, conteniendo muchos tipos de franquicia como la industrial, comercial, de servicios. (p. 15)

Keimelmajer de Carlucci (1990) respecto a la independencia de las partes señala que:

Tanto en el Derecho Comparado como en el Derecho nacional y la Jurisprudencia han sostenido la independencia jurídica de las partes del contrato de franquicia, presentándose el franquiciante como un empresario independiente que asume los costes y riesgos de la comercialización. (p. 30)

Sin embargo, señala que:

Debe quedar en claro que aceptando que estos contratos constituyen una técnica de integración empresarial, se manifiesta en los hechos una fuente subordinación económica a las respectivas empresas productoras de bienes o servicios que es capaz de repercutir en la responsabilidad del franquiciante. (p. 31)

Es concerniente precisar que Benavides Torres (1997, p. 305) señala que para la Asociación Alemana de Franquicias la franquicia “Es un sistema de distribución organizada de forma vertical – cooperativa y que otorga derecho a diversas empresas autónomas”.

De otro lado, Bedoya Sánchez (2017, p. 131) la define como “un modelo de negocio”; mientras que Pérez Serrabora – Gonzales (2019, p. 719) la considera “un modelo empresarial”.

Como señala Alvarado (2023) “Se distingue la franquicia industrial, cuando el franquiciante le cede al franquiciado la licencia de fabricar por sí mismo los productos que expide bajo su marca” como señalan Carbajo, Diaz D y Lopez M. (2018, p. 69) Señala citando a Ortega (2013, p. 235) que “La franquicia de servicios tiene por objeto autorizar al franquiciado a la prestación de servicios bajo los signos distintivos del franquiciante siguiendo sus parámetros para el correcto licenciamiento”. (p. 80)

Franquicia de Distribución: Como señala Aguirre (2014) Bajo esta modalidad, el franquiciante autoriza a que el franquiciado pueda comercializar productos que lleven su nombre, marca, el mismo rótulo, etc., y el franquiciado puede tener una exclusividad de distribución de su mercancía. (p. 98)

De otro lado, Ruiz (2000) comenta que el contrato de franquicia:

Es un contrato nominado, atípico, que procede del Derecho anglosajón y que con motivo de la apertura comercial de Europa se ha extendido mundialmente, siendo claramente diferente al contrato de concesión. (p. 424)

Asimismo, señala que, en virtud del contrato, el franquiciante se obliga a comunicar al franquiciado las reglas del funcionamiento de la empresa que se pretende franquiciar, en lo que se refiere a los procesos, a la política comercial, y a la dirección de la empresa. (p. 25)

Asimismo, Anzola Gil (2019, p. 500) comenta que:

La definición de franquicia se centra en el concepto de colaboración empresarial, una colaboración conjunta entre empresas legales, mediante la

cual el franquiciante provee a otro, (el franquiciado), tanto de una propiedad intangible como de asistencia técnica, durante un determinado periodo para que comercialice productos, servicios y/o tecnología.

Franquicia de Corner.

Se presenta cuando el franquiciado expide otros productos o servicios ajenos a la franquicia, dentro del desarrollo de la franquicia por su cuenta. La contraprestación se da por el total de ventas prestado, espacio ocupado y el servicio de la franquicia se da generalmente en otro establecimiento. (Ortega Giménez, 2013, pp. 235-236).

Finalmente, resulta pertinente considerar que existen otros tipos de contratos modernos que guardan vinculación y diferencias con el contrato de franquicia, como son el contrato de licencia de marca, al contrato de esponsorización el contrato de agencia comercial y el contrato de distribución.

2.2.12.3. Ventajas y desventajas

Ventajas del franquiciante

Casa y Casabo (2000, pp. 35 - 36) señalan que “La celebración de este contrato supone las siguientes ventajas para el franquiciante”.

Casa y Casabo (ob. cit.) también comentan las siguientes ventajas:

Facilita una penetración profunda y acelerada en un mercado que no controla.

Es conocido que muchas empresas no tienen las condiciones suficientes para crecer en forma rápida con recursos propios, debido a que estos exigen fuertes capitales y la necesidad de manejar personal propio.

La franquicia propicia la expansión de sus productos y servicios a nivel internacional y promueve el acceso a centros comerciales estratégicos. En muchas oportunidades el franquiciante desea ubicarse en un determinado lugar y no cuenta con los recursos necesarios para hacerlo, siendo en estos casos el franquiciado es la solución de su problema.

La impetuosidad o “garra empresarial” que pone el franquiciado es por razones obvias muy superior a la del administrador de un local propio del franquiciante, como será una sucursal o una agencia. Esto determina que el desempeño sea más eficiente, teniendo en cuenta desde luego que el franquiciado ha sido debidamente seleccionado.

Los costos de operación de una unidad propia son normalmente superiores a los de una franquiciada (horas extras, beneficios sociales, entre otros

Permite alcanzar economía a escala industrial, administrativa y de mercado. El resultado es el aumento del poder competitivo y de la calidad de los productos o servicios ofrecidos por el franquiciante

Se emplea con mejor éxito el presupuesto de publicidad y se logra establecer sistemas administrativos a precios bajos, determinando por otro lado que se inviertan constantemente recursos en la investigación y desarrollo de nuevos productos y servicios (p. 37)

En forma prácticamente gratuita se agranda la imagen y la presencia de la empresa, así como la calidad y precio de sus productos

El consumidor conoce mejor sobre la empresa y sus productos, debido a la propagación de la imagen y la comunicación intensa que genera el contrato de franquicia

En el supuesto caso de quiebra o terminación del contrato, el franquiciante corre menos riesgo financiero por la menor inversión que ha realizado. (pp. 37 - 38)

Señalan que:

El franquiciado como empresario independiente actúa con las mismas motivaciones que el franquiciante, busca tanto éxito como el por ser un acuerdo, lo cual facilita el manejo de la empresa, y da por descontada la eficiencia y eficacia en el manejo del negocio. Este efecto de sinergia, supera por cierto a la relación laboral, es poco probable que un empleado pueda poner el hombro, como si lo hace aquel que ha invertido su dinero y tiempo. (p. 38)

Otro beneficio adicional se traduce en el apoyo que los franquiciados realizan en beneficio del sistema puesto que ser empresario es ser creativo y esa creatividad bien canalizada por el franquiciante supone el éxito de la franquicia.

Las desventajas del franquiciante

Casa y Casabo (2000) señalan que:

Entre ellas se encuentra el menor control sobre la redistribución, en comparación con su red propia. El franquiciante debe tener en cuenta permanentemente que en la otra punta de la cuerda está el empresario con quien debe negociar y a quien tiene que convencer que las cosas deben hacerse de determinada manera. (p. 39)

Igualmente, consideran los siguientes problemas, “falta de flexibilidad en los negocios, cuando se tiene una red propia es fácil cambiar los productos o servicios, así como las estrategias de mercado y otras modificaciones”. (p. 39)

Comenta Casa y Casabo (ob. cit.) que:

Una mayor limitación en el uso de canales alternativos de distribución. El franquiciante comúnmente suele usar canales alternativos de distribución. Pero no puede estimular la competencia entre los canales alternativos. Un ejemplo es que es conflictivo que un franquiciante textil venda la misma ropa a su red de franquicia y a una boutique que hace una publicidad arrasadora. (p. 39)

Indican realmente que “El franquiciante, al ceder los derechos de operar su franquicia, se expone a todos los actos negativos que el franquiciado pueda realizar con su nombre, determinando su desprestigio”. (p. 40)

Opinan Casa y Casabo (ob. cit.) que:

El franquiciante pierde una parte de la ganancia de la franquicia, que sería suya si operase con unidades propias. Pero, en el fondo no es una pérdida de rentabilidad, puesto que el retorno de la inversión en la franquicia es mayor para el franquiciante porque que invierte menos recursos de los que invertiría en una red propia de distribución o agencia. (p. 40)

Refieren Casa y Casabo (ob. cit.) que “El franquiciante asume riesgos de litigios que pueden ser sumamente costosos, los cuales se diluyen cuando han sido bien celebrados y elaborados los contratos”. (p. 40)

Señalan también Casa y Casabo (ob. cit.) que:

La expansión puede ser muy rápida y hacer perder al franquiciante el control del negocio. Por ello, debe encontrarse preparado para el crecimiento en

términos gerenciales y no caer en la situación de que el crecimiento lo maneje a él, en vez de que él oriente dicho crecimiento. (p. 40)

Opinan Casa y Casabo (ob. cit.) que:

El franquiciante pierde ciertos dominios en el manejo de los franquiciados, lo cual es explicable, puesto que el franquiciado no es ningún empleado que siga órdenes del empleador, ya que el franquiciado tiene un grado de autonomía bien amplio en el manejo diario del negocio. Por ello, siempre es recomendable elegir al franquiciado con mucho criterio, atendiendo no sólo a sus cualidades empresariales y económicas, también las personales, y sobre todo, las éticas, la reducción de independencia. (p. 40)

Casa y Casabo (1993) señalan también que

El sistema de franquicia puede compararse, en cierta manera, al de un matrimonio entre dos socios: el contrato debe asegurarse el buen entendimiento del conjunto y proveer los posibles casos de separación para cuando no hubiera habido entendimiento. El franquiciante debe entender que al iniciar el negocio de la franquicia compartirá sus conocimientos técnicos, sus elementos de propiedad industrial, la imagen de su empresa, y en fin, el propio negocio será compartido, de ahí que afirmemos que el franquiciante cambia de giro, ya no se dedicará a la venta de bienes o a la prestación de servicios, su negocio es ahora “alquilar” el concepto de su negocio. (p. 40)

Las ventajas del franquiciado

Según Casa y Casabo (ob.cit.):

Las principales ventajas para el franquiciado son: El riesgo de quiebra es bastante reducido respecto a los que asumiría en un negocio propio; las estadísticas demuestran que ésta es la principal ventaja de tener un negocio franquiciado. El menor riesgo depende de una serie de factores como son: un negocio probado y exitoso; una marca fuerte y difundida, con prestigio; economía de escala; asistencia y entrenamiento permanente. (p. 40)

Igualmente, dichos autores comentan, que:

En la mayoría de los casos, no requiere experiencia anterior en el negocio, aunque es cierto que para que se le otorgue la franquicia, el franquiciante le exige condiciones de capacidad empresarial e idoneidad personal. Con la franquicia se obtiene la veloz instalación de un negocio completo, el franquiciado ingresa al mercado con el formato de un negocio preestablecido, no requiere de experiencia, ni estudios anteriores para tentar suerte en el mercado con bienes o servicios propios. (p. 40)

Casa y Casabo (ob. cit.) señalan que:

la menor complejidad en la operación del negocio, dado que el franquiciante le provee de manuales y lo entrena, todo lo cual le da grandes posibilidades para competir. Es decir, el franquiciante le arma el negocio al franquiciado, debido a que éste antes de empezar recibe una información completa sobre como liquidar la planilla, como efectuar los pagos de impuestos, como llevar la contabilidad del negocio y manejar el inventario, entre otros. (p. 41)

Casa y Casabo (ob. cit.) opinan que:

El franquiciante planeará el número de unidades a franquiciar de acuerdo con el potencial del mercado local. Si hubiera potencial en el área asignada para más de una franquicia, el franquiciante dará la prioridad al franquiciado que ya está instalado, salvo que su desempeño sea pobre o no cuente con los recursos necesarios para instalarse y operar, en cuyo caso inclusive se puede llegar a la resolución del contrato. (p. 41)

Además, indican que:

Se consiguen los beneficios de una economía de escala, puesto que el franquiciado no es el único que compra los insumos, con él concurren todos los franquiciados del sistema; por tanto, los descuentos son mayores y los costos se minimizan; tan igual como con los costos publicitarios. (p. 41)

Las desventajas para el franquiciado

Casa y Casabo (ob.cit.) sostienen que:

Semejante al franquiciante, el franquiciado tiene menor libertad de acción en la gestión de su negocio. No obstante, existen franquiciados que consideran que esto es lo peor. El hecho es que no es fácil ser el dueño de negocio propio y estar obligado al mismo tiempo a seguir un conjunto de normas que se le impone al franquiciado y con las cuales no siempre estará de acuerdo, aun cuando sepa que han sido diseñadas para su propio beneficio. (p. 42)

Señalan ambos juristas que:

Hay una menor flexibilidad para transferir, vender o cerrar el negocio. En efecto el franquiciante es quien autoriza la transferencia de la unidad franquiciada, y

en el caso de querer cerrarlo, el franquiciado debe pagar generalmente una sanción pecuniaria cuando haya sido convenida en el contrato. (p. 42)

Comenta que “En un sistema mal diseñado, la política del franquiciante puede afectar los resultados del franquiciado, con evidente perjuicio para este último”. (p. 43)

2.2.13. Derechos y obligaciones de las Partes

2.2.13.1. Derechos del franquiciante.

Cáceres (1997) considera dentro de dichos derechos los siguientes:

Exigir el pago de la remuneración convenida, así como de los derechos de regalía, en caso de haber sido pactados. Vigilar que no se perjudique la imagen del producto o del servicio que proporciona al franquiciante. Hacer que se respeten sus derechos de propiedad industrial representados por las marcas y nombres que se ponen a disposición del franquiciado. Exigir que el franquiciado se sujete a las disposiciones contempladas en los manuales de operación. Tener acceso a la documentación del franquiciado, para supervigilar su adecuada operatividad. (p. 84)

2.2.13.2. Obligaciones del franquiciante.

Dentro de dichas obligaciones se pueden considerar los siguientes, según Casa y Casabo (ob. cit.):

Proporcionarle al franquiciador los productos, marcas, nombres y en general, el *know how* que le permita iniciar y proseguir sus operaciones en forma adecuada. Asegurar que las marcas y nombres cuyo empleo le permite actuar al franquiciado son suyos y no de terceros y responder por los daños que puedan surgir como consecuencia de una infracción al derecho de esos terceros sobre marcas, nombres, entre otros. (p. 92)

Señalan que:

Cuando así sea pactado darle al franquiciado el conocimiento, entrenamiento y mantenimiento actualizado para su adecuada operatividad. No interferir en el manejo de la empresa del franquiciante, pues éste tiene su administración propia. Mantener una política de precios de los productos y servicios que aseguren la adecuada operatividad del franquiciante. También que se debe cuidar que el franquiciador reciba los productos que serán colocados por él mismo y facilitarle la formación de un “stock” en caso de haber sido convenido. Respetar el derecho de exclusividad que le ha asegurado al franquiciante. Realizar las inversiones que sean necesarias para mantener la tecnología debidamente actualizada y en condiciones de competitividad en la plaza o mercado donde actúa el franquiciante. (p. 92)

Como señala Benavides Torres (1997, p. 310) “El franquiciante tiene el deber de dar información y asistencia al momento de impulsar el negocio, o sea en temas logísticos, publicitarios y técnicos”.

Precisa Torres (ob. cit., p. 310) que “El franquiciante puede obligarse a dar asesoría, diseño del local, la decoración, publicidad, mantenimiento de la maquinaria, etc. también la supervisión y control respecto de las actividades del franquiciado”.

Con ello el franquiciante podrá advertir como señala también Cuiñas (1997, p. 152) que “El plan de negocio está siendo cumplido o no a cabalidad, a fin de tomar las acciones de prevención o de corrección si fuere el caso”

2.2.13.3. Derechos del franquiciado.

Dentro de dichos derechos del franquiciador Cáceres (ob. cit.) señala que se pueden referir los siguientes:

Que el franquiciante le proporcione regularmente los productos que va a comercializar y que éstos sean de calidad y demás condiciones establecidas en el contrato. Asimismo, exigir que el franquiciante le dé la preparación inicial convenida, así como el entrenamiento al que se ha comprometido. Asegurarse que el franquiciante no opere en la misma plaza o mercado, sea directamente, o sea a través de una agencia o filial. (p. 92)

Cáceres indica que “Desde luego, esta obligación no existirá cuando en el contrato no se le ha conferido al franquiciante el derecho de exclusividad”. (p. 92)

2.2.13.4. Obligaciones del franquiciado.

Dentro de dichos derechos del franquiciante, según Cáceres (ob cit) se pueden referir las siguientes:

Efectuar el pago inicial por obtener la franquicia y las regalías que hayan sido establecidas a favor del franquiciante. Correr con el riesgo de la empresa y con todos sus costos de personal y otros conceptos. No hacer uso indebido de las marcas y nombres a las que tiene acceso en virtud del contrato. Mantener un estrecho y frecuente contacto con el franquiciante, a efectos de coordinar estrategias, y sujetarse a las condiciones prefijadas en los manuales de operación. (p. 93)

Igualmente, Cáceres (ob. cit.) indica que:

Permitir que el franquiciante pueda cumplir adecuadamente con la labor de fiscalización que le corresponda, poniendo a su disposición los informes y en general, la documentación pertinente. Respetar los estándares de calidad en la presentación, venta y precio de los productos y servicios, tal como han sido establecidos en el contrato. (p. 93)

Como opina Ortega Giménez (2013, p. 237) “El franquiciado tiene la obligación de utilizar el know how y todos los conocimientos entregados por el franquiciante, según los parámetros indicados, a efectos de explotar el negocio de tal modo que se asemeje a la franquicia matriz.”

Igualmente, tiene el deber de pagar la totalidad de la contraprestación establecida en el contrato como señala Carbajo Vasco (2018, p. 90) precisando que la misma puede comprender el derecho de entrada, regalías, y otros gastos reconocidos según contrato.

2.2.13.5. Obligaciones post contractuales.

Como Kleidermacher (1983), un sector de la doctrina señala que, “una vez concluido el contrato, por sus cauces normales o no, las obligaciones post contractuales que nacían de tal rescisión o resolución perdían su condición contractual, porque el contrato, como tal ya no existía.”

Kleidermacher (1993) reseña finalmente:

Lo que haría el contrato sería fijar las conductas u omisiones de cualquiera de las partes que debieran ser calificadas como dañosas en caso de producirse”

Siguiendo esta posición doctrinaria opina que “no podría demandarse el cumplimiento de conductas pretendidas, sino que, producida la omisión de la conducta pretendida, tal acto debería ser considerado como la comisión de un ilícito civil dañoso, y solo cabría la demanda por la reparación de daños y perjuicios eventualmente irrogados. (p. 181)

Otra corriente, representada por Keimelmajer (1990) refiere que:

La determinación del régimen de responsabilidad aplicable, se define por la fuente de la que nacen las obligaciones incumplidas. Carece absolutamente de

importancia a estos efectos si el contrato ha concluido o no. Si estamos a la evidencia de que las obligaciones post contractuales han sido convenidas por las partes contractualmente, ninguna duda puede caber con respecto a que la naturaleza jurídica de tales obligaciones es contractual, y por ello, ese será el régimen de responsabilidad aplicable. (p. 182)

Kleidermacher (1993) señala que:

Esta tesis se orienta al reclamo del cumplimiento de la condición a que está obligada en el futuro, es decir, no competir o no divulgar a terceros la información suministrada entre otras, una vez que el contrato ha fenecido y no sólo pretender una indemnización por daños y perjuicios. (p. 182)

Una tercera posición la encontramos en lo expuesto por Spota (1979, p. 309), quien considera que “Se trata de obligaciones que pueden surgir con posterioridad a la extinción del contrato y que la doctrina se siente inclinada cada vez con mayor asiduidad a considerar como existentes”. Agrega que:

Existiría por tanto una responsabilidad post contractual, en estos casos. Tal responsabilidad post contractual se funda en el abuso del derecho en que incurrió quien ocasionó el daño al proceder invocando una prerrogativa jurídica, pero desviando los fines sociales y económicos. (p. 310)

Callegari (1996) comenta que, con respecto a la regulación de las obligaciones post contractuales o restricciones posteriores al concluir el contrato, el CC no se pronuncia al respecto, posiblemente, porque el CC italiano tampoco lo hace. Sin embargo, ello si bien no favorece, tampoco dificulta la configuración de diversas cláusulas en el contrato, como las que se mencionan a continuación. (p. 77)

2.2.14. Cláusulas de confidencialidad

Como comenta Callegari (1996):

Son causas económicas las que motivan el establecimiento de estas obligaciones post contractuales. El franquiciante tiene el derecho de mantener la ventaja competitiva que representa tener conocimientos técnicos, marcas, patentes u otros elementos de propiedad intelectual, frente a los demás competidores, manteniendo el valor de su red franquiciada. (p. 78)

Esta cláusula de confidencialidad se mantiene desde la celebración del contrato de franquicia y se conserva ello después de su duración formal, por un tiempo ilimitado. Rigol (1992, p. 137) opina que: “Cuando se finiquita el contrato, el antiguo licenciario de la franquicia ya no tendrá derecho a utilizar los derechos de propiedad intelectual que le fueron otorgados bajo licencia en virtud de la franquicia”.

De otro lado en la cláusula de confidencialidad, se señala que:

El franquiciado se obliga a no divulgar a personas extrañas a la red, los métodos, procedimientos o técnicas que le han sido comunicados durante el contrato como elementos constitutivos del “know how” del franquiciante. Esta obligación es de duración ilimitada. (p. 137)

En nuestra realidad nacional, una vez concluido el contrato de franquicia, el franquiciado debe dejar de usar los elementos de propiedad industrial del franquiciante, sean marcas, nombres y lemas comerciales o patentes, modelos de utilidad y diseños industriales.

La legislación vigente en el Perú DL N°823 señala en su artículo 162 que “El registro de una marca, ante la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi, otorga el derecho al uso exclusivo y excluyente de la misma”.

Empero, “El franquiciante puede otorgar licencias de uso de las mismas a terceros por un lapso determinado; de donde se infiere que una vez transcurrido éste, las marcas y otros signos distintivos no podrán ser utilizados por el licenciataria”. (artículo 166 y 167)

Igualmente, según lo establecido en el art.169° del DL N°823, el 24 de abril de 1996, se establece que:

El franquiciante tendrá todo el derecho de actuar contra cualquier tercero que, sin su consentimiento, realice, con relación a productos o servicios idénticos o similares para los cuales haya sido registrada la marca, alguno de los actos siguientes (...) b) vender, ofrecer, almacenar o introducir en el comercio productos con la marca u ofrecer servicios en las mismas. (p. 28)

2.2.15. Cláusulas de no competencia

Como califica Callegari (ob. cit.):

Cabe la distinción entre la no competencia durante la vigencia del contrato y la obligación post contractual de no competir con el franquiciante. La primera deviene de la exclusividad en el aprovisionamiento de los bienes, el franquiciado se obliga, a fin de mantener los estándares de calidad, a adquirir los bienes del franquiciante o del proveedor que éste designe. Por tanto, no podrá adquirir o vender otros bienes que compitan o desnaturalicen el negocio franquiciado. (p. 80)

Igualmente, Callegari (ob. cit., p. 80) señala que “La obligación post contractual de no competencia nace de la necesidad del franquiciante de evitar que la persona a la cual ha capacitado compita con ella en igualdad de condiciones, lo cual significaría pérdida de ventaja competitiva”.

Kleidermacher (1993, p. 181) señala al respecto “(...) su origen se centra en evitar que el franquiciado durante un lapso dado usufructúe gratuitamente los beneficios residuales que surgen de la clientela de su zona”.

Comenta Kleidermacher (ob. cit.) que:

El franquiciado se obliga, en virtud de esta cláusula, a no competir con el franquiciante, una vez concluido el contrato, por un plazo determinado, en un territorio específico y en la misma actividad comercial. Sin embargo, debemos considerar que dadas las características de la franquicia los contratos tienen una duración muy extensa - puede que el franquiciado no esté dispuesto a dejar de realizar una actividad empresarial con la cual ha obtenido éxito, aun cuando deje de utilizar los conocimientos técnicos secretos o los signos distintivos del franquiciante. (p. 181)

2.2.15.1. Cláusula de exclusividad.

Como explica Cardelus (1988, p. 95), “Es común la cláusula de exclusividad en los contratos de franquicia, cuando se tiene una red de franquicias ya estructurada. La exclusividad en los contratos de franquicia puede ser de diferentes clases como explicamos en estas líneas siguientes”.

2.2.15.1.1. Exclusividad Territorial.

Como sostiene Cardelus (ob. cit., p. 96), “La cláusula de exclusividad territorial está orientada a permitir que el franquiciado opere el negocio en una zona

determinada, sin que el franquiciante pueda otorgar otras franquicias en el mismo territorio o competir él mismo con el franquiciado”.

Señala dicho jurista que “Al franquiciado le interesa enmarcar dicha cláusula por cuanto este ámbito deja el inicio miembro de la red del han contrato”. (p. 96) Con la exclusividad se busca que el franquiciado obtenga mayores provechos en la zona exclusiva, y sabemos que, si el franquiciado adquiere mayores utilidades, mayores serán las regalías y más interesante resultará el negocio para futuros franquiciados. (p. 99)

La exclusividad supone obligaciones para ambas partes. El franquiciante como mencionamos, se obliga a no otorgar otras franquicias en el territorio específico, y el franquiciado se obliga a aceptar los límites a fin de no impedir la explotación de otros franquiciados de la red.

Kleidermacher (1993) señala que:

(...) se trata de una limitación espacial a los derechos de explotación” (p. 184).

Rigol (1992) agrega “la zona de exclusividad debe limitarse con exactitud, estudiándose minuciosamente su amplitud. Pues si fuera demasiado extensa, el franquiciado no podría aprovisionar al conjunto de clientes posibles, perdiendo potencialidad de beneficio importante. (p. 156)

Igualmente, Kleidermacher (ob. cit.) señala que “Esta característica es de transcendencia puesto que, en la mayoría de los casos, los extranjeros que han vendido sus franquicias han realizado detallados estudios de mercado y factibilidad para el otorgamiento de zonas. La importancia se notará conforme las franquicias se

desarrollen. Por ejemplo, en el Perú primero en Lima, y posteriormente, en el país entero”.

Refiere que la exclusividad puede estar condicionada por un plazo, a fin de que el franquiciado pionero tenga ventaja sobre los franquiciados que vengan después. La Guía de la OMPI (2004, p. 44) afirma que “La duración del plazo de exclusividad podría depender de la obtención de un volumen de ventas mínimo o del cumplimiento de un programa de desarrollo, en el caso de unidades múltiples o de franquicias principales”.

Exclusividad de aprovisionamiento

Señala que Cardelús (ob. cit.):

No constituye más que la obligación del franquiciante de adquirir los insumos o bienes de determinada fuente, sea del franquiciante o del proveedor que éste señale. Por tanto, le es aplicable todo lo dicho al respecto de las obligaciones del franquiciado. (p. 97)

“En la fase inicial de la franquicia, la exclusividad de aprovisionamiento por parte de quien le indique el franquiciante y asuma necesidad obligatoria pese conseguir producto o servicio”. (p. 99)

Exclusividad de distribución

Cardelus (ob. cit.) opina que, es una cláusula importante en los contratos de franquicia. Por ella, el franquiciante se obliga a no vender en la zona de exclusividad a otras personas naturales o jurídicas ajenas a la red franquiciada. (p. 101)

Algunos estudiosos ven en esta cláusula la contrapartida a la exclusividad de aprovisionamiento. De no pactarse, nada podría impedir que el franquiciante suministre bienes a otras empresas aun cuando estas tuvieran diferentes signos distintivos u otro giro empresarial.

Lograr esta cláusula significaría un gran triunfo para el franquiciado, un arma eficaz que asegura exclusividad en el territorio y la única vía para canalizar los bienes; punto importante en la franquicia de producción y de distribución.

2.2.16. La responsabilidad en el Contrato de Franquicia

2.2.16.1. Sobre la responsabilidad por productos defectuosos en el contrato de franchising y su regulación.

Ventajas. En la actualidad, las relaciones entre franquiciante y franquiciado y entre éste y sus clientes, no han merecido en sus esquemas jurídicos, la regulación por parte del Estado ni ninguna adecuación normativa conforme al grado de importancia y desarrollo que las mismas han alcanzado.

De allí, la importancia de lo que responde a los esquemas contractuales previstos en nuestros Códigos, dirigidos a relaciones típicamente individuales y basadas en el principio de la autonomía de la voluntad, que resultan marcos insuficientes para la contratación comercial realizada en forma masiva y estandarizada.

Como señala Halperin (1993):

En tal virtud, la carencia de normas sobre el contrato de franquicia torna necesaria su regulación a fin de contemplarse sus elementos característicos, a fin de otorgarles fisonomía propia y seguridad en los derechos de las partes y particularmente de los consumidores. Esta regulación no debe significar un freno para el desarrollo del contrato, ni incurrir en un excesivo reglamentarismo.

(p. 211)

Como sostiene Bejarano (1984):

Todo ello se debe complementar con la definición del contrato, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, los derechos de los consumidores especialmente en lo que respecta a la información veraz, suficiente y oportuna y a la posible impugnación de determinadas cláusulas. (p. 59)

Igualmente, Echevarría (1995) opina que el establecimiento de condiciones generales permitirá una mayor racionalización y promoción de la contratación, con un papel legítimo en el ordenamiento económico del Estado moderno. “Se debe buscar la tutela del contratante débil, sea consumidor o empresario, a la sola manifestación de desequilibrio, entendido como una desproporción injustificada que impide el objeto del contrato, imponiendo deberes reforzados de buena fe y equidad”. (p. 117)

En tal orientación, encontramos una preocupación por la equidad en las relaciones contractuales.

Como señala Bejarano (1980):

El fundamento de la regulación es el de restaurar el efecto que en el tradicional Derecho de los Contratos cumplía la negociación en atención al consumidor, siendo la tutela del pequeño empresario un elemento adicional, así como las normas de interpretación contra lo establecido por la empresa franquiciada. La regulación del contrato debe estar orientada preponderadamente al cumplimiento de las obligaciones post contractuales señaladas en las cláusulas de confidencialidad del sistema y de la no competencia, y de los derechos de los consumidores, lo que permitiría una mayor certeza del cumplimiento de las obligaciones, lo que disminuirá el costo de las transacciones. (p. 77)

Explica el jurista Bejarano (1980) que:

En México muchas franquicias fracasaron debido a que los franquiciados usaron y explotaron deliberadamente los conocimientos técnicos y comerciales. De finalizar el contrato, en los procesos judiciales, los franquiciantes no pueden obligar la ejecución de la prestación post contractual y menos obtener la indemnización por los daños y perjuicios causados toda vez que se basaron en el precepto constitucional que señala que “nadie está prohibido de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.” (p. 78)

Bejarano (ob. cit.) comenta que:

La importancia de estas cláusulas y normas de protección de los consumidores es significativa, porque tienen una trascendental función en el desarrollo de la creatividad y la innovación, porque su incumplimiento no incentivará el desarrollo del sistema y fomentaría el atraso tecnológico. (p. 62)

2.2.17. Opiniones a favor de esta posición

Como señala Cáceres (1997, p. 95) “La ausencia de una normatividad que promueva el *franchising* en el país, motiva que haya mucho riesgo para el empresario peruano que quiera implantar un negocio a través de este sistema”.

El citado jurista Cáceres (1997) opina que:

Existe el probable peligro de que se pueda divulgar la información contenida en los manuales de operación de una empresa y que alguien no autorizado utilice dichos manuales para copiar todo el sistema de esta. Podría darse el caso que, si se tiene acceso a los manuales de una empresa dedicada al Fast Food o comida rápida, se puede abrir otro negocio similar con otro nombre, bajo el mismo sistema usando la misma receta y un tipo similar de servicio. Estimamos

que si bien en el Indecopi, se registran los nombres y patentes, se debe considerar que el *franchising* abarca muchos aspectos más, su planeamiento estratégico implementación y ejecución estratégico del negocio, los manuales de operaciones, estrategias de ventas, entre otros. (p. 96)

En realidad, Cáceres (ob. cit.) señala que los contratos bajo el mecanismo del *franchising* suelen ser convenios con vigencia de diez a veinte años de duración, por lo cual, el Estado debe mantener una legislación y una política que aliente a los empresarios a invertir a largo plazo. (p. 151)

En esa orientación Cáceres (ob. cit., p. 152) quien señala que “La franquicia es un sistema que no ha tenido repercusiones en el empresariado nacional por una carencia de seguridad jurídica con respecto al establecimiento de franquicias”.

Cáceres (ob. cit.) agrega que:

Debería legislarse garantizando una efectiva protección a los conocimientos comerciales, puesto que constituyen uno de los fundamentos principales de protección de la tecnología licenciada en los contratos de transferencia tecnológica, protección que se puede brindar mediante la creación de un Registro Nacional de Licencias de Tecnología. También puede permitir garantizar el cumplimiento de las obligaciones post contractuales en general. Ello, lleva a considerar la importancia de un Proyecto de Ley que brinde mayor seguridad jurídica a los inversionistas y consumidores, aspecto que desarrollamos en la presente investigación. (p. 153)

2.2.17.1. Desventajas.

Respecto a las desventajas de la regulación, Arias-Schreiber (1994) señala que:

La falta de normatividad no es un grave obstáculo para el desarrollo de este contrato, que por tener matices modernos no debería estar enmarcado por reglas específicas, por cuanto le restan autonomía, flexibilidad y creatividad ante las variaciones del mercado. Sostiene, igualmente, que el negocio debe crecer y desarrollarse previamente para advertir qué rumbos lleva y recién en esos momentos adecuarlo a los parámetros europeos o norteamericanos que les son aplicables, por cuanto resulta más cómodo para el desarrollo del contrato, el principio de la autonomía de la voluntad fundamental en la dinámica contractual general. (p. 124)

De otro lado, Benavides (1997) plantea que:

Los empresarios no celebran contratos de franquicia porque haya una norma legal, sino porque tienen necesidades por satisfacer o intereses por regular con relación a los cuales dicha figura resulta un vehículo adecuado. Indica que “los empresarios miran con desconfianza, la posibilidad de tal regulación, porque la misma, normalmente introduce en la contratación restricciones y rigideces que están muy lejos de una supuesta función promotora. Por estas razones, Benavides cree que no es conveniente legislar el *franchising*. (p. 307)

Sierralta (1997, p. 34) opina que “Cuando empiezan a regularse los modelos contractuales nuevos generan confusiones por la falta de preparación de los legisladores”.

Según nuestra posición, la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en nuestro CC de prudentes y claras normas que regulen la responsabilidad por la elaboración de productos defectuosos en general, significará

una contribución que promovería el desarrollo del contrato al brindar mayor información, predictibilidad y protección al consumidor. Considerando, la creciente importancia de esta problemática se cubriría un importante vacío existente en nuestro país. Por cuanto, el CC, fundamentalmente regula en la actualidad a las actividades riesgosas o peligrosas, pero no contiene normas especiales sobre la responsabilidad derivada de la elaboración de productos defectuosos.

Finalmente, debe entenderse que el contrato de franquicia genera adecuadas reclamaciones jurídicas que el derecho debe regular, tienen una muy posible aplicación frente a un número indeterminado de personas que celebren dichos contratos, lo que refuerza la necesidad de que se regule en el CC como importante norma de carácter general y no en disposiciones de carácter sectorial, como la Ley de Protección del Consumidor.

2.2.18. La Necesidad de delimitar la responsabilidad frente a terceros en el marco del Contrato de Franchising

Respecto a la responsabilidad del franquiciante frente al consumidor por hechos del franquiciado, Etcheverry (1995) sostiene que:

Frente a terceros cobra especial importancia la consideración de la responsabilidad que pueda asumir el franquiciante, en los supuestos en que media la provisión de un producto que no se ajusta a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumpla en forma adecuada su finalidad. (p. 293)

Así pues, “El público recurre confiado por el prestigio de la marca y del nombre comercial, sin preocuparse de saber, si el franquiciado es un empresario autónomo o no”. (Etcheverry, 1995, p. 297)

Asimismo, Etchevarry (ob. cit.) define la franquicia como:

El contrato basado en una relación de cooperación permanente, mediante el cual el franquiciante otorga a la franquiciada un conjunto de derechos que le facultan para **vender** y/o distribuir y/o exportar uno o varios productos o servicios ajustando a las instrucciones y limitaciones establecidas. (p. 298)

2.2.19. Tratamiento en el Derecho Peruano y en el Derecho Comparado

2.2.19.1. El Contrato de Franchising en el Perú.

Como expresa Arias (1999):

El contrato de franquicia en el Perú no cuenta con regulación jurídica, es un contrato atípico, pues en el Perú no está regido por una normatividad legal especial. Empero, y en términos generales, debemos manifestar que este contrato se sujeta a las disposiciones generales establecidas en el CC y en particular al principio de la libertad de configuración interna contractual contemplada por el artículo 1354 de dicho Código. (p. 110)

Arias (1999) señala también que:

Le es aplicable al contrato de franquicia, también el artículo 1353 del CC que establece “todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en

cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”. (p. 110)

Al referirse este artículo “a todos los contratos de derecho privado”, se entiende el sometimiento del contrato de franquicia a las disposiciones generales de la Sección Primera del CC.

Las corrientes contemporáneas señalan “una creciente civilización del Derecho Comercial”, por ello no es extraño, en este sentido encontrar en la doctrina peruana, estudios referentes al artículo 1353 del CC, en cuanto consideran que ha derogado a las disposiciones generales del Código de Comercio. En tal sentido, Valle (1987, p. 195) señala al respecto “Su trascendencia consiste en el tratamiento diferente posterior a los artículos 50 al 63 del Código de Comercio”.

Al respecto debo expresar que son los contratos comerciales, debido a la dinámica económica, los que tienen un vertiginoso crecimiento, y es por ello, que nos animamos a considerar que la tendencia es la contraria, la comercialización del Derecho Civil, afirmación que se sustenta en contratos como el de franquicia, *factoting*, *know how*, entre otros, cuyo carácter mercantil es indudable.

2.2.19.2. Legislación sobre Contratos de Franquicia nacionales.

Dada la legislación vigente sobre represión de la competencia desleal (DL 1044). Se define como acto de competencia desleal:

La violación de secretos, que significa la infidencia, divulgación o explotación, de los conocimientos, informaciones, ideas, procedimientos técnicos o de cualquier otra naturaleza, de propiedad de éste y a los que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva o ilegítimamente como

resultado de alguna de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 16, como son los actos de denigración, publicidad comparativa, falsa o engañosa.

Este artículo, a primera vista, podría constituir un nuevo protector de los conocimientos técnicos y comerciales del franquiciante, Se reprime el uso en beneficio propio o de tercero, a la divulgación de los conocimientos técnicos que constituyan secreto industrial, dado que es el secreto industrial el que le otorga al titular propiedad sobre éste.

Recordemos que los conocimientos técnicos y comerciales no son registrables y, por tanto, no son exclusivos y excluyentes como sí lo son los elementos de propiedad industrial. El acierto de esta concepción es (considerar que la empresa dispone de un conocimiento técnico o comercial no es propietario de ésta) y se sustenta en la circunstancia de que el mencionado conocimiento técnico, no siendo patentado y además mientras el ordenamiento jurídico los ha establecido como un derecho de propiedad, carece de esta entidad.

Es así que dadas las características y condiciones del secreto industrial (DL 1075), es el *know how* técnico el único protegido por esta norma de competencia desleal, no así los conocimientos comerciales que por su propia naturaleza no reúnen los requisitos para constituir secretos industriales. Tal aseveración es válida para los delitos de violación del secreto industrial previstos en el Código Penal.

2.2.19.3. Tratamiento fiscal a las regalías.

El pago de regalías en el Perú lo realiza el propietario de los derechos de autor, patentes, marcas, portada, contraprestación en efecto o en elección originado por el

uso o el privilegio de usar dichos elementos de propiedad. Por tanto, simultáneamente aplicable al contrato de franquicia.

El contrato de *franshising* en el DL 807

Según el Decreto Legislativo N° 807 del 16 de abril de 1998 en su artículo 56 señala que:

Se entienden registrados los contratos de transferencia de tecnología extranjera a que se refiere la Decisión N°291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena con el registro de las licencias de uso de signos distintivos ante la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi; con el registro de la licencia para la explotación de patentes u otros derechos de propiedad industrial y la inclusión en el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia, de origen extranjero ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi.

La Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones del 14 de setiembre del 2000 contiene normas de obligatorio cumplimiento sobre protección de la propiedad industrial para los países miembros.

2.2.19.4. El Contrato de Franchising en el DL 1075.

El Decreto Legislativo N° 1075, señala que:

La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual Indecopi, es competente para conocer y resolver en Primera Instancia todo lo relativo a patentes de invención, certificados de protección, modelos de utilidad y diseños industriales, incluyendo los procesos contenciosos en la vía administrativa sobre la materia.

2.2.19.5. Contrato de Franquicia internacional.

Su estructura no difiere de los contratos de franquicia nacionales, por tanto, le son aplicables las características jurídicas referidas anteriormente. Teniendo en consideración que la celebración del contrato de franquicias es una constante en los países que la han desarrollado posteriormente a nivel interno, su regulación típica es muy importante.

La adquisición de tecnología extranjera ha transcurrido cauces muy distintos. En un tiempo relativamente corto, de la exigente revisión y examen por entes burocráticos cuya labor más que favorecer, obstaculizó, a la eliminación total de una Oficina encargada de tomar el control de la adquisición de tecnología científica y comercial.

Así en 1971, en el ámbito del acuerdo de contrato, mediante la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que facultó al entonces organismo nacional competente Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE) a aprobar los contratos sobre importación de tecnología, se aprueba el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías

Esta norma supranacional fue reglamentada por normas internas, de tal suerte que los contratos no pudieran tener cláusulas restrictivas de comercio, las contribuciones tecnológicas intangibles no podían constituir aportes de capital, puesto que se estimaba que no constituía real transferencia de tecnología. Definitivamente, los contratos de tecnología extranjera en general atravesaron una larga travesía administrativa para su aprobación.

En mayo de 1987, se acordó modificar el régimen común, con el propósito de flexibilizar y actualizar algunas de las normas, dando lugar a la aprobación de la Decisión 220 del Acuerdo de Cartagena, que si bien mantuvo algunas restricciones, eliminó otras.

A fines de 1990, se revisa la Decisión 220, considerando que América Latina ha acogido criterios de liberalismo económico y la Comunidad Andina y ha desregulado casi en su totalidad, la transferencia de tecnología extranjera sancionando la Decisión 291.

2.2.19.6. Alcances de la Decisión 291.

La Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena establece el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías con la finalidad de “remover los obstáculos para la inversión extranjera e incentivar la libre circulación de capitales subregionales”.

Es fundamental, en el desarrollo de la Decisión 291, considerar como inversión extranjera directa, “Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia y conocimientos técnicos patentados o no, que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones”.

La Decisión 291, equipara en el tratamiento, a los inversionistas nacionales como extranjeros, reconociéndoles derechos y obligaciones similares, salvo las limitaciones establecidas en la Constitución por seguridad nacional.

Una de las bondades de este artículo es que su redacción promueve la creación de nuevos contratos de transferencias. Sin embargo, en la calificación de la tecnología

adquirida mantiene esquemas rígidos, como si el empresario que adquiere la tecnología fuera un dependiente de los intereses de la empresa importadoras de tecnología.

Otamendi (1994) al respecto nos dice:

¿Qué sucede cuando el contrato pretendido por las autoridades es distinto al que quieren las partes? Ello originará que muchos se abstengan de contratar, con un nefasto resultado, no solo para el que quería las tecnologías o marcas, sino también para el país. (p. 12)

El excesivo control originaría que las empresas extranjeras celebraran contratos con las empresas grandes, marginando a las medianas, pequeñas y microempresas, (aumentado la brecha) entre éstas y aquellas, lo que no es deseable y a la larga, tendrá por efecto, el restringir o eliminar la competencia en esas micro, pequeñas, y medianas empresas.

En este caso, Otamendi (ob. cit.) manifiesta que:

La restricción legal, encarece el precio de la tecnología que se va a adquirir y restringe el mercado de tecnología. En ese contexto, el artículo 13 señala las cláusulas mínimas que todo contrato de tecnología extranjera debe contener la *identificación de las partes*, con expresa mención de su nacionalidad y domicilio; *identificación de las modalidades* que revista la transferencia de tecnología que se importa; *valor contractual* de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología; y *determinación del plazo de vigencia*. (p. 16)

Adicionalmente, señala que, de los cuatro puntos, tres son comunes a la totalidad de contratos de transferencia de tecnología. Sin embargo, el problema para registrar los acuerdos se verifica en el valor contractual de los elementos involucrados,

lo que en buen romance implica el desagregado de las regalías en cada uno de los elementos que constituyeren el acuerdo. (p. 97)

Comenta Otamendi (ob. cit., p. 98) que “Esta exigencia exagerada impide la pronta inscripción de los contratos de transferencia de tecnología extranjera, fomentando que las partes acuerden el establecimiento de regalías, mediante mecanismos o contraprestaciones diversas”.

De otro lado, el artículo 14 de la Decisión 291 contiene las cláusulas restrictivas que los Estados miembros podrán tener en cuenta, subrayando esta voluntariedad, toda vez que el DL N°662 referido a la estabilidad jurídica de las inversiones extranjeras en el Perú, en función a esta remisión, no observa una sola cláusula restrictiva.

Estas cláusulas son muy comunes en los contratos de franquicia de comidas rápidas o *fast food*, en el que el franquiciante, si bien no fija estrictamente el precio de los alimentos, recomienda una lista de precios de venta al público.

2.2.19.7. DL N° 662.

Este régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera no hace más que reforzar los criterios establecidos en la norma andina supranacional y remover los obstáculos y restricciones a la inversión extranjera a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas extranjeros y nacionales.

En su artículo tercero que “Las inversiones extranjeras que se efectúen en el país quedan autorizadas automáticamente, una vez efectuadas, deben registrarse ante el Organismo Nacional competente”.

En lo que respecta al Organismo Nacional Competente, ha variado en el transcurrir de las últimas décadas. En 1971, el órgano encargado de examinar y evaluar los contratos de transferencia extranjera era el Ministerio de Industria y Comercio, en 1974. Dicha función pasó a manos del Instituto de Investigación Tecnológica y de Normas Técnicas (ITINTEC) y desde 1977, el órgano competente fue la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (Conite), la que desarrolló su labor hasta el 24 de noviembre de 1992.

El Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones de Indecopi, del 24 de noviembre de 1992 que en su artículo 30 creó la Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera.

2.2.19.9. DL N° 807.

Indecopi nace en el marco de una economía social de mercado. Creado por el Decreto Ley 25868 como una organización estatal que vela por el cumplimiento del buen funcionamiento del mercado, y la seguridad de los derechos intelectuales. (Fernández, 1994, p. 217)

En cuanto al segundo aspecto, el Indecopi nace con cinco oficinas dedicadas a proteger la propiedad intelectual: Oficina de Signos Distintivos, Oficina de Invenciones, Oficina de Nuevas Tecnologías, Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera, y Oficina de Derechos de Autor.

En los últimos años, la Oficina de Nuevas Tecnologías asume al nombre de Oficina de Inversiones y Nuevas Tecnologías, correspondiéndole el registro de los contratos de esta naturaleza. Esa función la ejercía por mandato de la Decisión 291 y del DL 662. En cuanto a los tipos de registros se tiene: registro de nuevos contratos, registro de resolución o rescisión de contratos.

Esta oficina recibía pocos contratos al registro, pero dadas las características del sistema de libre mercado, era predecible que éstas aumentarían, como ha sucedido. Sin embargo, pese al progresivo aumento en la presentación de solicitudes de registro, el DL 807, cuya sanción obedece a brindar a la organización de mayores facultades para el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines de Indecopi, consagra dicha innovación, por primera vez. Posteriormente se expidió el DL 1044 que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Indecopi reiterando similar orientación y que deroga el Decreto Ley 25868, estableciendo, sus facultades y atribuciones, reiterando las mismas bajo comentario.

2.2.20. Tratamiento en el Derecho Comparado

Derecho Comunitario Europeo.

Se aprobó el Reglamento CEE 4087-88 que define a la franquicia como:

El contrato en virtud del cual una empresa la franquiciante cede a otra empresa, la franquiciado a cobro de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia, para comercializar determinados tipos de productos o servicios, lo que, comprende por lo menos: El uso de una denominación o título común y una presentación de los locales y los medios que comunican y precisan el objeto del contrato. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de un know how. La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de la asistencia especializada durante la vigencia del acuerdo.

La legislación europea, en las directrices del Reglamento de Exención N° 330/2010, de 20 de abril de 2010, define esta noción de la siguiente manera:

Los acuerdos de franquicia incluyen licencias de derechos de propiedad intelectual relacionados en particular con marcas comerciales o signos distintivos y con conocimientos para el uso y distribución de bienes o servicios. Además de una licencia de derechos de propiedad intelectual, el franquiciador normalmente proporciona al franquiciado, durante el período de aplicación del acuerdo, asistencia comercial o técnica. La licencia y esta asistencia forman parte integral del método comercial franquiciado. El franquiciador, generalmente recibe una tarifa de franquicia por el uso de este método con una inversión limitada, una red uniforme para la distribución de sus productos. Además de la concesión del método comercial, los acuerdos de franquicia generalmente contienen una combinación de restricciones verticales sobre productos distribuidos, en particular distribución selectiva y/ o una obligación de no competencia y/ o distribución exclusiva o formas suaves de distribución. Esas restricciones. se encuentran referidas en el Apartado 189.

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia del año 2016 que reemplazo al Código de la EFF European Franchise Federation de 1991, define la franquicia de la siguiente manera:

La franquicia es un sistema de comercialización de productos y/ o servicios y/ o tecnologías, basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas distintas e independientes legal y financieramente, como son el franquiciador y sus franquiciados, en los cuales el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho e impone la obligación de operar un negocio de acuerdo con el concepto de franquiciador. El derecho así otorgado autoriza y obliga al

franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a usar la marca y/ o la marca de productos y/ o servicios, los conocimientos y otros derechos de propiedad intelectual respaldado por la provisión continua de asistencia comercial y/ o técnica, dentro del marco y por la duración de un acuerdo de franquicia por escrito, celebrado entre las partes a este efecto.

Como refiere Lopez (2007) existen diferentes Códigos Deontológicos en otras latitudes. Entre ellos, el Código de Principios y Parámetros de Conducta de la International Franchise Association creada en 1960 en Estados Unidos; el Código Deontológico de la Federación Francesa de franquicia de 1970 el Código de Ética de la Asociación Argentina de Franquicias Comerciales, el Código de Ética para las franquicias en Venezuela de 1999 y el Código de Ética para las franquicias en Ecuador del 2005. En estos Códigos se consagró la libertad de asociarse como socios activos de alguna asociación, la promoción a través de los órganos informativos de la asociación precios y tratamiento preferente respecto de ferias, convenciones nacionales o internacionales, recepción de listado de inversionistas o interesados en negocios franquiciables, así como convenios de asociación con fines de negocio.

En vista de estas definiciones, así como de las orientaciones doctrinales, la jurisprudencia, que se ha desarrollado en la legislación francesa, se caracteriza por la reunión de tres elementos esenciales que deben proporcionarse a los franquiciados para que puedan reiterar el éxito del franquiciador: los signos distintivos del franquiciador: *signo del franquiciador*, *know-how*, y la *asistencia permanente del franquiciador*.

Ahora bien, el acuerdo de franquicia debe incluir, como condición del contrato, la provisión por parte del franquiciador en beneficio de los signos de franquiciado, de

los clientes que se reúnen y, por lo general, una licencia de la marca utilizada como signo, bajo la cual los franquiciados operarán. Esto requiere, en primer lugar, que el franquiciador tenga los derechos de la marca que pretende otorgar, una licencia a sus franquiciados, y que esta marca se presente regularmente en el territorio en el que operarán los franquiciados.

Por lo tanto, si no es el solicitante de la marca, tendrá que asignar los derechos de la marca, bajo un contrato de cesión de la marca, o una licencia para usar la marca, bajo el título de un acuerdo de licencia de marca registrada, que le permite, en particular, otorgar licencias para esa marca registrada. De lo contrario, si el franquiciador no posee derechos sobre la marca comercial o si la marca comercial cuya licencia se otorga no se registra regularmente, el contrato de franquicia quedaría sin efecto por falta de causa.

El Reglamento de Exención Comunitaria Nº 330/2010 proporciona detalles sobre la definición de know-how, dentro del marco limitado del beneficio de la exención otorgada por este texto, que lo define como:

Un conjunto secreto sustancial e identificado de información práctica no patentada, resultante de la experiencia del vendedor y probada por el vendedor. En este contexto "secreto" significa que el conocimiento no es generalmente conocido o de fácil acceso; "Sustancial" se refiere al conocimiento que es significativo y útil para el comprador para el uso, venta o reventa de los bienes o servicios contractuales; "Identificado" significa que el know-how se describe de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si cumple las condiciones de secreto y sustancialidad.

Esta definición es coherente con el Reglamento de Exención Europeo número 316/2014 de la Comisión Europea, de 21 de marzo de 2014, sobre la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Dicho marco legal comunitario es complementado por el Reglamento N°316/2014. La definición de know-how no difiere en sustancia de la contenida en el Reglamento no 330/2010, excepto que el término 'no patentado' desaparece para calificar la información proporcionada.

En armonía con estas normas es generalmente aceptado en la jurisprudencia de los países comunitarios, que es deseable que el franquiciador tenga experiencia en conocimientos en una unidad piloto, lo que le permite probar su concepto en condiciones de operación típicas. De lo contrario, es probable que se declare la nulidad del contrato de franquicia por falta de causa (CA Paris, 13 de noviembre de 2013, RG 11/23262). Este requisito de una unidad piloto no se basa en una norma con valor legal técnicas y deontológicas

El Reglamento de Exención Europeo no lo exige en particular. Simplemente define el *know-how* como un conjunto de conocimientos prácticos resultantes de la experiencia del franquiciador. Por lo tanto, en ausencia de estándares con valor legal que requieran que el conocimiento haya sido probado en un piloto, el Tribunal de Casación, luego de varias apelaciones a tal efecto, se pronunció en un fallo de 8 de junio de 2017, estableciendo que, si el conocimiento del franquiciador debe haberse experimentado, esto no significa que se requiera la existencia de un conductor.

El hecho es que el requisito de establecer una tienda piloto permanece desde un punto de vista gerencial, en particular para poder formalizar las condiciones

operativas típicas de un franquiciado y definir la organización que significaría para el franquiciador y la red.

Como señala Lorenzetti (2000, p. 292) “Los conocimientos técnicos que tienen como características ser exitosos, reproducibles, identificados, sustanciales originales”.

Como indica Masderoni (1998, pp. 17 y 18) “El conjunto de conocimientos técnicos representa el know how como elemento fundamental del contrato de franquicia”.

Es difícil establecer una duración mínima de experimentación de sus conocimientos por parte del franquiciador. La jurisprudencia no es coherente a este respecto y esta duración depende en particular de la actividad en cuestión.

Esta experimentación debe durar el tiempo necesario para permitir que el franquiciador desarrolle los conocimientos que luego transmitirá a sus franquiciados. Un período experimental de entre doce y dieciocho meses parece ser un plazo muy reducido, excepto en circunstancias especiales.

Conviene destacar en el ámbito europeo la legislación de España en materia del contrato de franquicia, que considera lo siguiente como señala: Ortega Giménez (2013), las normas españolas son:

La ley 71-1996 de Ordenamiento del Comercio Minorista de España del 15 de enero de 1996. señala los elementos fundamentales para la existencia de un contrato de franquicia como comenta Pérez Martel (2006) y licencia de marca u otros signos distintivos, presentación de los locales, la entrega del saber hacer o técnicas operativas y la asistencia técnica. Esta norma define a la franquicia

“como el contrato mediante el cual el franquiciante cede el derecho de explotación de un sistema de comercialización de productos o servicios al franquiciado. Real Decreto 20/2010 por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en el régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. Reglamento CEE No. 4087-88 del 30 de noviembre de 1988 referido a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado que determina las categorías del acuerdos verticales y prácticas concertadas. Mediante dicha normatividad la Comisión Europea reglamenta el apartado 3 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comisión Europea. Dicha norma define a la Franquicia como “un acuerdo bilateral, válido, desarrolla también la definición a la franquicia, y se determinan los derechos y las obligaciones de las partes, así como aspectos vinculados a las matrices. Es conveniente precisar que dicho Reglamento fue sustituido por el Reglamento CE N 2790/1999 de la Comisión Europea del 22 de diciembre de 1999 y este a su vez fue sustituido por el Reglamento CEE N° 330/2010 al que nos hemos referido anteriormente. (p. 107 – 270)

La Franquicia en Colombia:

Lecompte y Visbal Otero (2013, p. 239) señalan que, “Resulta posible enjuiciar al franquiciante por los actos del franquiciado, invocando que dentro del contrato de franquicia resalta una obligación de control y supervisión de las actuaciones del franquiciado”. Igualmente, Invoca el principio de la apariencia legitima para sustentar la responsabilidad de tutela de la marca del franquiciante y de regulación del contrato.

En Argentina

Según Marisca (2016, p. 11), “La franquicia durante mucho tiempo era un contrato atípico que no contaba con una regulación”. Dicha situación cambió el año 2014 con la expedición del CC y Comercial de la Nación, siendo tratado en el capítulo 19. Es un contrato típico como señala Cuiñas Narvaez (1997, p. 154) “Estimando que el derecho deber de control del franquiciante puede responder ante los consumidores, ya sea por omisión o por ejercicio indebido”. Asimismo, el artículo 1763 del CC y Comercial de la Nación define “La extensión de la responsabilidad a quienes han causado daño bajo su dependencia o en las cosas de que se sirve o que tiene a su control”. (p.379)

2.2.21. Singularidades jurisprudenciales en el Perú.

2.2.21.1. Importancia de la jurisprudencia administrativa y común

2.2.21.1.1. *Una problemática especial: La responsabilidad administrativa y civil por productos médicos defectuosos. Casuística.*

Como refiere Espinoza (2005):

El 21 de mayo de 1996, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi tomó conocimiento, a través de una comunicación cursada por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid) del Ministerio de Salud, que en la elaboración de un producto farmacéutico *Dyazide*, medicamento con efectos diuréticos, se había empleado erróneamente un antipsicótico.

En esta fecha, según Espinoza (ob. cit.):

Se tomó conocimiento de un aviso publicado por las empresas *Smithkline Beccham I.A.C.*, Sucursal Perú y Laboratorios Hersil S.A., titular de la marca y

productora, respectivamente del producto en mención, en el que se informaba a la opinión pública acerca del problema producido.

Señala igualmente que el 22 de mayo de 1996, la Comisión inició un procedimiento a ambos proveedores por infracciones a la Ley de Protección del Consumidor, ordenándose el retiro del producto *Dyaside* del mercado y el cierre de su comercialización.

Asimismo, Espinoza (ob. cit.) indica que:

Mediante Resolución N° 05 del 23-08-96, la Comisión declaró fundado el procedimiento por infracción de los artículos 8 (relativo a la idoneidad y calidad de los productos y servicios) 9 y 10 del DL No.716, sancionando a ambas empresas con 100 UIT (Unidad Impositiva Tributaria) cada una y con el cierre de sus establecimientos respectivos por siete días útiles.

Espinoza (2005) indica que:

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi mediante Resolución No. 095-96-ICTI/SAC/INDECOPI del 11-12-96, ya citada, confirmó en todos sus extremos, la Resolución de la Comisión. Es cierto que los proveedores realizaron acciones tendientes a neutralizar los daños ocurridos, pero como bien sostiene la Sala: “Que el proveedor cumpla con el deber de asistir al consumidor y reparar el daño ocasionado no implica que ello lo libere de toda responsabilidad administrativa que pudiera corresponderle”

Los proveedores son responsables por la idoneidad y el contenido del producto *Dyazide* y deben responder administrativamente por haber puesto en el mercado un producto defectuoso que no cumple con los fines para los cuales

se fabrica (no es idóneo) ni contiene todos los componentes que los proveedores afirman (responsabilidad por el contenido) sino por el contrario, contiene otro (*la trifluo perazima*) que además pone en riesgo la salud de los consumidores”. (p. 375)

Espinoza (ob. cit., p. 376), señala que “Ello ocasionó que los consumidores asuman un riesgo totalmente irracional y no obstante ello, no se informó adecuadamente del riesgo que podría acarrear el consumo del lote defectuoso del producto *Dyazide*”.

Espinoza (ob. cit.), señala que:

Posteriormente, con fecha 21-11-96, una consumidora de *Dyazide* y su esposo demandan a Hersil por daños y perjuicios por la suma de un millón de dólares, más intereses, costas y costos. La consumidora alega que, desde hace años, utiliza este medicamento y a partir del 23-04-96 “empezó a notar un grave decaimiento de sus funciones vitales”.

Al posponer su viaje para hacerse una intervención quirúrgica, por cuanto no podía dejar abandonada a su pareja, se le ocasionó un “grave daño moral”. El Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución N° 40 del 20-07-98 declara fundada en parte la demanda por la suma de diez mil dólares americanos o su equivalencia en moneda nacional, a favor de la consumidora e infundada la pretensión indemnizatoria del esposo debiendo precisarse lo siguiente: El Juzgado citado no tipifica plenamente esta responsabilidad como una de productos defectuosos, con respecto a la pretensión indemnizatoria que nos ocupa. (pp. 43 - 44)

Como señala Espinoza (2005):

Es necesario precisar que la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1696 del CC, supone acreditar la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño, siendo menester igualmente configurar y acreditar los hechos que configuren su pretensión o a quien los contradice, tal como se desprende de la norma contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil, pues la falta de dolo o culpa que corresponde acreditar a la parte demandada resulta irrelevante, para el caso que nos ocupa, toda vez que la comercialización del medicamento farmacéutico de naturaleza defectuosa ha sido admitida y probada.

Se trata de un medicamento farmacéutico defectuoso, al cual debió aplicársele el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor o en todo caso el artículo 1970 del CC, por haberse convertido en un bien riesgoso o peligroso en circulación. El juez opta bajo una perspectiva limitada, por la responsabilidad subjetiva, sobre la cual ya no se pronuncia, por cuanto se basa en las resoluciones administrativas antes citadas. (p. 376)

Respecto de la pretendida indemnización por el daño sufrido por el consorte, el Juez aprecia como sostiene Espinoza, (2005) opina que:

No ha sido acreditada la RC de manera alguna, desde que no se ha probado el nexo causal entre el hecho y el supuesto daño, máxime que no se ha precisado en qué consisten los mismos, argumentos que se ciñen a la naturaleza subjetiva de los hechos, no pudiendo concatenarse hechos que atañen directamente a una persona aun cuando exista una relación de parentesco de manera que el daño moral que asegura haber sufrido al haber estado padeciendo una

enfermedad cardiovascular. Se trata de un caso particular distinto a la responsabilidad de la demandada en la comercialización de los medicamentos defectuosos, lo que revela una pretensión carente de sustento legal, extremo de la demanda que no puede sistematizarse en atención a lo dispuesto por el artículo 200 del Código Procesal Civil, que sanciona que “si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada. (p.378)

La Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima, con resolución del 23-11-98, confirmó la sentencia anterior.

2.2.21.1.2. Solidaridad en la comercialización de los productos defectuosos.

Espinoza (ob. cit.) señala que:

Resulta más complejo delimitar la responsabilidad del que comercializa los productos defectuosos.

En efecto, indica que, si actualmente una farmacia vende un producto defectuoso, rige la responsabilidad solidaria y objetiva a nivel de los proveedores, como establece el artículo 101 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, estarían implicados todos los eslabones de la cadena productiva. Vale decir, no sólo el productor, sino también el distribuidor. Sin embargo, “es necesario determinar las posibilidades de control del producto que tiene el distribuidor o el vendedor. En efecto si se trata de productos sellados, por ejemplo, esta posibilidad es inexistente. (p. 370)

Señala, finalmente Espinoza (ob. cit.) que:

Es distinto es el caso que se vendan productos vencidos. En el primer caso, no había responsabilidad del intermediario, y en el segundo caso, el proveedor

intermediario no puede ampararse únicamente en el hecho que los productos defectuosos estaban sellados. Este debe demostrar un comportamiento diligente que implica elegir distribuidores autorizados, que estén acreditados, verificar las garantías del producto, individualizar el lote del producto, cuidarlos adecuadamente, verificar su vencimiento, entre otros aspectos. En caso contrario, deberá asumir los costos por los daños que cause su conducta. En efecto, esta fue una valiosa oportunidad, pero desperdiciada en la que se pudo haber invocado el artículo 32 del DL 716, antigua Ley de Protección del Consumidor vigente, en ese momento.

Espinoza indica que así se hubiera afirmado el carácter objetivo de la responsabilidad por productos defectuosos. En este sentido, se alinea el artículo 13 de la Ley de Protección del Consumidor del Brasil, el cual establece el comerciante es igualmente responsable cuando:

- 1) “El fabricante, el constructor, el productor o el importador no pueden ser identificados.
- 2) El producto se suministra sin identificación clara de su fabricante, productor, constructor o importador.
- 3) No conserva adecuadamente los productos perecibles.

Aquél que efectiviza el pago al perjudicado podrá ejercer el derecho de regreso contra los demás responsables, según su participación en la ocurrencia del evento dañoso.

Así también, lo hace el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley 17189 sobre normas relativas a las relaciones del consumo en Uruguay, del 20-09-99, el cual prescribe como Espinoza (2005) señala que:

El comerciante o distribuidor sólo responderá cuando el importador y fabricante no pudieran ser identificados. De la misma forma serán responsables si el daño se produce como consecuencia de una inadecuada conservación del producto o cuando altere sus condiciones originales (p. 385)

En resumen, Espinoza señala que el comercializador o distribuidor no será responsable si es que acredita que no tuvieron la posibilidad objetiva del control del producto defectuoso. (p. 386)

2.2.21.1.3. Responsabilidad por incumplimiento del contrato.

Respecto a la resolución por incumplimiento de la relación jurídica nacida del contrato, Forno (1988, p. 45) nos dice “La resolución por incumplimiento es un poder dispositivo que el Derecho concede al acreedor y que tiene naturaleza de medida preventiva”.

Forno (ob. cit.) señala que es un poder de disposición, a la luz de lo establecido por el CC en su artículo 1150, el incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de este
3. Dejar sin efecto la obligación.

Agrega Forno (1988. p. 22) “Es una facultad, un verdadero derecho subjetivo que posibilita al acreedor a disponer de la relación contractual, lo cual es lógico toda vez que la resolución tiene efectos reintegrativos”.

Ahora bien, la doctrina señala que sólo el incumplimiento de una obligación principal puede motivar la acción resolutoria del acuerdo, el incumplimiento que resulta el adecuado para constituirse en presupuesto de la resolución es aquél relativo a la prestación principal contractualmente asumida.

Sin embargo, en la franquicia, el incumplimiento de una obligación establecida por una norma que está fuera no sólo lesiona el contrato, lo deteriora, si no, extingue el elemento psíquico de la relación, conformada por la mutua confianza, la honestidad, la sinergia, sin estos presupuestos, es casi insalvable, la relación económica jurídica de la franquicia.

2.2.21.1.4. El Deber de reparar – Alcances.

El acreedor además de optar por exigir el cumplimiento de la obligación y/o resolver el contrato, puede requerir la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del mismo.

Conforme a nuestro Código Civil artículo 1314, el deudor que actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El citado artículo permite concluir que, la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, los mismos efectos surten en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Es así que, de verificarse el dolo, culpa inexcusable o culpa leve en la inexecución de obligaciones, el perjudicado podrá ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes, por supuesto, en la esfera de la

responsabilidad contractual, la que se hace extensible al cumplimiento de las obligaciones post contractuales.

Como señala Forno (1988):

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, los mismos efectos surten en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. Es así que, de verificarse el dolo, culpa inexcusable o culpa leve en la inexecución de obligaciones, el perjudicado podrá ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes, por supuesto, en la esfera de la responsabilidad contractual, la que se hace extensible el cumplimiento de las obligaciones post contractuales. (p. 48)

En esta línea de razonamiento, definida por Forno (ob. cit.):

El franquiciante que incumpliera con la obligación de suministrar información tecnológica o comercial por dolo o culpa inexcusable podría verse obligado a resarcir al franquiciado, no sólo por las utilidades promedio no percibidas (daño emergente) sino, además por aquellos negocios que el perjudicado hubiera podido efectuar (lucro cesante). (p. 49)

2.2.21.2. Balance de la jurisprudencia en el Perú

Coincidimos con lo señalado por Sotomarino (2007, p. 595) respecto a que “En el ámbito nacional no se ha logrado internalizar la protección al consumidor por los daños generados por productos defectuosos a pesar de la cultura del reclamo y la mayor investigación administrativa y complementaria”.

Adicionalmente expresa la citada jurista Sotomarino (ob. cit.) que:

Todavía no contamos con una propuesta integral y nacional para el tratamiento de la responsabilidad por la elaboración de productos defectuosos en general y

tampoco en la Ley de Protección del Consumidor”, evidenciándose un Poder Judicial ajeno o esta problemática. (p. 595)

Comenta también Sotomarino (ob. cit.), que:

La autoridad judicial no suele recurrir al termino defecto que le da coherencia a la responsabilidad por productos defectuosos. No se encuentran resoluciones judiciales que invoquen la Ley de Protección al Consumidor y ahora al Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo que recurren únicamente al CC ni tampoco se aplica la interpretación a favor del consumidor. (p.596)

Igualmente, Sotomarino (ob.cit.), señala que ello se verifica en los procedimientos judiciales interpuestos por Elías Espinoza Rivera (exp. 88-92) ante el 12 Juzgado Civil de Lima) y el interpuesto por Christian Nazario Villalba contra Embotelladora Romero S.A. sobre indemnización por daños generados contra dicho consumidor en los que adicionalmente se disponen importes mínimos de indemnización.

También la citada jurista (2007, p. 609) menciona el expediente 60867 1997 en los seguidos por Gisella Pía María Ambulu Vélez de Centurión por indemnización de daños y perjuicios por S/.450,000 en la que la Resolución Judicial solo dispuso el pago de 100 000 por tal concepto frente a una pretensión del S/. 1'000,000 (Sotomarino ob. cit. p. 609)

También invoca el expediente 518-96 en los seguidos por Juan Barreto de Osma por indemnización contra la Clínica Anglo Americana y diversos médicos (Sotomarino ob. cit. p. 611)

Asimismo, refiere el expediente 37329 -199 Vider Minaya Castillo contra la Cía. Minera Huaron por Indemnización por 50.000 soles (Sotomarino ob. cit. p. 614)

Sotomarino (ob cit.), señala que:

Estas resoluciones marcan pautas en torno al comportamiento de nuestros magistrados en el ámbito judicial. También mencionaremos otros casos no referidos a la responsabilidad por productos defectuosos pero que evidencian la forma en la que se trabajan ciertos temas en dicho Poder del Estado, comprendiendo el tratamiento de las normas e instituciones aplicables a los hechos evidenciados en sede judicial, las que no consideran las normas especiales en materia del Derecho del Consumidor ni los alcances de la responsabilidad extracontractual, lo que implica desconocer la importancia de la especialidad de dichas instituciones jurídicas. (p.590)

De la misma manera se percatan estas insuficiencias en los siguientes casos: presentados por Espinoza (2019)

En el caso Taucamarca en que se generó la intoxicación y posterior muerte de 24 alumnos de Centro Educativo No. 5074. Comunidad de Taucamarca Distrito de Cay, Provincia de Paucarpata Departamento del Cuzco. Dicha muerte fue generada al ingerir los alumnos determinados alimentos a los que se les había añadido y rociado sustancias tóxicas producidas por Bayer. También refiere el caso de la denuncia presentada por ALAFARPE contra las Boticas Torres de Limatambo por la elaboración de producto Ventide sin contener un principio activo denominado Betometazol, procedimiento que fue resuelto a través de la Resolución 076-2000 de 5 de Diciembre del 2000. (p.1082) Estas apreciaciones también resultan aplicables a las siguientes resoluciones referidas a procedimientos administrativos ante Indecopi.

- Resolución 1038-201 pc Indecopi
- Resolución final1869 2012 ps3

- Resolución 2887 – 2015 spc Indecopi
- Disposición final 012-2013-cc3 Indecopi
- Resolución 177-2012 SC2- Indecopi
- Las que se encuentran referidas al deber de idoneidad, a la calidad de productos y servicios, a la publicidad veraz y suficiente, lo que evidencia su mayor nivel de claridad frente a otras resoluciones judiciales analizadas.

El defecto o perjuicio causado al consumidor. Es decir, conforme a lo señalado por Chang Tukushina (2012), “Si el consumidor ha manifestado ante la autoridad que un producto o servicio no es idóneo, tiene la carga de la prueba”.

Debiendo acreditar lo alegado.

Debe aclararse, como señala Alvarado (2023) que “Los procedimientos se inician por iniciativa de la autoridad o por la denuncia de un consumidor”. También de otro lado hemos verificado en el repositorio Institucional del Indecopi y efectuada una revisión de las Resoluciones emitidas por sus distintos órganos resolutorios en materia de protección del consumidor desde el 2019 al 2022.

Como resultado de ello, la búsqueda ha permitido verificar los casos en donde las franquicias se han visto inmersas en controversias de consumo en calidad de proveedores, determinándose que, en ese periodo, las resoluciones de los órganos resolutorios adoptaron como criterio resolutorio para fundamentar la responsabilidad del franquiciante, la apariencia jurídica en 23 resoluciones y en vinculación con el contrato de franquicia.

También hemos verificado las siguientes sentencias materia de casación sobre indemnización, cimentadas por Calderón (2020) referidas principalmente a:

- 4282-2012 Lambayeque : Accidentes de Transito
- 639-2013 Cajamarca : Accidentes de Transito
- 3103-2016 Lima : Accidentes de Transito
- 3918-2015 La Libertad : Accidentes de Transito
- 1318-2016 Huancavelica : Daño Moral
- 5721-2011 Lima : Daño Moral
- 2090-2018 Ica : Daño Moral
- 1789-2014 Lima : Daño Moral
- 3260-2019 Lambayeque : Daño Moral
- 3228-2014 Lambayeque : Daño Moral
- 2249-2017 Ucayali : Daño Moral
- 1318-2016 Huancavelica : Daño Moral
- 2601-2015 Lima : Daño Moral
- 2870-2016 Lima : Restituciones de mercancías.
- 533-2017 Ica : Equidad
- 382-2016 Lima : Daños o bienes de Comunidad Campesina
- 1620-2013 Lima : Lucro Cesante
- 3409-2015 : Lucro Cesante
- 2677-212 Lima : Lucro Cesante
- 2249-2017 Ucayali : Lucro Cesante

2.2.21.2.1. Condiciones que determinan la responsabilidad del fabricante.

Woolcott (2001), señala que:

Mientras la responsabilidad por productos defectuosos se da cuando el producto “no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho”, causando

daños “a la integridad física de los consumidores o a sus bienes”, la responsabilidad regulada en el artículo 1970 del CC se basa en el ejercicio de actividades (o cosas) riesgosas o peligrosas. Woolcott (ob. cit.) señala que mientras la actividad riesgosa (responsabilidad por productos defectuosos) se fundamenta en el criterio del defecto del producto. (p. 86)

Asimismo, el citado jurista indica que:

La actividad peligrosa se sustenta en el riesgo de la actividad o del bien. Dicho en palabras simples, mientras la primera se fundamenta en el criterio del defecto del producto, la RC se basa en el riesgo de la actividad o del bien. (p. 86)

También señaló Woolcott (ob. cit.) que:

En el caso de la RC por el ejercicio de actividades riesgosas o peligrosas (o por bienes con dicha calificación) la responsabilidad funge como criterio para reequilibrar los costos sociales producidos por ciertas actividades objetivamente riesgosas. Sobre el presupuesto de su reconocida utilidad, no se puede evitar la construcción de pólvora para la actividad de llenado de balones de gas, la actividad farmacéutica, la actividad química, la actividad militar, entre otros. Se debe, por otro lado, agravar el régimen de responsabilidad del que ejerce dichas actividades, de manera que tutele a los privados por los riesgos de los daños. (p. 86 – 87)

Finalmente, concluye Woolcott (ob. cit.) que:

El concepto de riesgo no es ajeno a los productos defectuosos, su mismo concepto entraña la idea de riesgo o peligro. Mientras, la responsabilidad del producto defectuoso se basa en el riesgo de la puesta en circulación de

productos destinados a un consumo de masa y que pueden causar daños, el que ejercita una actividad riesgosa o peligrosa responde porque la ejercita o es titular de bienes del mismo tipo. (p. 88)

Legitimación activa de los consumidores

Según Espinoza (2019), los consumidores están legitimados para demandar una indemnización por los daños causados por la elaboración de productos defectuosos.

En este sentido, se debe tener en cuenta como importante referente el artículo 17 de la Ley de Protección del Consumidor de Brasil que establece que:

Por los efectos de este tipo de responsabilidad, se equiparan a los consumidores como las víctimas. Asimismo, comenta que “por un solo hecho se pueden originar responsabilidades de distintos tipos como la Civil, Penal o Administrativa” Igualmente indica que la comisión de Protección del Consumidor de Indecopi es competente para conocer administrativamente todas las infracciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, como las correspondientes sanciones y medidas correctivas; de otro lado, las competencias para determinar el daño emergente, el uso cesante, el daño moral y el daño a la persona, así como su correspondiente indemnización correspondiente al Poder Judicial por tratarse de daños de naturaleza Civil. (p. 1679)

Asimismo, Espinoza (ob. cit., p. 1070) afirma que “La definición legislativa del Código de Protección y Defensa del Consumidor no debe limitar la protección judicial a todos los que adquirieron el producto defectuoso y se lesione en su salud, integridad y en sus bienes”. Comenta Espinoza (ob. cit.) que:

La finalidad de la norma es proteger y permitir que todas las personas naturales o jurídicas, incluyendo a las demás organizaciones defensoras no inscritas, así como en su caso el concebido pueden denunciar y demandar en base a estas consideraciones. (p. 1070)

2.2.21.2.2. Los riesgos del desarrollo.

Limajo (2001, p. 108) señala que “El concepto riesgo de desarrollo se encuentra tratado en importantes ordenamientos jurídicos de carácter internacional”. En ese contexto, Espinoza (2019) manifiesta que es conveniente mencionar que el inciso e del artículo sétimo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, No.85-374 del 28-07-85, establece que no hay responsabilidad del productor, si: “En el momento en que el producto es puesto en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto” (p. 1062)

Esta ha sido considerada como una “opción legislativa” para proteger al productor frente a los denominados “riesgos del desarrollo” (Limajo, 2001, p. 109).

En este sentido, Salvi (1988) advierte que:

Emergen crecientes reservas sobre la operatividad de un sistema de rigurosa responsabilidad objetiva en el daño por productos y ello, por dos diferentes posiciones: Por un lado, con motivaciones inspiradas en las más grandes tendencias hostiles a la asunción de costos excesivos a cargo de las empresas. De otro lado, en atención a una renovada consideración de los efectos finales de la denominada internalización de los daños, señala que tiende a traducirse en una redistribución de costos al interior de la colectividad, con resultados

desproporcionados en desventaja de los sujetos económica y socialmente más débiles (p. 1246).

Sin embargo, como señala Salvi (ob. cit.):

Ello motiva una reflexión respecto a que, si es que los riesgos del desarrollo son asumidos por los consumidores o en todo caso, en vez que constituyan un supuesto de exoneración de responsabilidad para el productor, no deban ser, un supuesto que atenuaría y no excluiría la responsabilidad del mismo. En tal virtud, el riesgo del desarrollo da lugar a un defecto preexistente al momento de la puesta en circulación del producto, aunque no pueda ser descubierto en el estado de los conocimientos técnicos o científicos del momento de su producción y circulación inicial. (p. 1247)

Vásquez (2009, p. 471) opina que, “Por riesgos del desarrollo, se entiende el riesgo de daños que es consecuencia del ineficiente de la ciencia y tecnología en el momento en que el producto es lanzado al mercado”.

De otro lado, el artículo 25 del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú “regula el supuesto de comercialización de productos o servicios que, aparentemente no representan riesgo alguno para la salud y seguridad de los consumidores, pero que luego de introducirse en el mercado, presentan peligros no previstos”. Esta disposición, según Espinoza (ob. cit.):

Garantiza el derecho de seguridad del consumidor y reconoce que el consumidor tiene derecho a ser informado de los peligros que pudiera presentar un bien colocado en el mercado por ello las publicaciones de advertencias, claro está, cumplen una importante finalidad, sin perjuicio de las medidas que deberá adoptar el proveedor para contrarrestar los riesgos. (p. 48)

Norma de similar contenido hemos encontrado en la legislación extranjera de Defensa del Consumidor. Al respecto el Código de Defensa del Consumidor de Brasil del 11 de septiembre de 1990 en su artículo 9 de la Ley 8078, establece que “El proveedor de productos y servicios potencialmente nocivos o peligrosos para la salud o seguridad deberá informar de manera extensiva y adecuada, su nocividad o peligrosidad, sin perjuicio de adoptar otras medidas que correspondan para cada caso concreto”.

2.2.21.2.3. La solidaridad entre los proveedores.

La Ley de Protección del Consumidor del Brasil N° 8078 del 11 de septiembre de 1990 en su artículo 12, precisa que:

El fabricante, el productor, el constructor nacional o extranjero y el importador responden independientemente de la existencia de la culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por los defectos derivados del diseño, fabricación, construcción, montaje, formulas, manipulaciones, presentación o acondicionamiento de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

En el Perú, como señala Espinoza (2019):

La responsabilidad de los proveedores de productos defectuosos es solidaria, los dos últimos párrafos del artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor promulgado por DL 716 del 6 de noviembre de 1991 ya establecía lo siguiente:

La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el daño a la persona y el daño moral, lo que ha sido reiterado en los artículos 101 y 102 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. (p. 1082)

Comenta que, en armonía con ello, el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil establece la responsabilidad solidaria de los diversos proveedores de un producto. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto. Con respecto, al vendedor la responsabilidad será contractual y con respecto al productor la responsabilidad será extracontractual.

2.2.21.2.4. Aspectos Esenciales.

Análisis de las tesis extracontractualistas de la responsabilidad por productos defectuosos.

De acuerdo con su estructura propia, la responsabilidad contractual proviene de la violación por el deudor de un derecho de crédito. En cambio, la responsabilidad extracontractual proviene de la violación del deber general de no dañar a otro, prevista en el ordenamiento jurídico.

De conformidad con ello, sería en principio fácil reconocer los supuestos de hecho que dan origen a cada tipo de responsabilidad. Sin embargo, en algunos casos un mismo hecho dañoso podrá suponer tanto el incumplimiento de una obligación determinada cuanto la violación del deber general de no dañar.

Al respecto León Barandiarán (1958) precisa:

Puede ocurrir que un hecho por el cual el deudor infringe una obligación convencional importe al propio tiempo violación de algún derecho subjetivo (absoluto) del acreedor. Es factible que con dicha emergencia se estime que se ha perpetrado un acto ilícito, es decir cuando la violación del contrato contiene también la violación de deberes que cada uno debe respetar frente a los demás.

Entonces surge la responsabilidad concurrente (...) la proveniente del contrato se presenta junto con la descendiente del acto ilícito. (p. 389)

León H. L (2017) señala:

Que en la orientación actual de la RC. El resarcimiento representa una pretensión nula y autónoma de la víctima que obedece a su situación lesión y ello es lo que justifica que se decida normativamente su inclusión en la generalidad de los ordenamientos románicos y germánicos. (p.159)

León H. (ob. cit.) ante esta concurrencia de responsabilidad, se presenta el problema del cúmulo o de la opción entre responsabilidades, la cuestión es determinar si cabe permitir al dañado, en tal caso elegir entre la responsabilidad aquilina o la contractual, de acuerdo con su conveniencia o hasta intentar una acción híbrida, invocando de cada régimen lo que le conviene.

Este problema se plantea en la responsabilidad por productos cuando se considere que la entrega de un producto defectuoso ha constituido un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones que por virtud de un contrato celebrado entre ambos corresponde a quien entrega el producto frente al dañado.

La cuestión del cúmulo o la opción de responsabilidades es una de la más confusas y debatidas en la doctrina jurídica civilista. Por eso a continuación nos referimos a las posiciones planteadas frente a este problema:

Posiciones Contrarias a la Opción y a la Acumulación

La doctrina y la jurisprudencia francesa son contrarias a la posibilidad de que el dañado, en caso de concurrencia de responsabilidades, pueda optar o acumular responsabilidades. Esta posición se apoya en una interpretación de la voluntad de las partes del contrato, en el sentido de excluir toda responsabilidad no contemplada en

éste. En este sentido, Planiol y Ripert (1945, p. 691) afirman “Que toda limitación contractual a la responsabilidad debe ser considerada como una manifestación implícita de voluntad que descarta las reglas de la responsabilidad extracontractual que vendría a agravarla (...) Por tanto, hay que rechazar toda acumulación”.

De acuerdo con este criterio se considera que las reglas de la responsabilidad contractual derogan a las de la responsabilidad extracontractual, ya que el sujeto, al contratar, ha elegido someterse a aquellas y no a éstas, donde “Un mismo sujeto no puede ser, a la vez, parte y tercero; al contratar ha elegido de una vez por todas” (Carbonnier, 1971, p. 157).

Se ha observado también en esta línea que es la ley que reconduce al ámbito del contrato la disciplina de ciertos intereses ya que, provistos de una disciplina general, con lo que se sobreentiende que es la ley misma la que adopta al esquema contractual la protección de tales intereses, abandonando las líneas y criterios de su general protección. (De Cupis, 1975, pp. 153-164)

En el caso de la responsabilidad por productos defectuosos esta tesis implicaría que, si el supuesto dañoso se considera un incumplimiento contractual. La parte dañada sólo podrá reclamar la indemnización correspondiente a su contraparte, a través de una acción contractual, Sin embargo, si el hecho de entrega de un producto defectuoso no es considerado un incumplimiento de contrato, la parte dañada tampoco podría recurrir a la acción extracontractual. Al respecto, Mazeaud y Tunc (1963), sostienen que:

Si un contratante pudiera, a falta de responsabilidad contractual, invocar la responsabilidad aquilina, el contrato ya no tendría más trascendencia entre las

partes; admitir esto valdría tanto como negar el principio de que la medida de las obligaciones que las partes contraen al contratar queda librada, precisamente, a la ley del contrato. (p. 91)

La posición contraria a la opción y a la acumulación de responsabilidad ha sido consagrada, con una sola excepción, por el CC argentino, el artículo 1107 señala que:

Las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos establece los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este Título si no degeneran en delitos de derecho criminal. Esta tesis parece ser aceptada por la jurisprudencia española como sostiene (Diez y Gullón, 2016, p. 607).

Posiciones favorables a la opción

Periano (1981) indica que:

Las oposiciones que favorecen la admisión de la acumulación u opción de responsabilidades lo hacen bajo el convencimiento de que la responsabilidad aquilina es la responsabilidad del Derecho común que posee un alcance absolutamente general en razón de la naturaleza, de su objeto y de los principios superiores que consagra. De acuerdo con ello, la responsabilidad extracontractual no puede ser, en principio, excluida por la responsabilidad contractual. (p. 93)

Esta tesis ha sido prácticamente unánime en la Jurisprudencia y la doctrina alemana. Al respecto, Enneccerus, Kipp y Wolff (1966) señalan que:

El deber jurídico general cuyo quebrantamiento constituye el acto ilícito no puede ser eliminado por la circunstancia de que un contrato fuera lo que primero haya dado la posibilidad de la intervención contraria a Derecho en la esfera

jurídica de los bienes de otro., el contrato robustece el deber jurídico, pero no lo suprime. (p. 1047)

La fundamentación de la tesis favorable a la acumulación de responsabilidades está en la apreciación de que:

La tesis contraria significaría el desplazamiento de las normas sancionadoras por los principios de la responsabilidad por infracción del contrato, y acarrearía al perjudicado una injustificación desventajosa, ya que la responsabilidad por acto ilícito (...) en ciertos casos es más intensa que por violación de contrato. (Larenz, 1958, p. 649)

Como lo expresa De Cupis (1975)

No parece justo que sólo porque uno ha concluido un contrato con otro se pueda decir que ha renunciado a la defensa de que habría podido gozar independientemente del contrato. En puridad no puede hablarse de renuncia o restricción de la tutela jurídica sino por el contrario, de reforzamiento e integración de ella. En la realidad de la vida, el que concluye un contrato no piensa precisamente en circunscribir sino más bien en ampliar la tutela del propio interés. Añade que mucho más conforme con la realidad de los hechos es considerar que el fin del legislador ha sido suministrar al contratante, en cuanto tal, un instrumento ulterior en defensa de sus intereses, sin tener que sustraerlo de aquella otra defensa general que le compete independientemente de su especial cualidad de contratante. (p. 164)

Igualmente, De Cupis (ob. cit.) señala que:

La acumulación u opción de responsabilidades ha sido aceptada por las jurisprudencias italiana, belga, holandesa, suiza, etc. Es, así mismo, un principio

reconocido generalmente en el Common Law. Aunque parte de la doctrina francesa ha discrepado de la posición mayoritaria, se pronuncia también en forma favorable a la opción o acumulación de responsabilidades. (p. 165)

Coincidimos con José Antonio Payet (1997), en cuanto a que:

Esta es la tesis que debe ser aceptada, debido a que la opción o acumulación de responsabilidades es una exigencia de la justicia, no se puede privar a un contratante de la protección a la que todas las personas tienen derecho, simplemente porque ha ingresado en una relación obligatoria con una persona determinada. Es absurdo pensar que, al celebrar un contrato, una persona renuncia frente a su contraparte contractual a toda la protección que el ordenamiento jurídico otorga a sus derechos, con la única excepción de aquella establecida por el contrato. Dicha renuncia sólo existirá en los casos en que haya sido exactamente aceptada por la parte, y tendrá validez dentro de los límites que el Derecho impone a la autonomía de la voluntad; sin embargo, en ningún caso se justifica presumir tal voluntad de renuncia. (p. 532)

Opción y acumulación

Muchos autores consideran que al hablarse de “acumulación” con relación a la posibilidad de que un contratante recurra a la responsabilidad extracontractual con el fin de obtener la indemnización de los daños causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual, se está incurriendo en una confusión terminológica. Ripert (1965, p. 252) considera que “La expresión acumulación es mala; la víctima no puede acumular las reparaciones. Debe hablarse

en realidad de una opción ya que la víctima extingue su derecho al ejercer la acción delictual”.

Sin embargo, comenta dicho jurista que si bien es cierto que, en ningún caso, la víctima deberá recibir doble indemnización por el mismo daño, lo que constituiría un enriquecimiento indebido, no debe dejar de reconocerse que ese no es el único sentido que puede darse a la expresión “acumulación de responsabilidades”. (p. 253)

Al respecto, Mazeaud y Tunc (1983) señalan que:

Puede entenderse que la acumulación supone solamente otorgar a la víctima una acción única, en la cual se le admitirá que invocara a la vez los principios contractuales y los principios delictuales, con elección dentro de cada régimen de las reglas que le fueran favorables. (p. 327)

Por otro lado, es forzoso reconocer que, en muchos casos de concurrencia de responsabilidades, el otorgamiento de una opción a la víctima supondrá necesariamente que se le dé la posibilidad de acumular la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual. En este supuesto, pueden ocurrir dos supuestos, por un lado, daños al interés contractual de la víctima es decir propiamente, daños al derecho de crédito de la misma existente únicamente en virtud del contrato y frente a la contraparte contractual. Por otro lado, daños al derecho subjetivo de carácter absoluto, que tienen existencia de manera independiente de la relación obligatoria entre el agente y la víctima. Ante esta situación, se observa que “El daño al interés contractual sólo será indemnizable mediante una acción contractual, pues no se encuentran involucrados, en este aspecto, derechos oponibles *erga omnes* cuya

violación pueda hacer surgir la responsabilidad extracontractual". (Savater 1958, p. 392)

Señala el mencionado jurista, que:

De esta manera pueden distinguirse tres áreas de daños en una hipótesis de concurrencia de responsabilidades. En *primer lugar*, daños al interés contractual del adquirente del producto; en *segundo lugar*, daños a derechos subjetivos absolutos del adquirente, que sean consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato; y en *tercer lugar*, daños a derechos subjetivos absolutos del adquirente, que sean consecuencia adecuada de un hecho del enajenante del bien, pero no consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso del contrato. (p. 393)

De Cupis (ob. cit.) comenta que:

Los daños del primer grupo serán indemnizables únicamente a través de una acción de responsabilidad contractual. En cambio, los daños mencionados en segundo lugar serán indemnizados tanto a través de una acción contractual, como de una acción extracontractual. Asimismo, las mencionadas en el tercer lugar serán indemnizables únicamente a través de una acción de responsabilidad extracontractual. (p. 394)

Refiere que de ello se colige que toda opción necesariamente supondrá una acumulación de responsabilidades, a no ser que se quiera colocar a la víctima en una posición injustamente desventajosa. Si no se permite una acumulación, sino sólo una opción en sentido estricto (es decir, si se da a la víctima la alternativa de apoyarse en

las normas de la responsabilidad contractual o en las de la responsabilidad extracontractual), se estará forzando a la víctima a abandonar la pretensión a que se le indemnice el daño exclusivamente contractual (daño a su derecho de crédito, que no implique lesión de derechos subjetivos absolutos) para perseguir la reparación del daño puramente extracontractual (daño a sus derechos subjetivos que no sea consecuencia adecuada y previsible del incumplimiento), o a renunciar a la indemnización de este último daño para intentar la reparación del daño a su interés contractual.

En consecuencia, señala que:

Debe permitirse a la víctima acumular la responsabilidad contractual con la extracontractual, no en el sentido de permitírsele exigir una doble indemnización, sino en el sentido de autorizarla a exigir el resarcimiento de todo el daño del que sea responsable el autor, tanto contractualmente cuanto extracontractualmente. (p. 386)

Indica que:

Aún en los casos en que la entrega de un producto defectuoso, suponga incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud a un contrato que vincule al autor del daño con la víctima, esta podrá recurrir a la responsabilidad extracontractual para exigir la indemnización de los perjuicios sufridos. En la medida en que estos afecten intereses que tienen existencia y protección jurídica independiente al contrato, este recurso a la responsabilidad extracontractual no perjudicará su derecho a recurrir a las normas de la responsabilidad por la inejecución de las obligaciones, para exigir la reparación de los daños que haya sufrido en su interés contractual. (p. 387)

2.2.22. Las orientaciones del Derecho Comparado

2.2.22.1. La Convención Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos en lo concerniente a daños personales y muerte.

En 1970, el Consejo de Europa emprendió el estudio de las reglas sustantivas sobre la responsabilidad por productos defectuosos con miras a su unificación. Para este efecto se constituyó un Comité de Expertos Gubernamentales con la misión de proponer las medidas que pudieran conducir hacia la armonización de las normas sobre responsabilidad por productos de los Estados miembros. Este Comité propuso una Convención Europea sobre Responsabilidad por Productos que fue abierta para su firma por los Estados miembros el 27 de enero de 1977, la cual no prosperó debido a los avances de la aproximación hacia la armonización del derecho sustantivo de la responsabilidad por productos que se llevaban a cabo en el marco de la Comunidad Económica Europea.

La Convención Europea no está destinada a reemplazar los sistemas legales internos de cada país miembro sobre la responsabilidad por productos, sino únicamente a complementarlos, es decir, que otorga a la víctima una acción suplementaria contra el productor, pudiendo iniciar cualquier acción contractual o extracontractual que le corresponda de acuerdo con la ley nacional aplicable.

La Convención define por “producto” todo bien mueble, natural o industrial, en estado natural o manufacturado, aun cuando esté incorporado en otro bien mueble o en un inmueble. Agrega que sólo se aplica “a los productos manufacturados para su venta por profesionales en el curso de sus negocios” y “los daños materia de cobertura

son únicamente los daños personales o la muerte”. La Convención Europea no resulta aplicable al daño a la propiedad ni al daño económico.

En cuanto al ámbito subjetivo, la Convención Europea establece que “el responsable es el productor, entendiéndose por tal al “fabricante de productos terminados o de las partes componentes y a los productores de productos naturales” Cuando el defecto está en una pieza o parte componente, el fabricante de dicha pieza es solidariamente responsable, junto con el fabricante del producto terminado, por los daños causados por el producto, no estableciéndose la responsabilidad de los intermediarios. Por otro lado, la convención considerará también como productor y responsable como tal. A “cualquier persona que presente un producto como suyo, al hacer aparecer su nombre, marca de la fábrica u otro signo distintivo en el producto”.

La Convención Europea establece un tipo de responsabilidad objetiva, es decir, independientemente de la culpa del responsable, al respecto el artículo 3 establece “El productor será responsable por la muerte o los daños personales causados por un defecto en su producto”.

Hanotiau (1980) sostiene que similarmente a lo que ocurre en sistema de la *Strict liability in tort* del Derecho Norteamericano, la responsabilidad depende de la existencia de un defecto en el producto. En ese sentido el artículo 2 señala que “Un producto tiene un defecto cuando no provee la seguridad que una persona tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso la presentación del producto”. (p. 52)

La Convención Europea dispone expresamente que un producto puede ser considerado defectuoso, aunque de acuerdo con el estado de la técnica vigente en el

momento de su puesta en el mercado (*state of the art.*) no hubiera sido posible conocer sus peligros o ponerles remedio. En tal sentido, prescribe la responsabilidad del productor por los defectos conocidos como defectos de desarrollo (*development defects*) y establece un sistema auténtico de responsabilidad objetiva, al no admitir que el productor excuse su responsabilidad demostrando que no pudo proveer o evitar el defecto (Hanotiau, 1978, p. 730).

El principio que inspira a la Convención Europea es facilitar la reparación de las víctimas, estableciendo que la condición defectuosa del producto se presume, por ello una vez que la víctima acredite el daño, así como la relación de causalidad entre éste y una condición del producto. El productor deberá probar, como defensa, que el producto era al menos tan seguro como un consumidor tenía el derecho a esperar en las circunstancias respectivas.

Es requisito de la responsabilidad que exista una relación o vínculo causal entre el defecto del producto y el daño sufrido por el demandante, lo que deberá ser acreditado por el actor.

Establece además que, si la persona dañada o la persona con derecho a la indemnización ha contribuido por su culpa al daño, la Corte podrá reducir o eliminar la indemnización, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

El artículo 8 de la Convención Europea establece que “La responsabilidad del productor bajo esta Convención no puede ser excluida o limitada por cláusula de exención o exoneración alguna”. En consecuencia, las limitaciones convencionales de la responsabilidad están prohibidas en el marco de la Convención Europea.

De acuerdo con la Convención Europea, la acción por los daños sufridos por una persona en virtud a un producto defectuoso prescribe a los tres años de la fecha en que el dañado conoció o debió conocer, conjuntamente, la existencia del daño, del defecto, y de la identidad del productor. Este plazo está sujeto a interrupción o suspensión, en las circunstancias en que corresponde de acuerdo con la legislación aplicable, caducando a los diez años contados desde el momento en el que el productor puso en circulación el producto particular que causó el daño, siendo éste un plazo de caducidad que no está sujeto a limitación o suspensión.

Posteriormente, Woolcott (2003) señala que:

Se expidió la Directiva 347 del 25 de Julio de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que acogieron el modelo de RC norteamericana y cuyo efecto final fue exigir a los Estados Miembros que “Impongan la responsabilidad estricta para los productores de productos defectuosos” (p. 431)

2.2.22.2. La responsabilidad por productos defectuosos como responsabilidad extracontractual.

Para la Jurisprudencia alemana, la vía extracontractual ha sido elegida para atribuir responsabilidad a los fabricantes por los daños causados por sus productos defectuosos. En este sentido se ha considerado que:

El adquirente final del producto se limita a concluir un contrato con el comerciante vendedor, sin pensar ni por un momento en la simultánea constitución de una relación jurídica con el fabricante del bien en cuestión. Solo

la producción del evento dañoso, al obligar al adquirente a considerar la existencia del fabricante como sujeto frente al cual se va a ejercitar la pretensión indemnizatoria, le da ocasión para ello; y que con frecuencia la persona dañada no une a esta condición la de adquirente del bien. Este criterio fue enunciado de manera definitiva por el Tribunal Federal en el caso de la peste aviar. (Rojo y Fernández, 1974, p. 250)

En ese caso, la propietaria de una granja había hecho vacunar a sus gallinas contra la peste aviar por un veterinario, que adquirió por sí la vacuna. Al poco tiempo, por virtud de un defecto en el producto, fallecieron más de cuatro mil gallinas y otras cien mil tuvieron que ser sacrificadas. La propietaria, en consecuencia, demanda al fabricante de la vacuna. La Corte, al declarar fundada la demanda expresó que el fabricante responde “en vía delictual”.

El sistema de RC extracontractual consagrado por el CC alemán, a diferencia de los sistemas francés e italiano, carece de una definición unitaria y general de un supuesto de hecho defectuoso que establezca la obligación de indemnizar toda irrogación de daños contraria a derechos. (Ennecerus y Wolf, 1966, p. 1052)

Más bien, el BGB ha establecido determinados supuestos de hecho especiales, así, como tres de índole más general, en los cuales se genera la obligación de reparar. Estos últimos supuestos, de tipo más bien general, son “la lesión culposa o dolosa de los bienes de la vida y derechos” (artículo 823 I), “la violación de una disposición de protección” (artículo 823 II), y “los daños causados dolosamente y contra las buenas costumbres”. Los supuestos de hecho especiales están referidos, por ejemplo, a los

daños al crédito causados por afirmaciones falsas (artículo 824); a la seducción de una mujer (artículo 825), a los daños causados por los dependientes (artículo 831) o por los animales (artículo 834), entre otros.

En consecuencia, para que se configure la obligación del fabricante de reparar los daños causados por un producto defectuoso, el supuesto debe enmarcarse en algunas de las categorías mencionadas.

Como hemos señalado anteriormente, el principio fundamental que informa la RC en el BGB, es el de la culpa, sólo en el caso de los daños causados por los animales. Ha establecido el CC un supuesto de responsabilidad por riesgo. Asimismo, otras normas legales especiales han establecido supuestos de responsabilidad por riesgo en casos tales como los de daños causados por automóviles, ferrocarriles y el tráfico aéreo.

Sin embargo, desde muy temprano, la Jurisprudencia ha rechazado cualquier pretensión de extender analógicamente la aplicación de la responsabilidad por riesgo a supuestos distintos de los señalados por las disposiciones legales correspondientes. Siendo los supuestos de responsabilidad por riesgo, excepciones a la regla general, no cabe aplicar por analogía las disposiciones que los establecen.

Posteriormente el perfil contractual que se le había dado a la responsabilidad del productor en Alemania es abandonado como señala Wocott (2003).

Tan pronto se hace difícil continuar con la difusión de las ficciones a que se llegaba para sostenerla. Por lo tanto, las Cortes no acogieron las propuestas de extensión de la responsabilidad contractual a las terceras víctimas de daños derivados de productos defectuosos y optan por la vía de la responsabilidad extracontractual del productor. Se deja de lado el contrato tácito de garantía

entre el productor y el adquirente final y otras teorías como la liquidación del daño en interés de terceros, la de la aceptación de un contrato que produzca efectos en favor de terceros la de confianza específica que, determine la publicidad. (p. 371)

2.2.22.3. La responsabilidad del fabricante por los daños causados con infracción de una disposición legal protectora.

El segundo párrafo del artículo 823 del CC alemán establece que resulta obligado a indemnizar quien “infringe una ley destinada a la protección de otro”. Constituye en este sentido, una ley protectora “toda disposición de derecho que se propone proteger los intereses de otro”. (Ennecerus L., Kipp T. y Wolf., 1958)

Están comprendidas bajo la categoría de leyes protectoras, tanto las disposiciones destinadas a proteger los intereses especiales del individuo, como las dirigidas a proteger a la colectividad, de manera que la protección favorece al individuo que pertenece a ella. En cambio, no son disposiciones protectoras en este sentido, aquellas que “directamente sólo protegen a la colectividad en cuanto tal, especialmente al Estado, y que sólo favorecen al individuo en cuanto que cada cual está interesado en el bien de la colectividad desde el momento en que puede ser afectado por la lesión de la misma”. (p. 1070)

Por otro lado, el uso de la palabra *ley* en el texto del segundo párrafo del artículo 823, no implica que éste sólo se refiera a las normas que tienen tal categoría en sentido material, se reconoce, por el contrario, que entran en consideración como posibles “leyes protectoras” no sólo las leyes, sino también las ordenanzas de policía y otras

ordenanzas, estatutos locales y, en definitiva, todas las normas jurídicas (Larenz 1958, p. 594).

El precepto contenido en el segundo párrafo del artículo 823, no excluye el requisito de la culpa, pues establece que “si según el contenido de la ley es también posible una infracción de esta sin culpa, la obligación de indemnizar sólo tiene lugar en caso de culpa” (Ennecerus L. Kipp T. y Wolf M .1958 página 53). De acuerdo con la doctrina alemana, sin embargo, cuando la disposición protectora prohíbe o castiga únicamente los actos u omisiones dolosas, sólo existirá la obligación de indemnizar la trasgresión intencional, ya que sólo ella choca contra la ley protectora.

Debe notarse que el requisito de la culpa se manifiesta con relación a la violación de la disposición protectora y no con referencia al daño. “La culpa, dice, ha de estar en relación siempre con la infracción como tal, no con el daño del bien jurídico ajeno protegido por la norma que se halle en relación causal adecuada con aquella infracción”. (Larenz 1958. p. 596)

Reflexiones comparativas entre la experiencia francesa, alemana, italiana española y portuguesa sobre responsabilidad por productos defectuosos

La experiencia francesa:

Como señala Woolcott (2003, p.379)

Una vez que llegaron a sentir las limitaciones que tenía la responsabilidad contractual del vendedor, fabricante al resarcimiento del daño derivado del producto defectuoso prevista en los artículos 1382 y 1383 del CC, la jurisprudencia posteriormente se orienta por la vía de la responsabilidad

extracontractual del simple fabricante, opción que se asumió sin dejar de presentar dificultades en la interpretación de las normas del Código.

En el Derecho Francés la víctima de un daño no puede libremente elegir entre la vía contractual y la vía extracontractual.

En efecto, la regla del no cúmulo coloca a los contratantes en el ámbito contractual y a los terceros en el ámbito extracontractual.

Frente a terceros se ejerce la responsabilidad del productor o vendedor conforme a las normas del Derecho común. La mayor parte de las veces, la acción se funda en la culpa del productor; otras veces se sustenta directa o indirectamente en el concepto de custodia de la cosa.

El legislador francés ha llevado a cabo un programa articulado de intervenciones en los diversos sectores del comercio (publicidad, ventas al crédito, ventas a plazo, ventas a domicilio) o efectos de asistir la posición jurídica y económica del consumidor.

El legislador francés ha optado por una intervención preventiva, como el diseño información y la fabricación de los productos desde la perspectiva de la producción y de la promoción del resarcimiento de los daños. (pp. 379 - 380)

La experiencia alemana:

El perfil contractual sobre la responsabilidad del productor es abandonado tan pronto se hace difícil continuar con la difusión de las ficciones a que se llegaba para sostenerlo. Así, las Cortes empezaron a orientarse por la vía extracontractual. La Corte de Casación alemana hacia fines de la década del 60 del siglo pasado, prefiere la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual.

Como refiere Woolcott (2003):

El caso emblemático es el de la Peste del pollo HOH NERPESTIFALL del 26 de noviembre de 1968, pronunciamiento que señala las principales bases para la adopción de la responsabilidad extracontractual, así como la evaluación de la culpa que se imputa a la organización empresarial en términos de objetivos criterios de economía. Tal es la evolución jurisprudencial sobre RC en la materia, que se había iniciado en 1915, en el famoso caso vinculado a las sales minerales BRIINNER SALZFALL. (p. 370)

Pero a pesar del cambio hacia la responsabilidad extracontractual seguían existiendo problemas, ante los cuales los jueces deciden invertir la carga de la prueba, a fin que en lugar de pedirle a la víctima que describa un proceso de producción (art. 601 del BGB) el mismo que era desconocido, se decide que solo el productor debía probar el origen de la lesión y de las medidas adoptadas para disminuir los posibles riesgos para los futuros usuarios. De esta manera, se dio lugar a un concepto de responsabilidad que se ajusta a las características de la actualidad de la empresa.

Según el criterio de los jueces alemanes, la responsabilidad derivada de productos defectuosos no puede limitarse a una conducta negligente y debe incidirse más en el deber del productor de evitar los riesgos a través de una adecuada organización, lo que permitirá mejorar el diseño, fabricación y calidad de los productos.

La jurisprudencia se ha ido orientando paulatinamente a la admisión de una responsabilidad indirecta del productor, norma general de responsabilidad por causa de un defecto de la organización empresarial.

La experiencia italiana:

La doctrina italiana incursionó aceptando la vía extracontractual o de la responsabilidad del productor, pero luego pasó a privilegiar una responsabilidad directa del fabricante frente al consumidor o terceros.

Sin embargo, advierte la insuficiencia de esa concepción por estar limitada a la aplicación del criterio de imputación subjetiva, cuestionando de ese modo los conceptos jurídicos tradicionales, lo que se generaba a partir de la dificultad probatoria de la culpa.

Sin embargo, se podía vislumbrar como señala Carnevali (1997, p. 75) “Que la simple introducción legislativa del sistema de responsabilidad objetiva del productor que tendría lugar recién con la aplicación en Italia de la Directiva Comunitaria No. 374-85 no representaba una solución definitiva al problema de los daños derivados de la circulación de los productos defectuosos el que a su vez, constituye un aspecto del más vasto problema de la tutela del consumidor”.

Se trata de enfrentar no solamente el aspecto resarcitorio de los daños, sino también, realizar la función preventiva de las normas y para ello surge la interrogante de si la responsabilidad objetiva cumpliría otras funciones en dicha materia.

En cuanto a la jurisprudencia italiana, el caso Saiwa es muy importante, porque a partir del mismo se establece un tratamiento detallado a los diversos aspectos contenidos en la responsabilidad del productor, señalando que:

La responsabilidad del fabricante se fundó en el hecho de haber producido o puesto en circulación un bien idóneo a comprometer la integridad física de terceros. Indica que resulta definitivo el hecho que existen productos cuya eventual defectuosidad constituye un peligro inmediato potencial, sea para aquellos

consumidores que usan el bien como para los terceros del todo extraños al uso de la cosa... de donde resulta ilógico y arbitrario circunscribir a los primeros la legitimación activa del resarcimiento del daño, (Alpa y Bessone,1987, p. 86).

Por lo expuesto, resulta una gran contribución la riqueza de estas importantes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales.

Finalmente resulta muy importante destacar como importantes referencias legislativas del Derecho italiano la Ley No. 173 del 17 de Agosto de 2005, la Directiva 13 del año 1995, así como el artículo 33 del Código de Consumo que privilegió la buena fe y la equidad en la relación de los proveedores con los consumidores.

La experiencia española

El artículo 1902 del CC Español establece que, “El que por acción u omisión causa un daño a otro está obligado a reparar el daño causado”. Una importante sentencia es la del 20 de Julio de 2020 sobre responsabilidad del suministrador del producto defectuoso que no identifica en un plazo de tres meses al fabricante del mismo. Asimismo, la Ley que regula el procedimiento de RC por los daños y perjuicios causados por los productos defectuosos.

La responsabilidad por elaboración de productos defectuosos en Portugal

Los derechos de los consumidores se encuentran consagrados en la Constitución de la República de Portugal de 1976 que en su artículo 60 inciso 1 establece que los consumidores tienen derecho a la buena calidad de los bienes y servicios de consumo, a ser orientados e informados, a la protección de la salud, a la seguridad y a sus intereses económicos, así como a la reparación por daños.

La ley 29/81 del 22 de agosto de 1981, Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo tercero consagra el derecho de los consumidores, a la protección de su salud, así como a la prevención y reparación efectiva de los daños individuales o colectivos.

2.2.22.4. La Responsabilidad del fabricante en la Jurisprudencia de Argentina.

Keimelmajer (1990) comenta que:

La Jurisprudencia argentina ha reconocido la responsabilidad del fabricante en los casos de defectos de fabricación y de instrucción o información. En este sentido, la sentencia del 14 de noviembre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina señala que “Hay RC del fabricante por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquél elaboró y que solo habrá de basarse en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico de una sustancia defectuosa, otra en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información. Es decir, en el olvido de las indicaciones precisas para la utilización, absteniéndose de comunicar al público los peligros que el uso entraña lo que afecta el derecho de información del consumidor.

Es interesante notar que la Jurisprudencia argentina no parece aún considerar que un producto puede ser defectuoso, sin adolecer de una falla de fabricación o de información. Asimismo, la Jurisprudencia argentina ha atendido también el uso de una marca de fábrica para responsabilizar al titular de la misma por los daños causados al consumidor por un producto defectuoso que lleva dicha marca.

Dentro del marco normativo en Argentina no existe una ley específica sobre el *franchising*. Sin embargo, como señala Cabanellas de Torres (1995) “La Ley N° 22.426 de Transferencia de Tecnología, que establece la eliminación de la obligatoriedad de

la aprobación previa de los acuerdos de transferencia y licencia de uso de tecnología y marcas celebradas entre empresas independientes”. (p. 47)

También, refiere la Ley N° 22.262, de Defensa de la Competencia, “Que ha prohibido específicamente conductas, como la limitación del desarrollo técnico del receptor y la imposición de condiciones de comercialización discriminatorias”. (p. 49)

De otro lado, la ley 22.362, rige el Registro de Patentes, marcas, modelos y diseños industriales. La Ley 22.362, fija los requisitos que se deben cumplir para obtener la protección legal de una marca, Asimismo, la ley 24240. De otro lado, el citado jurista señala la importancia:

De la Ley de Protección y Defensa del Consumidor del 22 de setiembre de 1993, destacando que en el artículo 40 señala que si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, se genera la responsabilidad del productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto la marca en la cosa o servicio. (p. 88)

Rabino M. y Cerdeira J. (2018) opinan que la responsabilidad por productos defectuosos es tratada por un sector de la doctrina como responsabilidad contractual derivada de la ley 24240. El sector mayoritario de investigadores la trata como responsabilidad objetiva del fabricante. Al respecto dichos juristas señalan que:

El CC y Comercial Argentino establece en su artículo 1113 La obligación del que ha causado un daño se aplica a los daños que causaren y a los que están

bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve que están bajo su custodia.

(p. 4)

En atención a ello, opinan que en Argentina, todo contrato en que exista utilización de elementos de propiedad industrial provenientes de personas no residentes deberá ser inscrito en el Registro de Transferencia de Tecnología, dependiente del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI).

2.2.22.5 La Responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho Brasileño

La Ley 8078 del 11 de setiembre de 1990, Código de Defensa del Consumidor de Brasil, en armonía con el artículo 5 numeral 30 de la Constitución de Brasil de 1988, consagra principios soberanos relacionados con la valorización del trabajo y la libre iniciativa privada.

Espinoza (2019) señala que “El citado Código regula las relaciones de comercio inspirado en temas específicos de la legislación de Francia, España, Portugal y México, conteniendo normas sobre calidad y responsabilidad por vicios y defectos en los productos (artículo 85)”.

Los proveedores deben informar a los consumidores de la presencia de defectos en los productos y servicios vendidos por ellos, la denominada “advertencia del riesgo”, como establece el artículo 10 de dicho Código. El artículo 12 del Código establece que:

El fabricante, el proveedor, el constructor nacional o extranjero y el importador responden por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados del proyecto, fabricación, construcción, montaje, formulación, manipulación, presentación, o acondicionamiento de sus

productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

Complementariamente, se destaca la Ordenanza 618 /2019 del Ministerio de Justicia de Brasil promoviendo los derechos de información veraz, suficiente y oportuna y la seguridad de los consumidores.

2.2.22.6. La Responsabilidad por productos defectuosos en la Ley Federal de Protección al Consumidor de México.

México es uno de los pocos países que ha definido en una ley especial la protección de los consumidores. Específicamente, la Ley Federal de Protección al Consumidor, que fuera promulgada en 1975, entrando en vigencia el 05 de febrero de 1976.

El artículo 2 señala que:

Quedan obligados al cumplimiento de esta ley los comerciantes, industriales, prestadores de servicios, así como las empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los órganos del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores. (Barrera, 1978, p. 51)

Considerando como comerciantes, como refiere Barrera (ob.cit.) “A quienes hagan del comercio su ocupación habitual o realicen, aunque fuera accidentalmente un acto de comercio y su objeto. Es la compraventa o arrendamiento de bienes muebles o la prestación de servicios”. (p. 54)

Igualmente, el artículo 3 señala que “debe entenderse por consumidor” a quien contrata para su utilización, la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio”. (p. 55)

Las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor que resultan especialmente relevantes para los efectos de la responsabilidad por productos defectuosos son aquellas correspondientes a la publicidad y garantía y referidos a las responsabilidades por incumplimiento.

Barrera (1978) como sustenta, de acuerdo con el artículo 5:

Es obligación de todo proveedor de bienes o servicios informar veraz y suficientemente al consumidor. Se prohíbe, en consecuencia, la publicidad, las leyendas o indicaciones que induzcan a error sobre el origen, componentes, usos, características y propiedades de toda clase de productos o servicios. (p.56)

Asimismo, Barrera (1978) señala que:

El incumplimiento de los requisitos de veracidad y exactitud en la información que acompañe a los productos, da lugar, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley, a la responsabilidad por los daños y perjuicios, entendiéndose que tal responsabilidad corresponde al proveedor, quien es el obligado a brindar la información. (p. 104)

El artículo 13 de la Ley establece, que:

El proveedor deberá reincorporar a los productos peligrosos, o en instructivo anexo a los mismos, las advertencias e informes para que su empleo se realice con la mayor seguridad posible y que se debe verificar cuando la peligrosidad

sea notoria, que derive de la propia naturaleza del producto o servicio o haya sido definida por la autoridad competente. El incumplimiento de este deber da lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios del proveedor.

La responsabilidad por los defectos de fabricación y de diseño se encuentran detallados por los artículos 31 y 33 de la Ley Federal de Protección del Consumidor de Brasil. Al respecto, el artículo 31, señala que:

El consumidor puede pedir en cualquier caso la indemnización por daños y perjuicios cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine o que disminuyan de tal modo su uso, que de haberlos conocido el consumidor no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

De otro lado, señala que:

El artículo 33, autoriza al consumidor dañado por un producto defectuoso a accionar directamente frente al fabricante o el revendedor, indistintamente para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes, en los casos en que el producto presente defectos, disponiendo además que los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien.

Debe tenerse presente que el concepto de defectuosidad contenido en el presente artículo alude no a la peligrosidad del bien, sino a su adecuación para el uso. Consecuentemente se atiende, principalmente, al interés económico del adquirente de la cosa y no a la seguridad de ésta. Por ello, dicha definición de defectuosidad no resulta adecuada a la responsabilidad por productos.

Sin embargo, para Barrera (ob. cit., p. 57) es preciso añadir que el artículo 34 señala que “La responsabilidad por defectos se excluye si el producto ha sido usado en condiciones distintas a las normales o si ha sufrido un deterioro esencial irreparable y grave por causas atribuibles al consumidor”.

Finalmente, debemos concluir que la Ley Federal de Protección al Consumidor, en lo que respecta al sistema de responsabilidad por productos defectuosos, resulta insuficiente, por cuanto, no especifica claramente los supuestos de responsabilidad por garantía y los de responsabilidad por los daños causados por productos. En ese sentido, vincula solamente la responsabilidad por la información defectuosa que rodea al producto únicamente a su proveedor, y no al fabricante. Define los defectos que dan lugar a la responsabilidad del fabricante mediante la adecuación de la cosa al uso normal, lo cual es propio de la acción contractual de garantía y no alude al elemento de peligrosidad del producto, que es típico de la responsabilidad por productos defectuosos, otorgando únicamente protección al consumidor (adquiriente de bienes o servicios) pero no a los terceros no adquirientes que pudieran resultar dañados por un producto defectuoso).

De otro lado es conveniente precisar que en la actualidad rige la Ley Federal de Protección del 24 de Diciembre de 1992, la que en sus artículos 92 y 93 establece las responsabilidades del vendedor fabricante o importador de los productos defectuosos ofrecidos al consumidor.

Como sostiene Flores (2013):

Es insuficiente la ley Federal de Protección al Consumidor de México quedando como tarea pendiente el tratamiento específico de la RC por daños causados

por productos defectuosos, ya sea en una ley o bien utilizando la reputación con la que se cuenta, pero sin perder de vista que hay que fortalecer la utilización adecuada de los criterios de imputación con la ayuda de lineamientos objetivos que faculten a la autoridad no solo administrativa sino también judicial a la atribución de la responsabilidad.

2.2.22.7. El Resarcimiento de los daños ocasionados por productos defectuosos en Colombia.

Como dice Lecompte y Visbal (2017) señala que igualmente, la Ley 1480 del 12 de octubre del 2011, nuevo Estatuto del Consumidor de Colombia, establece:

En su artículo 20 que el productor y el expendedor serán solidariamente responsables por los daños causados por los defectos de sus productos sin perjuicio de las opciones de repetición a que haya lugar. Igualmente, para efectos de este artículo señala que cuando no se indique expresamente quien es el productor, se presumirá como tal a quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto.

Lecompte y Visbal (ob. cit.) señalan que:

Considerando que esta norma tiene una explicación a partir de una obligación de seguridad de origen legal y constitucional contenido en el artículo 21 de la Constitución de Colombia, dispone que para determinar la responsabilidad, el afectado debe demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre ambos. A pesar del actual panorama y considerando la situación actual, se espera que en un futuro se resuelva la problemática de la responsabilidad por productos defectuosos mediante un procedimiento especial,

sea por vía legislativa o jurisprudencial, con el fin de reconocer la importancia que esta figura amerita, hasta el punto de que pueda llegar a ser reconocida como una materia autónoma y típica en el ordenamiento jurídico peruano. Por ahora, solo queda tener fe en la justicia y esperar que los casos que se presenten sean resueltos de forma correcta ciñéndose a los parámetros de responsabilidad ya aludidos.

Asimismo, mencionan dichos juristas de manera especial el artículo 78 del Estatuto del Consumidor de Colombia que establece un régimen de responsabilidad para el fabricante, basado en la teoría de riesgo, aplicable al productor como el responsable de los daños causados por defectos de los productos, debiendo el consumidor demostrar el defecto, la existencia del daño y el nexo causal.

Finalmente, Lecompte y Visbal (2017), opinan que:

Resultaría viable en el contexto colombiano aplicar la teoría de la responsabilidad por hecho ajeno, sin olvidar que hay que verificar la realidad del contrato en cuanto al nivel de autonomía e independencia que tiene el franquiciado, teniendo siempre como eje la protección de los derechos de los consumidores. (p. 240)

Responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho chileno

Como comenta Barrientos (2010):

El estudio de la jurisprudencia demuestra que los conflictos sobre productos defectuosos están siendo resueltos bajo las normas de la Ley 19496 Ley de Protección y Defensa del Consumidor (LPDC) del 7 de marzo de 1997 en el inciso 1° del artículo 23 de la LPDC establece una sanción administrativa para

el proveedor que actuando con negligencia en la venta de un bien o en la prestación del servicio cause menoscabo al consumidor debido a fallas o diferencias en la seguridad del bien o servicio. (p. 7)

Responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho boliviano

La Ley No. 453 del 6 de Diciembre del 2013, Ley General de los Derechos de los usuarios consumidores consagra en su artículo 9 numeral 1 que los proveedores están obligados a suministrar en productos o servicios en condiciones de inocuidad, calidad y seguridad, siendo responsables en el ámbito penal, civil y administrativo sancionatorio del riesgo o daño causados a la salud e integridad de los usuarios y consumidores.

Responsabilidad por productos defectuosos en el Derecho uruguayo.

La Ley 172550 del 11 de agosto del 2000, “Ley de Relaciones de Consumo” regula este tipo de vínculos, protegiendo a quien adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final, reconociendo los derechos de protección de la vida, la salud y la seguridad frente a riesgos causados por productos o servicios peligrosos o dañinos, así como la información suficiente, clara y oportuna sobre los mismos.

2.2.23. El Deber de reparar como tendencia del Derecho comparado.

Según otras orientaciones doctrinarias, y como señala De Trazegnes (2016): Ello no impide que los defensores de la responsabilidad por culpa lograrán defender sus argumentos ante un análisis de culpa en el fabricante, pues se juzga si tuvo o no cierta negligencia en el cumplimiento de su deber de diseñar adecuadamente un producto o advertir sobre sus riesgos. (p. 306)

Cáceres (1997) señala que:

Entre los alcances del deber de reparar, se considera que el acreedor además de optar por exigir el incumplimiento de la obligación y/o resolver el contrato, puede requerir la indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento del mismo (p.125).

Consideramos que este tratamiento jurídico es específicamente aplicable a los daños generados por productos defectuosos, teniendo en cuenta la aceptación de dicho criterio en diversos ordenamientos jurídicos.

Es así que, de verificarse el dolo, culpa inexcusable o culpa leve en la inejecución de obligaciones, el perjudicado podrá ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes, por supuesto, en la esfera de la responsabilidad contractual, la que se hace extensiva al cumplimiento de las obligaciones post contractuales.

Para Alterini J.H. (1980), “Son inmediatas las consecuencias que derivan del incumplimiento en sí mismo, las que acostumbran suceder, según el curso natural y ordinaria de las cosas y sin la conexión con otro acontecimiento distinto”

Finalmente, Alterini (ob. cit.) señala que:

Si la inejecución obedece a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída. En este caso el incumplimiento del deudor se presume, salvo prueba en contrario, a título de culpa leve. (p.140 - 141)

En esta línea de razonamiento, Alterini J/H (1988) comenta también que:

El franquiciante que incumpliera la obligación de suministrar información tecnológica o comercial por dolo o culpa inexcusable, podría verse obligado a resarcir al franquiciado no sólo por las utilidades promedio no percibidas (daño

emergente) sino además por aquellos negocios que el perjudicado hubiera podido efectuar (lucro cesante). (p.142-143)

Como comenta Tantaleán Odar (2017) “La RC exige contar con algunos elementos y componentes mínimos para que se puede materializar”.

Así en el fuero de ellos, un verdadero presupuesto es la imputabilidad, es decir se tiene que verificar que al agente infractor le es reprochable una conducta dañosa.

También se debe evaluar el hecho antijurídico o ilícito, el daño, el nexo causal entre el hecho y el daño, podrá finalmente determinar el factor atributivo que genera el daño de que se debe indemnizar (p. 178).

2.3. Glosario de términos

A continuación, formulamos algunas definiciones de concepto relevantes para la presente investigación:

Contrato

Según el artículo 1351 del CC peruano es el “acuerdo de voluntades para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

Contrato de Franquicia

Para Arias Schreiber (1999, p. 104) “es aquel por el cual el franquiciante otorga licencia a un comerciante independiente franquiciado para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio más usualmente una regalía sobre las ventas”.

RC

Luis Diez Picazo (1999) la define “como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto y la obligación de reparar el daño producido”. (p. 58)

Responsabilidad contractual

Taboada (2003, p. 31) señala que es “aquella en la que el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada”.

Responsabilidad extracontractual

Taboada (2003, p.31) define que “la responsabilidad extracontractual es aquella en la que el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás”.

Producto

Payet (1990) comenta que “es la entidad dotada de utilidad, resultado de un proceso de producción destinado a ser distribuido en el mercado, siendo en materia de responsabilidad el instrumento del daño”. (p. 671)

Producto defectuoso

Payet (1990) considera que es “un producto que se aparta del diseño del propio fabricante, evidenciando anormalidad y que además tiene una potencialidad dañosa”. (p. 708)

El producto es defectuoso cuando no es seguro para el consumidor, cuando se torna en inapto para su destino o es peligroso para la salud o la integridad personal.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Diseño Metodológico

La presente investigación es de naturaleza cualitativa, que como sostiene Hernández (2014) “pretende descubrir, comprender e interpretar los fenómenos a través de las percepciones y los significados producidos por las experiencias de los participantes, para que el investigador se forme creencias propias sobre el fenómeno”. (p.358)

El diseño es básico, no experimental, sino jurídico propositivo que evidencia las lagunas, vacíos existentes ó deficiencias para promover reformas o derogatorias.

En esa perspectiva, buscamos describir y analizar la problemática de la RC derivada de la elaboración de productos defectuosos en el contrato de franquicia, así como las consecuencias jurídicas y económicas de una incorporación legislativa

3.2. Aspectos Éticos

El investigador declara bajo juramento que ha citado las fuentes de información que utiliza y que la investigación que presenta es de su autoría.

3.3. Técnicas de Investigación

En atención a las técnicas de análisis, estas fueron el análisis documental, mediante la aplicación de esta técnica, abordaremos el estudio exhaustivo de los elementos que son fuentes de información como normas internacionales, contenido doctrinal y jurisprudencial y el fichaje de información doctrinaria, ya que por medio de esta técnica se clasifica y ordena debidamente fuentes doctrinarias, de acuerdo a los criterios metodológicos planteados.

La presente investigación considera también el análisis documental, y de contenido, así como con la matriz de categorización. En tal virtud, se realiza un trabajo de recolección documental referido a las diversas materias del Derecho, vinculadas a la RC, a los productos defectuosos y al contrato de franquicia.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Como resultado de la presente investigación presentamos una propuesta legislativa previo análisis de su contenido y alcances.

I. Proyecto de ley que regula el contrato de franquicia

Proyecto de Ley No. _____

Ley que regula el contrato de franquicia para promover el desarrollo y brindar seguridad jurídica.

Los Congresistas de la Republica integrantes del Grupo Parlamentaria de _____ que suscriben; a iniciativa del señor Congresista _____ que ejercen su derecho de iniciativa legislativa conferido en los artículos 102° Inciso 1) y 107° de la Constitución Política del Perú, y conforme a los artículos 2° y del 76° numeral 2 del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente:

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

Ha dado la siguiente Ley:

Ley que regula el contrato de franquicia para promover su desarrollo y brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes, los consumidores y usuarios, inversionistas en general y al Estado.

“CAPÍTULO I”

“Disposiciones Generales”.

“ARTÍCULO 1. Objeto de la ley”

La presente ley establece el marco jurídico regulatorio del contrato de franquicia como modalidad contractual e instrumento de formación del desarrollo económico y social del país.

“ARTÍCULO 2. Definición”

Se extiende por franquicia el contrato celebrado entre el franquiciante y el franquiciado, por el cual el franquiciante permite al franquiciado producir y distribuir el bien o servicio conforme a su control y supervisión, cumpliendo con el pago de respectivas retribuciones económicas

“CAPÍTULO II”

“De Las Partes Contratantes”

“ARTÍCULO 3: Las partes del contrato de franquicia”

Franquiciante: Persona titular de la marca y know how que cede los elementos de propiedad industrial al franquiciado durante la vigencia del contrato.

Franquiciado: Persona designada para la utilización de los elementos de propiedad intelectual de la franquicia para la producción y distribución de los bienes y servicios autorizados por el franquiciante.

“ARTÍCULO 4. Acuerdo de Intención e información previa”

El acuerdo de intención es el documento previo suscrito por las partes antes de la celebración del contrato de franquicia, en el que se debe contener la siguiente información previa:

- Datos personales y domicilio de las partes.
- Determinación de los elementos de propiedad industrial que conforman la franquicia.
- Limitaciones del contrato.
- Deber de reserva y no competencia.
- Contraprestaciones económicas relativas a la franquicia.
- Solución de conflictos.

El acuerdo es firmado por ambas partes, debiendo suscribirse como máximo a los 10 días hábiles posteriores al momento en que el franquiciante otorga la franquicia a favor del franquiciado.

“ARTÍCULO 5. Forma de celebración”

La celebración del contrato de franquicia se realiza exclusivamente por escrito, bajo sanción de nulidad.

“CAPÍTULO III”**“La Retribución Económica”****“ARTÍCULO 6. Retribución económica”**

Las contribuciones económicas vinculadas a la franquicia, las realiza el franquiciado al franquiciante por la explotación de la franquicia.

“ARTÍCULO 7. Nulidad por precios fijados unilateralmente”

La determinación de los precios será una atribución exclusiva de ambas partes contractuales, por lo que su fijación unilateral motivará la nulidad del contrato.

“CAPÍTULO IV”

“Derechos y Obligaciones de las partes”

“ARTÍCULO 8. Obligaciones del franquiciado”

- Prohibición de competir con el franquiciante, mientras tenga vigencia el contrato de franquicia y hasta 7 años posteriores al vencimiento del contrato.
- Guardar reserva sobre la información recibida del franquiciante durante el plazo pactado entre las partes.
- Registrar la franquicia ante el INDECOPI.
- Cumplir regularmente los derechos y obligaciones acordados con el franquiciante.
- Pagar el canon y regalías, salvo acuerdo diferente adoptado por las partes.
- Utilizar los signos distintivos del franquiciante según los términos y condiciones acordados.
- Desarrollar el funcionamiento de la franquicia en el ámbito territorial establecido en el contrato.
- Comprar los bienes o servicios determinados por el franquiciante salvo pacto en contrario.

“ARTÍCULO 9: Obligaciones del franquiciante”

- Otorgar al franquiciado los derechos acordados contractualmente en forma exclusiva dentro del ámbito territorial establecido por las partes.
- Guardar la reserva sobre la información que le haya brindado el franquiciado durante el plazo establecido en el contrato.
- Ceder al franquiciado la utilización y obtención de los elementos de propiedad industrial, como la marca y know how.
- Proporcionar el Manual de Franquicia al suscribirse el contrato.

“CAPÍTULO V”**“Del Plazo y Resolución Contractual”****“ARTÍCULO 10. Plazo contractual”**

El plazo máximo de duración del contrato de franquicia es de 7 años computados desde el momento de su celebración.

“ARTÍCULO 11. Resolución contractual”

La resolución del contrato de franquicia podrá ser invocada cuando las partes no cumplan las obligaciones previstas en los artículos octavo y noveno de la presente ley.

“CAPÍTULO VI”**“Responsabilidad por la elaboración de productos defectuosos”****“ARTÍCULO 12. Responsabilidad solidaria”**

El franquiciante y el franquiciado asumirán responsabilidad solidaria y objetiva por la elaboración de productos defectuosos, siempre que el franquiciante haya cumplido con capacitar, controlar y supervisar al franquiciado conforme a lo establecido en el contrato.

“ARTÍCULO 13: Ley aplicable”

De manera supletoria, serán aplicables al contrato de franquicia las normas contenidas en la legislación nacional o internacional que resulten pertinentes.

“ARTÍCULO 14. Vigencia”

La presente Ley tiene vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

Disposiciones Finales.

Los contratos de franquicia celebrados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se regularán por las cláusulas contenidas en los contratos respectivos y de manera complementaria por las normas del Libro de Contratos del Código Civil.

Lima, 03 de octubre de 2023.

I. Exposición de Motivos

Resulta fundamental la regulación del contrato de franquicia; como sistema de comercial y como instrumento jurídico de producción, comercialización, exportación y distribución de bienes y servicios, dicha regulación puede constituir un importante mecanismo promotor del desarrollo de la actividad económica y del bienestar social contribuyendo al incremento de los niveles de eficiencia en el mercado, la profundización de la inclusión del sector empresarial en el ámbito internacional.

De otro lado, la colaboración empresarial entre franquiciante y franquiciado, así como la existencia de inversiones limitadas para su desarrollo permiten una mayor competencia entre los agentes económicos y el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas en esos procesos de formulación de nuevos negocios, debe destacarse el concurso experimentado, especializado y eficiente de las empresas franquiciadas para que puedan garantizar la continuidad y mejora de importantes

marcas de productos y servicios aunados a los valiosos conocimientos técnicos que los sustentan.

Para el logro y consolidación de estos positivos aportes, los contratos de franquicia requieren contar con una regulación especial que defina su naturaleza jurídica; los derechos y obligaciones de las partes; las causales de rescisión y resolución contractual, entre otros mas importantes aspectos. En esa perspectiva, el presente proyecto de Ley regulatorio del contrato de franquicia representa una importante propuesta en favor de adecuadas relaciones económicas y jurídicas entre los franquiciantes y franquiciados y de los inversionistas en general, así como de los consumidores y usuarios del Estado.

II. Efectos de la norma sobre la legislación nacional

La presente propuesta legislativa busca incorporar a la legislación nacional, la regulación jurídica del contrato de franquicia. respondiendo a la situación actual de la evidente carencia de un marco regulatorio en nuestro país. De otro lado la definición de sus alcances permite promover su celebración y el desarrollo económico y social del país.

III. Análisis costo – beneficio

El presente Proyecto de Ley no irroga egreso alguno al erario nacional. Entre los beneficios que conlleva es que alentará, una significativa celebración de estos contratos, así como el desarrollo del comercio exterior y de las diversas actividades económicas.

IV. Vinculación con el Acuerdo Nacional y la agenda legislativa

La presente propuesta legislativa se vincula con las siguientes Políticas del

Estado:

- No. 17: Referida a la afirmación de la economía social de mercado.
- No. 18: Referida a la búsqueda de competitividad y la formalización de la actividad económica.
- No. 20: Referida a desarrollo a la ciencia y tecnología.
- No. 22: Referida a política de comercio exterior para la ampliación de mercados en reciprocidad.

Asimismo, se encuentra en armonía con la agenda legislativa establecida y consensuada por los diversos sectores políticos, económicos y sociales.

Matriz de descripción de Categoría Responsabilidad Civil Solidaria y Objetiva

| Temas | Código | Sub Categoría | Comentario |
|--|--------|---|---|
| La RC por productos defectuosos en el contrato de Franquicia | RSO | Responsabilidad solidaria y objetiva entre franquiciante y franquiciado | La responsabilidad solidaria y objetiva es un instrumento jurídico efectivo que puede motivar que el franquiciante y franquiciado, reparen a los consumidores por los daños causados por la elaboración de productos defectuosos. Zalamea (2014) |
| | PD | Los productos defectuosos | Los productos defectuosos son aquellos que se introducen en el mercado con anomalías de fabricación, diseño o información, pudiendo generar daños diversos. Espinoza (2019) y De Trazegnies (2019) |
| | RCF | El contrato de Franquicia y su regulación | El contrato de Franquicia debe ser un acuerdo de voluntades entre franquiciante y franquiciado en virtud del cual el franquiciante confiere al franquiciado la explotación de una marca por un determinado plazo, permitiendo la producción y exportación de bienes y servicios. Ello requiere una adecuada promoción y regulación de una manera única y precisa. (Cáceres (1997) y Figueroa (2014) |

Matriz de Soporte de Sub Categoría: RC por productos defectuosos

| Temas | Sub Categoría | Patrones | Descripción |
|---|---|---|---|
| La Responsabilidad civil por productos defectuosos en el Contrato de Franquicia | Responsabilidad solidaria y objetiva entre Franquiciante y Franquiciado | Responsabilidad de la cadena productiva | Con la finalidad de garantizar la reparación de los daños, todos los partícipes en la cadena productiva responden por los daños causados si no se puede individualizar al responsable directo (Espinoza 2019) |
| | | Mayor protección al consumidor | La posición jurídica del consumidor se refuerza con la responsabilidad. extra-contractual (Taboada 2003 Durand Carrión (2010) |
| | | Integración de esfuerzos empresariales | Contribuye a generar apoyo compartido entre las empresas intervinientes y la mayor calidad de producción. |
| | | Herramienta de gestión jurídica | Estableciendo esta modalidad de responsabilidad quedan claramente definidos los efectos jurídicos. |
| | | Protección de los inversionistas | La predictibilidad en la determinación de la RC es un elemento que contribuye a la seguridad jurídica de los inversionistas. (Cáceres 1997) |
| | | Interés promotor y regulador del Estado | El Estado como regulador y promotor del consumo puede alentar el desarrollo del sistema de franquicia con mayor nitidez institucional. (Figuroa 2014) |

Matriz de Soporte de Sub Categoría Regulación de la RC y aspectos generales del Contrato de Franquicia

| Temas | Sub Categoría | Patrones | Descripción |
|--|---------------------------|--------------------------|---|
| La RC por productos defectuosos en el contrato de Franquicia | Los productos defectuosos | Naturaleza | El producto indebidamente elaborado presenta problemas de fabricación, de diseño y de información que perjudican al consumidor |
| | | Efectos al futuro | Generan daño en los consumidores y otros efectos jurídicos de RC y la afectación de la reputación de las empresas involucradas. (De Trazegnies 2019) |
| | | Optimización de terceros | Se persigue siempre alcanzar las mejores metas de calidad y optimización productiva con respecto a las normas de calidad y de responsabilidad social empresarial. |
| | | Deber de los Directivos | Desarrollo de programas de capacitación, seguimiento y revisión de los productos colocados |

| Temas | Sub Categoría | Patrones | Descripción |
|--|---|---|---|
| La Responsabilidad por productos defectuosos en el contrato de Franquicia | El contrato de Franquicia y su regulación | Interés de las intervinientes | El contrato de franquicia por su importancia jurídica y económica debe ser regulado para que se precisen los derechos y obligaciones de las partes. |
| | | Interés de los consumidores | Los inversionistas nacionales y extranjeros contando con un marco jurídico promotor podrían tener mayor amparo jurídico en estos contratos. La determinación de los derechos y obligaciones de las partes protege al consumidor (Durand Carrión, 2010) |
| | | Interés del Estado | El Estado se beneficiará con la mayor producción y comercialización de los bienes y servicios, percibiendo mayores, ingresos tributarios y por inversión. |
| | | Regulación clara y precisa | La regulación no debe ser extremadamente detallista sino suscita, clara y precisa en sus alcances. |
| | | Incorporación en la legislación nacional | La incorporación regulatoria en el Código de Comercio o en una ley especial incentivará la celebración de contratos de franquicia en favor del desarrollo del país. (Cáceres, 1997) (Figuroa, 2014) |

Triangulación de Técnicas cualitativas y de datos en base a la categoría principal RC

| Categoría | Análisis Documental | Síntesis integrativa |
|---|---|---|
| <p style="text-align: center;">Sub Categoría 1</p> <p style="text-align: center;">RC</p> <p style="text-align: center;">Solidaria y</p> <p style="text-align: center;">Objetiva</p> | <p>La RC por la elaboración de productos defectuosos (RCPD) es un instrumento jurídico especializado que contribuye a la reparación frente a los daños causados por dichos productos. Está basada en la evaluación objetiva de las anomalías de fabricación diseño e información (art. 101 y 102 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.) (Espinoza, 2019)</p> | <p>Las autoridades directamente vinculadas en esta problemática son el Poder Judicial y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) quienes están en la capacidad profesional para determinar las responsabilidades correspondientes. (Sotomarino, 2007)</p> |

| Categoría | Análisis Documental | Síntesis integrativa |
|---|--|--|
| <p data-bbox="253 516 461 552">Sub Categoría</p> <p data-bbox="347 590 367 625">2</p> <p data-bbox="305 810 412 846">RC por</p> <p data-bbox="285 884 431 919">Productos</p> <p data-bbox="269 957 448 993">Defectuosos</p> | <p data-bbox="500 453 914 762">Los productos defectuosos (PD) son potencialmente dañosos y deben ser debidamente inspeccionados antes de su colocación en el mercado.</p> <p data-bbox="500 783 800 873">(Espinoza, 2019) (De Trazegnies, 2019)</p> <p data-bbox="500 894 938 1146">Por lo tanto, aplicar el régimen de RC en esta materia propicia la continua verificación y calidad del producto elaborado. (Payet, 1997)</p> | <p data-bbox="971 369 1369 789">El rol trascendente que cumplen las autoridades nacionales en la solución de conflictos de intereses vinculados a la RC es de articular las políticas nacionales en materia de justicia y comercio.</p> <p data-bbox="971 810 1369 1230">Asimismo, analizar la pertinencia de aplicar criterios de RC, cuando se configuran los elementos correspondientes a la relación de causalidad entre el producto defectuoso y el daño causado.</p> |

| Categoría | Análisis Documental | Síntesis integrativa |
|--|---|---|
| <p data-bbox="240 705 448 793">Sub Categoría 3</p> <p data-bbox="240 869 456 1014">El contrato de Franquicia y su regulación</p> | <p data-bbox="496 338 870 814">El fundamento de la regulación del contrato de Franquicia es la búsqueda de un marco jurídico que defina el contrato y que establezca los deberes y derechos de las partes como señala Cáceres (1997).</p> <p data-bbox="496 831 894 1360">En tal sentido, se constituye como una alternativa jurídica para impulsar la actividad económica que contribuya al desarrollo nacional y para eso se requiere una función promotora y reguladora del Estado. Cáceres (1997) y Figueroa (2014)</p> | <p data-bbox="928 405 1365 1371">Como importantes instituciones el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial deben formular propuestas que incorporen un tratamiento especial jurisprudencial y propuestas legislativas de regulación específica que promuevan el desarrollo de dicha modalidad contractual, Los antecedentes del Derecho Comparado (España, Italia, México y Argentina) han evidenciado un gran desarrollo de esta figura contractual, a partir del establecimiento de normas claras y precisas.</p> |

Dialogo Técnico Empírico

| Análisis documental | Dialogo Empírico | Texto Teórico Empírico |
|---|--|--|
| <p>La franquicia es el contrato que facilita una penetración profunda y acelerada en un mercado nuevo que la empresa franquiciante o titular de la marca, no controla (Casa y Casabo 2000,</p> <p>Se considera que es un contrato por el cual se otorga privilegios a un comerciante o empresa en un país diferente para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más esencialmente una regalía sobre las ventas (Arias Schreier, Contratos Modernos, 1996)</p> | <p>La regulación del marco regulatorio del contrato de franquicia es muy importante en la realidad, al posibilitar la utilización de marcas de reconocido prestigio internacional y con alto nivel de know how.</p> <p>Su regulación genera mayor seguridad jurídica.</p> <p>(Figuroa, 2004)</p> | <p>Estas dos citas teóricas del Estado del conocimiento permiten comprender la expansión de la franquicia nacional e internacional, debiéndose estudiar y aplicar con una visión multidisciplinaria.</p> |

| Análisis documental | Hallazgo Empírico | Texto Teórico Empírico |
|---|---|---|
| <p>El franquiciante otorga a la empresa franquiciada, el derecho de utilizar su marca y Know How bajo determinadas condiciones. Con el control de la concedente, se asegura una importante actividad de producción y comercialización de bienes y servicios (Mori, 2001)</p> <p>Por ello es muy importante regular la RC correspondiente. (Taboada, 2003)</p> | <p>Se considera a la franquicia como el componente más importante de la etapa de alta producción y comercialización de bienes y servicios.</p> <p>Elo se evaluó de manera complementaria con la información contenida en estudios e investigaciones especializadas. Sierralta Ríos (1997)</p> | <p>Se evidencia que la franquicia dinámica y flexible permite la identificación de diferentes alternativas de expansión de negocios y de exportación de bienes y servicios.</p> |

| Análisis documental | Hallazgo Empírico | Texto Teórico Empírico |
|---|--|--|
| <p>Los diversos países del mundo han organizado sistemas legislativos y administrativos para reducir el impacto de los productos defectuosos, siendo el antecedente más importante en Estados Unidos con la Strict Liability, estableciéndose responsabilidades desde 1850, proceso que se expandió a Europa y América Latina con la creación de instituciones administrativas especializadas y de un desarrollo de la normatividad en materia de gestión de la calidad, RC y Derecho del Consumo (Payet, 1997)</p> | <p>De alguna manera, se ha generado una visión concertada del tratamiento de los productos defectuosos y de la RC correspondiente.</p> | <p>La labor preventiva contra los productos defectuosos busca un desarrollo significativo de la evolución del Derecho del Consumidor, especialmente de su salud y seguridad, lo que se cautela en el marco legal y jurisdiccional.</p> |

| Análisis documental | Hallazgo Empírico | Texto Teórico Empírico |
|--|--|--|
| <p>La regulación del contrato de franquicia aparece como una alternativa que puede contribuir al desarrollo de mercado y la actividad económica privada. (Cáceres Barraza, 1997, p. 35) “comenta que “los actores públicos y privados tienden a definir una política de desarrollo de manera conjunta, considerando las necesidades específicas tomando en cuenta sus potencialidades y limitaciones”.</p> <p>Estas políticas se deben implementar desde una perspectiva integral de manera concertada y sostenible.</p> | <p>Debe existir coordinación y valoración de la experiencia de la actividad mercantil, que impulsa el desarrollo de las franquicias orientándolas al bienestar económico y social de la población.</p> | <p>La cita teórica del estado del conocimiento nos señala que la franquicia es una alternativa que revaloriza la economía, la inversión y por ello debe ser promovida.</p> |

CONCLUSIONES

De lo expuesto en la investigación se ha arribado a las siguientes conclusiones que se detallan con relación a los problemas y objetivos planteados en base a la doctrina especializada en la materia que se complementa con el análisis de fuente documental tanto de la jurisprudencia como la legislación nacional y extranjera.

PRIMERO. En referencia al objetivo de la categoría principal responsabilidad civil en el contrato de franquicia, el análisis de las implicancias jurídicas y económicas de la regulación de la responsabilidad solidaria del franquiciante y franquiciado por la elaboración de productos defectuosos, permite determinar que “el tratamiento legislativo especial del contrato de franquicia en el Perú”, puede constituir un instrumento fundamental para el mayor desarrollo del sistema de franquicias.

SEGUNDO. Con relación a la regulación del contrato y, específicamente, de la mencionada responsabilidad solidaria, postulamos que ambas deberían ser incorporadas expresamente en el Código de Comercio o en una ley especial regulatoria del contrato de franquicia que permitirá alcanzar el objetivo general de nuestra investigación. Con esta conclusión se comprueba el objetivo general.

TERCERO. El presente trabajo de investigación ha permitido identificar la existencia de beneficios como el resarcimiento a los consumidores por la elaboración de productos defectuosos, así como brindar mayor seguridad jurídica a los consumidores, inversionistas y al Estado en su rol promotor y regulador de la actividad económica. Con esta conclusión se alcance el objetivo específico.

CUARTO: la celebración de contratos de franquicia puede representar una alternativa para evitar o disminuir la producción de daños, para el consumidor, como para el franquiciante y franquiciado, motivo por el cuál su efectiva regulación será un gran aporte jurídico para su desarrollo y en favor de la protección del consumidor.

RECOMENDACIONES

Con relación a lo expuesto en la presente investigación, para que nuestra propuesta sea viable consideramos los siguientes:

PRIMERO. Después de demostrar la importancia de la regulación del contrato de franquicia, se recomienda que la legislación pertinente deberá: contener una definición del contrato, los principales derechos y obligaciones de las partes, la duración del contrato, las causales de resolución, así como el régimen de responsabilidad solidaria y objetiva entre franquiciante y franquiciado frente a la elaboración de productos defectuosos.

SEGUNDO. Se recomienda que el contrato de franquicia y específicamente la RC por productos defectuosos sean regulados expresamente mediante un dispositivo legal que podría proponerse como una incorporación al Código de Comercio o, en su defecto, en una ley especial basada en importantes criterios rectores, debiendo ser redactado muy prolijamente.

TERCERO. Se recomienda que la regulación sea clara y precisa para no afectar la libertad contractual, permitiendo una mayor seguridad jurídica y el resarcimiento de los daños causados, así como la promoción de los contratos de franquicia.

CUARTO: La importancia del contrato de franquicia trasciende los límites jurídicos, por ser un mecanismo contractual de gran importancia económica que coadyuva a la expansión empresarial e incentiva el consumo, motivo por el cual una efectiva regulación podría constituir un importante elemento favorable para su desarrollo.

QUINTO: Completamente al margen del marco legal propuesto, se debe plantear la existencia en el Perú de un Código Deontológico tipo, que asegure no solamente reglas de juego equilibradas en el sector de comercialización de bienes y servicios, sino que con ello promueva un mecanismo importante para la modernización de las estructuras comerciales peruanas, así como reducir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, especialmente, los referidos al mantenimiento de la competitividad independiente.

REFERENCIAS

- Aguirre Vidaure W. (2014) *El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos*. artículo en Revista de Actualidad Mercantil, No. 3
- Alpa G. (2016) *Nuevo Tratado de la RC*. Juristas Editores.
- Alterini J.H. (1988) *La Indemnización por daños y perjuicios*. Artículo en libro Temas de Derecho Civil. Editorial Universidad.
- Alterin A. (2016). *Las funciones de la Responsabilidad Civil*. Artículo en libro Estudios de Derecho Privado. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
- Alderson E. (2010) *Selections from the changes and other detachet papers of Baron Anderson with and introductory y notice of this ure*. Estados Unidos Cornel University.
- Alvarado (2023). *La determinación de la responsabilidad administrativas del franquiciante*.
- Anzola M. (2019) *El contrato de franquicia*. LEGB.
- Arias Schreiter, M. (1994) *Los Contratos Modernos*. Gaceta Jurídica.
- Arias Schreiter, M. (1996) *Los Contratos Modernos*. Gaceta Jurídica.
- Arjona J. *La causa y su operatividad. El tema de las atribuciones patrimoniales*. Aranzadi.
- Arrubla, J. (2007). *Contratos Mercantiles*. DIKE
- Barbieri, P. (1998). *Los contratos de empresa*. Editorial Universidad.
- Barrera J. (1978) *La Responsabilidad Civil del producto en el Derecho Mexicano*. Editorial UNAM.

- Barrientos F. (2010) La responsabilidad del fabricante bajo el artículo 23 de la Ley de protección de los derechos de los consumidores y su relación con la Responsabilidad Civil del vendedor. *en Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 14 pp.109-138. Olejnik
- Bedoya D. (2017): *La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria* Temis.
- Bejarano, M. (1986) *Obligaciones Civiles*. Oxford University Editorial Press-Harla.
- Benavides, E. (1997). ¿Es necesario regular el contrato de franchising? *Ius Et Veritas*,15, 305 – 315. PUCP.
- Bescos, F. (1995). *El contrato de franquicia*. Pirámide.
- Bravo, S. (1999). *Contratos Modernos Empresariales*. FECAT.
- Brebbia, R. (1980). *Temas de Derecho Civil*. Editorial Universidad.
- Bustamante, J. (1979). *Responsabilidad Civil por productos elaborados en el Derecho Civil Argentino*. La Ley.
- Cabanellas de Torres. (1996). Editorial Vallerta.
- Cáceres, C. (1997). *El Contrato de franquicia*. Cultural Cuzco.
- Calabresi, G., Klevorick, A. (1985). *Four tests for liability in torts.in 14 jour of legal stud 585* Washington, EE. UU. Escuela de Derecho de la Universidad de Yale.
- Calderón (2020). *Derecho Daños en el Perú*. Motivensa
- Carbajo y Diez Echeagaray DL y López M. (2018) *La franquicia aspectos jurídicos, laborales y fiscales*. Tirant to Blanc.
- Calle, J.J. (1928) *Código Civil Anotado*. Librería e Imprenta Gil.
- Callegari de Grosso (1996) *Franchising*. Némesis.

- Calvo Anton, Marcela (2011). *Análisis de la Ley General de Defensa de los Consumidores y usuarios*, Universidad Complutense de Madrid.
- Carbonnier, J. (1971). *Derecho Civil*. Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Cardelus, LL. (1988) *El contrato de franchising*. Ediciones y publicaciones universitarias.
- Carnevali U. (1997) *La Responsabilita del Productore*. Giufre.
- Casa F. y Casabo M. (2000) *La Franquicia (Franchising) Gestión*.
- Castillo M. Rosas (2010) La atomización de la Responsabilidad Civil, en Revista. *La Responsabilidad Civil*, volumen III p. 61 a 88. Motivensa.
- Cebrián Salvat H.A. (2017) *Contratos Internacionales de Franquicia, competencia judicial Internacional y Ley aplicable en la Unión Europea*. Tesis de Doctorado Universidad de Murcia
- Chang, L. (2012) Prueba después. La carga de la prueba dentro de los procedimientos administrativos en materia de la protección del consumidor. *Revista Jus Et Veritas* número 22 (44) pp. 200 -211. PUCP.
- Chervin M. (1995) *Qué es el Franchising*. Abeledo Perrot.
- Chirinos Fernández K. Porto Rivadeneyra M. Roncal Gonzales T. Tesis *Regulación del Contrato de Franquicia en el Perú*. Tesis de Maestría. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Chulia Vicent, E. (1995) *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Bosch.
- Cuiñas M. (1997 o 2017) *El sistema de Franchising. La protección de los consumidores y usuarios en el Derecho argentino*. Univ. de Buenos Aires.
- De Cupis, A. (1975). *El daño: Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Bosch.

- De la Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios del Contrato Privado*. Cultural Cuzco.
- De Miguel, P. (1995) *Contratos Internacionales sobre Propiedad Intelectual*. Civitas.
- De Pina R. (1958) *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*. Porroa.
- De Trazegnies, F. (2016). *La responsabilidad extracontractual*. Ara Editores.
- Diez L. Gullón (2016) *Sistema de Derecho Civil*. Civitas.
- Diez L (1999) *Derecho de Daños*. Civitas.
- Diez De Castro E. Navarro A y Rondan C. (2005). *El sistema de franquicia*. Civitas.
- Durand, J. (2007) *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Universidad San Martín de Porres.
- Durand, J. (2004) *El Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma*, Tesis Doctoral en Derecho. PUCP.
- Echevarría, J. (1995). *El contrato de franquicia*. McGraw Hill,
- Ennecerus L, Kipp T y Wolff M (1966) *Tratado de Derecho Civil*. Bosch.
- Ennecerus L, y Nipiperley C. (1958) *Tratado de Derecho Civil*.Bosch.
- Ennecerus L, y Lehmanir H (1966) *Derecho de Obligaciones Vol.II Doctrina Especial*. Bosch.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Pacífico.
- Espinoza (2005) *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 3ra. ed. Gaceta Jurídica.
- Etcheverry R. (1995) *Contratos. Parte Especial*. Astrea.
- Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos*. De Palma.
- Fernández, J. (1994). *El rol del Estado en una Economía Social de Mercado. La labor del INDECOPI. Ius Et Veritas*, número 8.

- Figuroa J. (2014) Mecanismos de Seguridad Jurídica en el Contrato de Franquicia.
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM año 2019.
- Flores G. (2013) *La responsabilidad por daños causados por la elaboración de productos defectuosos.* Repositorio Institucional de la Universidad Científica del Sur. 2013.
- Forno, H. (1988). Resolución por incumplimiento. Ee libro *Temas de Derecho Contractual.* pp. 75 a 83. Cultural Cuzco.
- Goldenberg, I. (1984). *La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil.* Astrea.
- Galeano, L. Neira, M. (2008) *El contrato de franquicia,* Tesis para optar el título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana.
- Gonzales R. (2017) *Análisis sobre la necesidad de adoptar una resolución específica para la franquicia comercial en Colombia.* Tesis. Pontificia Universidad Javeriana. Repositorio Institucional.
- Guyenot, (1972) Qué es el franchising. En *Breviarios de Derecho.* Ejea.
- Halperin, I. (1993). *Curso de Derecho Comercial.* Astrea.
- Hanotiau, B. (1978). *The Council of Europe Convention on Product Liability.* en 8 GA. J. of Int.1 Comp. L. 325. Universidad de Lovaina.
- Henderson J. y Twenski A (1987) *Products Liability Problems and Process.* Mechansys for bus Quality and Defectus Little Brown & Co. Boston y Toronto Universidad de Toronto
- Hernández Sampieri R. *Metodología de la investigación* Mc Graw Hill.
- Jalife M. (2007) *Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial.* Porrua.
- Keeton W, Page, E. (1973). *Products Liability, of the meaning of defects,* en 5 Sr. Marys. Universidad de Texas.

- Keimelmajer, A. (1990). *Aproximación al franchising con especial referencia al régimen de Responsabilidad Civil por daños*. Abeledo-Perrot.
- Kleidermacher, J. (1993). *Franchising: Aspectos económicos y jurídicos*. Abeledo-Perrot.
- Kessler, F. (1967) Products Liability. En 76 Yale L.J. 887. Universidad de Yale.
- Kionka (1977) Torts in nutthell Injuries to persons and property west publishing Co. St Paul Minnesota.
- Larenz, K. (1958). Derecho de Obligaciones. *Revista de Derecho Privado*. Olejnik.
- Lecompte I y Visbal M. (2017) La responsabilidad del franquiciante y franquiciado frente al consumidor. En *Revista de Derecho de la Universidad Estud, Bogotá*. No. 10, pp. 227-250.
- León, B, J. (1958). *Comentarios al Código Civil Peruano. (Derecho de Obligaciones)*. Ediar.
- León, H, L. (2016). *Responsabilidad Civil*. Instituto Pacífico.
- Limajo, L. (2001). *La Tutela Civil del Derecho*. Giuffre
- López, F. (2008). *El contrato de franquicia internacional*. Temis.
- López P. (2007) Oh y Ahora ¿Cómo poder defender a los franquiciados sobre los Códigos de Ética? En revista Foro empresarial. Maestría en Derecho de la Empresa. PUCP.
- Lorenzetti R. (2000) *Contratos parte especial, Tomo 1*. Rubonzal Cubroni.
- Mc Kean R (1970) Products Hability Implications of Some Changing Property y Rights en 84 Quart, *J of Econ*. 611.
- Marisca E. (2016) *El Contrato de Franquicia Comercial antes y después de la sanción del CC y Comercial de la nación aspectos económicos y jurídicos*.

- Tesis de Maestría en Derecho. Universidad Católica Argentina Facultad de Derecho, Repositorio Institucional.
- Marzorati, O. (2014). *Sistemas de distribución comercial*. Astrea.
- Mascheroni J. (1998) *Franchising. Contrato atípico Know How .parteneriado* Montevideo.Fondo de Cultura Universitaria.
- Mauro P. y Saporisi G (1993) *Sea su propio jefe a través del Franchising*. Macchi.
- Mazeaud, H., y Tunc, A. (1963) *Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*. Europa-América.
- Miranda M. (1992) *Derecho de los Contratos*. Studium
- Morales, A. (1996). Hacia la unificación de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. En *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, número 40. 1992 Asesorandina.
- Obiol, E. (2016) *Contratos Mercantiles*. Grijley
- Ortega Giménez. (2013) *Contratación internacional para cómo evitar los riesgos contractuales en el Comercio Internacional*. Icx.
- Osterling, F. (1997). *Responsabilidad Civil, costo comercial y costo social*. Volumen 7 páginas 55 a 60 del libro *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio* en homenaje al orador Aníbal Atilio Alterini. Abeledo Perrot.
- Otamendi, J. (1994). *Transferencia de tecnología*. Depalma.
- Owen D. (2014). *Teoría de la Responsabilidad Civil extracontractual*. Siglo del Hombre.
- Owen (1976) *Punitive damages in products liability 74 Michigan*. Estados Unidos.
- Payet, A. (1997). *La responsabilidad por productos defectuosos*. PUCP.

- Peirano, J. (1981). *Responsabilidad extracontractual*. Temis.
- Pérez Martel, L. (2000) *Las franquicias*. Curtos
- Pérez – Serrabora González J (2014) *El contrato de franquicia. Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado*. Tesis de Doctorado Universidad de Granada España. Repositorio Institucional.
- Planiol, M., y Ripert, G. (1945). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Cultural.
- Prosser, W. y Keeron, P. (1994) *Prosser and Keeton on the Law of Torts*. Minnesota.
- Puelma, A. (1991). *Contratación Comercial Moderna*. Jurídica de Chile.
- Rabino M. y Cerdeira J. (2018) La Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Ponencia presentada al *XXVIII Congreso Argentino de Derecho Internacional, Buenos Aires*. PUCA.
- Reich, L. Micklitz, H. (1990) *European Consumer*, Bosch.
- Rigol J. (1992) *La Franquicia una Estrategia de Expansión para la Empresa*. Universidad de Barcelona.
- Ripert (1985) *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles*. Oljevnk.
- Rojo y Fernández Rio A. (1974) *La Responsabilidad Civil del Fabricante*. Zaragoza.
- Ruiz J. (2000) *Los tratos preliminares en el contrato de franquicias*. Avanzada.
- Salvi, D. (1988). *Responsabilidad extracontractual*. Enciclopedia del Derecho. Giuffre
- Sánchez, F. (2014). *Derecho Mercantil*, Thomson Reutero.
- Savatier R. (1958) *Traité de la Responsabilité Civil en Droit français*. LGDJ.
- Schwartz, G. (1979). *Foreward: Understanding Products Liability*, 67 California Law Review 438 Universidad de California.
- Sierralta, A. (1994). El Contrato de franchising. *Ius Et Veritas* 5, 31-37. PUCP.
- Sierralta, A. (1997). *Contratos de Comercio Internacional*. PUCP

- Soria A. Osterling M. (2014) *Contratos Modernos*. UPC Aplicadas.
- Soria, A. (2014). *Contratos modernos: Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. UPC Aplicadas.
- Sotomarinero R. (2007) *Responsabilidad Civil por productos defectuosos*. Ara.
- Spota, A. (1979). *Instituciones de derecho civil: contratos*. Depalma.
- Steiner, H. (1983). *Justification and Social Vision in Common Law Change The Case of Modern Accident Law Preliminary Draft*. Harward Law Schoool
- Stumpe, H. (1984) *El contrato de Know How*. Temis.
- Taboada, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Grijley.
- Tantaleán (2017) Autonomía de la Responsabilidad Civil y la Responsabilidad Administrativa del funcionario público en actividad. *en Revista Actualidad Civil* número 36. Instituto Pacifico.
- Torrente C. Galindo H. y Altudo S. (1995) *Las franquicias*. Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.
- Ubiol, E. (2016). *Contratos mercantiles*. Grijley.
- Urquidi F (2012) *Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia*, Tesis de Maestría Universidad Andina Bolívar Repositorio Institucional.
- Valle, J. (1987). *La autonomía del derecho comercial y su crisis*. Cultural Cuzco.
- Vásquez, R. (2009) *Daños y perjuicios por productos defectuosos*. San Marcos.
- Velásquez H. (2018) *La franquicia en el Perú desde la perspectiva jurídico, económico y social y la necesidad de regulación específica. Su desarrollo en la economía peruana en el periodo 2009-2016*. Tesis. UNSA Rep. Institucional.

- Vera K. *Planteamiento Regulatorio del Contrato de Franquicia en el Perú*. Tesis de Maestría ante la UPC Aplicadas. Repositorio Institucional.
- Vidal, F. (2004). *Los sistemas de RC extracontractual en el Código Civil Peruano*. Grijley.
- Wade J. (1973) on the nature of strict tort Liability for products in 44LJ 825 EE UU.
- Woolcott, O. (2001). *Apuntes y reflexiones sobre el régimen de la RC del productor en el Perú*. Puesta *Advocatus*, numero 5, Universidad de Lima 85-102
- Woolcott (2003) *La responsabilidad del productor, Estudio comparativo del modelo estadounidense y el Régimen de la Comunidad Europea*.
- Zalamea, C. (2014). *Responsabilidad Civil derivada de productos defectuosos*. Ibañez.
- Zannoni, E. (1984). *Responsabilidad por Productos Elaborados*. Astrea.
- Zorrilla G (2019) *La necesidad de una regulación de la franquicia: promoviendo y protegiendo la inversión en el Perú*. Tesis Universidad Ricardo Palma. Repositorio Institucional.

Normas Legales

Relación de las normas legales nacionales, extranjeras y comunitarias. Lo de (p. numero) es en que página en donde se encuentra citado.

- CC del Perú de 1984, artículo 1970 p.1
- Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú del año 2010. p.3
- Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú del 1° enero 2010 artículo 101 y 103 p.4
- Directiva Europea N°347 del 25 de julio de 1985. p.9
- Casación N°2248-98 publicada en la edición del Diario Oficial El Peruano del 23 de abril de 1999 p.10
- Antigua Ley de Protección del Consumidor del Perú (DL 716) y especialmente su artículo 32 p.11
- Tort of negligence. Regla enunciada por la Corte en el caso de Winterbottom Wrigth p.59
- Caso de Schubert v. J:R.Clark Co. p.60
- Uniform Commercial Code sección 2. p.61
- Corte Suprema del Estado de California, en una decisión unánime, consagró jurisdiccionalmente por primera vez la tesis de la strict liability in tort del fabricante de un producto defectuoso, en el caso Greenman V. Yuba Power Products Inc., resuelto en 1963. p.62
- Ley Española 26/1984 del 14 de Julio 1984 de Defensa de los Consumidores y Usuarios.p.65

- Ley Española 22/1994 del 06 de julio de 1994 sobre responsabilidad por daños causados por productos. p.65
- Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero del 2016 referida a los artículos 1246 y siguientes del Código Civil francés. p.68
- Ley francesa del 21 de mayo de 1998. p.68
- Artículo 1382 y 1147 del Código Civil francés p.68
- Artículo 1245 del Código Civil francés p.68
- Artículo 1245-3 párrafo 1 del Código Civil p. 68
- Decreto de 11 de febrero 2005 p. 69
- Artículo 1245-1 del Código Civil francés p. 69
- Artículo 1245-2 del Código Civil francés p. 69
- Artículo 1245-4 del Código Civil francés p. 69
- Artículo 1245-10 del Código Civil francés p. 70
- Artículo 1245-15 del Código Civil francés p. 70
- Artículo 1245-16 del Código Civil p. 70
- Ley alemana Arzneimittelgesetz (AMG) de promulgada en el año 1976 entró en vigor el 1ro de enero de 1978. p. 70
- Artículo 823 del BGB. Código Civil alemán p. 71
- Convención Europea sobre Responsabilidad por productos defectuosos en lo concerniente a daños personas y muerte que fue abierta para su firma por los Estados miembros el 27 de enero de 1977 p. 74.
- Artículo 2176 de Código Civil Argentino p. 75
- Artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal p. 77

- Ley Federal de Protección al Consumidor de México que fue promulgada en 1975, entrando en vigor el 05 febrero de 1976 p. 7
- Artículos 2,3, 5, 13, 31, 33 y 34 del D.L. 716, la Ley de Protección al Consumidor del Perú p. 78
- Ley del 21 de mayo de 1998 de Francia.
- Código Civil alemán de 1900
- Ley alemana la Arzreintelgestz del 1° enero 1978
- Convención de Roma de 1980, p.73.
- CC del Distrito Federal de México p.68
- Artículo 2176 del CC Argentino p.75
- Artículo 1796 del CC del Distrito Federal de México p.77
- Decreto número 3466 de 02 de diciembre de 1982 de la Presidencia de la República de Colombia p. 79
- Instituto de Derecho Comercial Internacional (UNIDROTT) y su definición sobre franchising p.79
- Artículo 1,3,36 del Decreto número 3466 de 02 de diciembre de 1982 p.79
- Artículo 1352 del CC peruano p.82
- Artículo 1354 del CC peruano p.83
- DL N°823 Ley de Propiedad Industrial del Perú. Del 2 de abril de 1996, p.
- Reglamento de la Comunidad Europea 407/88. p.96
- Constitución Política del Estado del Perú de 1993 artículo 2do., inciso 2 p. 96
- Guía de la OMPI (2004) p. 105
- Ley de Protección del Consumidor de Perú p.111

- Artículo 1353 del CC del Perú p. 113
- Código de Comercio art. 50 al 63 p.114
- DL 1044 Artículo 16. p.114
- DL 1075 p.115
- Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 15 p.115
- La Ley del Impuesto a la Renta, sancionada por el Decreto 774 artículo 27 p.105
- DL 807 anterior, Ley sobre normas y organización del Indecopi aprobado el 16 de abril de 1996, artículo 56 y derogado por el DL N°1033 del 24 de junio del 2008, p. 115
- Decisión No. 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena p. 108.
- Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones del 14 de setiembre del 2000 p. 115.
- Decreto número 3480 del 12 de diciembre de 1992 emitido por la Presidencia de la República de Colombia sobre responsabilidad por productos que fue derrocado por la Ley 7480 nuevo Estatuto del Consolidado de Colombia del 2011 P. 109.
- DL 1075 p. 115.
- Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que facultó al entonces organismo nacional competente Comité. (Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras) a aprobar los contratos de importación de tecnología p. 115
- Decisión 220 del Acuerdo de Cartagena sobre Régimen Común de tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas patentes, licencias y regalías p.115

- Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, el artículo 12 y 13 que sustituye a la Decisión 220 como nuevo Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, p. 117
- Artículo 14 de la Decisión 291 p.117
- Artículo tercero y artículo 2 del DL No. 662, Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras p.119
- Decreto Ley 25858, Ley de creación del Indecopi, en su artículo 30, p.119
- DL 662 p.119
- DL 807 p.121
- DL 1044 p.121
- Reglamento CEE 4087-88 p.114 p.122
- Reglamento de Exención Comunitaria N°330/2010 de 20 de abril del 2010, p.122
- Código Deontológico Europea de Franquicia del año 2016, p.123
- Reglamento de Exención Europeo N°316/2014 de la Comisión Europa del 21 de marzo del 2014 p.125
- CA. Paris, 13 de noviembre de 2013. RGA 11/23264 p.126
- Tribunal de casación, se pronunció en un fallo del 8 de junio del 2017 p.126
- Ley 71-1996 de Ordenamiento de Comercio Minorista de España del 15 de enero de 1996 p.127
- Real Decreto de España número 20/2010 p.127
- Reglamento CEE N°.4087-88 del 30 de noviembre de 1988 p.127

- Reglamento CEE N°2790/1999 de la Comisión Europea del 22 de diciembre de 1999, p.128
- Reglamento CEE N°330/2010 p.121, p.128
- Artículo 1763 del CC y Comercial de la Nación de Argentina, p.129
- Resolución N°05 del 23-08-96 p.129
- Artículo 8,9,10 del DL No.716, p.129
- Resolución No. 095-96-ICTI/SAC/INDECOPI del 11-12-96 p.129
- Caso Dyazide resolución N°940 del 20-07-98 p.129
- Artículo 1696 del CC p. 131
- Artículo 196 del Código Procesal Civil p.132
- Artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor p.132
- Artículo 1970 del CC p.132
- Resolución del 23-11-98 p.133
- Artículo 13 de la Ley de Protección del Consumidor de Brasil, p.133
- Artículo 200 del Código Procesal Civil p.133
- Artículo 101 de la Ley 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor. p.133
- Artículo 32 del DL 716, Ley de Protección del Consumidor vigente p.134
- Artículo 34 de la Ley 17189 en Uruguay, del 20-09-99 p.134
- Artículo 1150 del CC Peruano p.135
- Artículo 1314 del CC Peruano p.136
- Procedimientos judiciales interpuestos por Ellas Espinoza Rivera (exp.88-92) ante el 12 Juzgado Civil de Lima y el interpuesto por Christian Nazario Villalba

contra Embotelladora Romero S.A.A sobre indemnización por daños generados contra dicho consumidor en los que adicionalmente se disponen importes mínimos de indemnización, p.138

- Expediente 60867-1997. p.138
- Expediente 518-96. p.138
- Expediente 37329-199. p.139
- Resolución 076-2000 de 5 de diciembre del 2000 p.135
- En la página 133 se hace referencia 4 resoluciones judiciales y 1 disposición de la Corte Suprema de Justicia de la República, p.139
- En la página 141 hay 11 sentencias p.141
- Artículo 1970 del CC p.142
- Resolución 2687-2015/SPC, Indecopi en su fundamento 14. p.142
- Artículo 240 del Texto Único y Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General p.142
- Artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor p.143
- Inciso e del artículo sétimo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas. No. 85-374 del 28-07-85 p.144
- Artículo 25 del actual Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú p. 145
- Artículo 9 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil p.146
- Ley de Protección del Consumidor del Brasil N°8078 del 11-09-90 en su artículo 12 p.146
- Artículo 32 de la antigua Ley de Protección del Consumidor del Perú p.147

- DL 716 del 6 de noviembre de 1991, antigua Ley de Protección del Consumidor del Perú, p.147
- Artículo 101 y 102 del Código de Protección y Defensa del Consumidor p.148.
- Artículo 1107 del CC argentino. p.147
- Convención Europea en su artículo 8 p.159
- Directiva 347 del 25 de julio de 1985 p.159
- Artículo 823 I, artículo 823 II, artículo 824, artículo 825, artículo 831, artículo 834, entre otros. Código Civil alemán y BGB p.161
- Resolución del Consejo del 19 de diciembre del 2002 p.164
- Primer informe de la Comisión del 13 de diciembre de 1995 p.164
- Informe de la Comisión del 31 de enero del 2001 p.166
- Artículo 601 del BGB p.166
- Ley No. 173 del 17 de agosto del 2005. Italia p.168
- Directiva 13 del año 1995 p.168
- Artículo 33 del Código de Consumo p.168
- Artículo 1902 del Código Civil español, p.169
- Sentencia del 20 de julio de 2020 p.169
- Constitución de la Republica de Portugal de 1976 en su art. 60 inciso 1 p.169
- Ley 29/81 de Portugal del 22 de agosto de 1981. p.169
- Ley de Defensa del Consumidor en su artículo tercero p.169
- Sentencia del 14 de noviembre de 1984. P.169
- Ley 22.426 Argentina p.170
- Ley 22.264 Argentina p.170

- Ley 22.362 Argentina p.170
- Ley 24240. Ley de Protección y Defensa del Consumidor del 22 de septiembre de 1993, en el artículo 40. Argentina p.171
- Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990. Código de Defensa del Consumidor de Brasil p.172
- Artículo 5 numeral 30 de la Constitución de Brasil de 1988 p.172
- Artículo 85, artículo 10 y artículo 12 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil p.172
- Ordenanza 618/2019 del Ministerio de Justicia de Brasil p.172
- Ley Federal de Protección del Consumidor de México de 1975 en vigencia desde el 05 de febrero de 1976, artículo 245 p. 172
- Ley Federal de Protección del Consumidor de México del 24 de diciembre de 1992, vigente, destacando los artículos 92 y 93, p.173
- Ley 1480 del 12 de octubre del 2011, nuevo Estatuto del Consumidor de Colombia, destacando los artículos 20 y 78, p. 173
- Artículo 21 de la Constitución de Colombia p.177
- Ley 19496 Ley de Protección y Defensa del Consumidor de Chile (LPCD) del 7 de marzo de 1997, de la que se menciona especialmente el inciso 1 del artículo 23 p.177
- Ley No 453 del 6 de diciembre del 2013, Ley General de los Derechos de los Usuarios y Consumidores de Bolivia, mencionando especialmente el artículo 9 numeral 1 p.178.
- Artículo 36 de la Ley No. 17189 del 20 de setiembre de 1999 de Uruguay.p.178

- Artículo 12 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil p.174
- Artículo 24 del Estatuto del Consumidor de Colombia p.176
- Artículo 40 de la Ley 24240, Ley del Consumidor de Argentina. p.183
- Artículo 1351 del CC Peruano p.171
- Ley 172550 del 11 de agosto del 2000, Ley de Relaciones de Consumo.P.178.