

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS Y SERVICIOS DEFECTUOSOS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Hernán Figueroa Bustamante

*Profesor en Derecho Bancario, Financiero y Comercial
de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.*

SUMARIO: Introducción. Contratos Modernos de Empresa. I.- Contratos de Comercialización. II.- Contrato de Franquicia. 1. Antecedentes. Partes Intervinientes. 2. Naturaleza Jurídica. a) Características. b) Elementos. 3. Derechos y Obligaciones del franquiciante y de franquiciado. 4. Ventajas y Desventajas. III.- Responsabilidad Civil. 1. Concepto. Omisión de Prestación y Prestación Defectuosa. 2. Características. a) El Deber de Buena fe. b) La conducta desleal. 3. Distinción de la responsabilidad civil contractual por inejecución de las obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. 4. La responsabilidad civil por productos defectuosos. Concepto de Producto Defectuoso. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de las partes en un contrato de franquicia (franchising), frente a un producto defectuoso. Conclusiones. Recomendaciones.

INTRODUCCIÓN

Las modificaciones introducidas en la legislación peruana destinadas a implantar una economía basada en los principios del Mercado y la Libre Competencia, han traído como consecuencia lógica la aparición de nuevas formas contractuales especialmente aptas para adaptarse a un mercado competitivo y globalizado. Vemos entonces como las tradicionales figuras civiles y mercantiles contempladas en el Código Civil y la legislación comercial se ven complementadas - y a veces desplazadas - por los nuevos contratos, dado que estos suelen ser más flexibles, dinámicos y al mismo tiempo seguros; estas figuras resultan especialmente atractivas para los inversionistas, sean nacionales o extranjeros, puesto que nuestras antiguas normas suelen ser consideradas rígidas, poco prácticas y alejadas de la realidad.

La década que vivimos, ha sido y es de profundos cambios políticos, económicos y tecnológicos realmente impresionantes por su rapidez y profundidad. La apertura de la economía peruana nos ha devuelto a un mundo del que lamentablemente habíamos estado ausentes en los últimos tiempos. Con la reinserción de nuestro país en el mundo económico y financiero, la derrota de la inflación y el terrorismo y la modernización de nuestra infraestructura básica, el Perú volvió a ser un punto a tener en cuenta en la percepción de los inversionistas extranjeros. La emergente economía peruana viene convirtiendo al país en un lugar de oportunidades para hacer negocios.

Es en este escenario donde nuestro trabajo se desarrolla, pues es desde allí, donde se empieza a vivir una revolución no menos importante: la de la "CONTRATACIÓN", siendo específicamente el tema a desarrollar "LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA".

LOS CONTRATOS MODERNOS DE EMPRESA

La aparición y desarrollo de nuevos tipos contractuales y nuevas formas de contratar reflejan de un lado el entusiasmo y la decisión de los inversionistas, del otro también la cautela y búsqueda de garantías y

seguridades. Es así, que en la actualidad los inversionistas prefieren compartir los riesgos con empresarios locales, mejores conocedores del medio. De esta manera surgen toda una gama de contratos asociativos y de alianzas empresariales.

Los Contratos Modernos de Empresa que se vienen utilizando últimamente en la actividad económica, ya hace muchos años han sido utilizados, por lo que en realidad no son cronológicamente modernos.

Son contratos que en algunos casos se remontan al Derecho Romano, pero que han recuperado vigencia en el siglo XX, tal es el caso del "Fideicomiso", y así como este hay otras modalidades como el contrato de Distribución, el contrato de Concesión Privada, el contrato de Agencia que tienen antecedentes en siglos pasados pero ahora por la dinámica del comercio están recuperando vigencia.

La creación de nuevos contratos que no son típicos, que no están legislados, pero existen, tienen cada vez más importancia tales como: La Tarjeta de Crédito que es un instrumento que permite movilizar dinero sin entregarlo, el Underwriting que es el contrato de colocación de acciones, El contrato de Arrendamiento Financiero (Leasing) que facilita enormemente la financiación de empresas que no tienen a veces los recursos necesarios para llevar adelante sus actividades, y mediante el cual se realiza una operación de financiamiento con un banco o entidad financiera la que compra productos a proveedores y después los arrienda al beneficiario, al que los necesita con una característica, con un derecho a comprarlos, El Know How que es el contrato de licencia de tecnología para adquirir conocimientos de otra persona que las tiene en calidad de secretos.

Intentar un listado de las principales necesidades que han buscado ser cubiertas por estos llamados "contratos modernos" o contratos de empresa es una tarea riesgosa ya que la actividad empresarial, el ingenio del empresario y la velocidad del tráfico comercial hoy en día provocan que continuamente se estén reinventando y redefiniendo las formas de contratar.

I. CONTRATOS DE COMERCIALIZACIÓN

Hasta hace algunos años se pensaba que bajo la sombra de la compra - venta podían cubrirse todas las situaciones contractuales en las que uno o más bienes eran entregados por una parte a la otra a cambio de una contraprestación dineraria. Con el correr del tiempo y el desarrollo del comercio, la compra - venta en cierto modo ha dejado paso a contratos comerciales que cumplen una función más específica y que forman parte de un sistema económico de vital importancia para nuestro ordenamiento económico y social.

Entre los principales contratos de comercialización encontramos los siguientes: Distribución, Agencia, Corretaje, Comisión Mercantil, Estimatorio, Consignación, Concesión, FRANCHISING.

II. EL CONTRATO DE FRANQUICIA - "FRANCHISING"

Desde la óptica empresarial, resulta igualmente común ver que en un mercado cada vez más competitivo, los inversionistas busquen minimizar riesgos, aprovechando los beneficios que importa el incorporarse a una cadena de negocios exitosa mediante el sistema de Franquicias y accediendo de esta manera a una infraestructura de servicios, estudios de mercado, créditos, publicidad y contando con el derecho a utilizar elementos de propiedad intelectual reconocidos, tales como marcas, nombres comerciales, diseños industriales, software, patentes, secretos industriales, entre otros, logrando así una forma de expansión y penetración rápida a la cadena de distribución y comercialización de productos y servicios de un negocio que demuestra ser rentable, con el consiguiente ahorro de recursos propios. Se presenta así el Contrato de Franquicia.

En el Perú somos testigos del auge del Franchising y disfrutamos, de la calidad y servicios de franquicias extranjeras y con un gran número de empresarios que han desarrollado franquicias nacionales, tal es el caso de Pardos Chicken, Mediterráneo Chicken, Pastipizza, Inca Kola, entre otras. Sin embargo, no solo la comida rápida (fast food) desarro-

lla el sistema, la experiencia internacional indica que cualquier empresa que sea estandarizada en sus procedimientos es susceptible de ser franquiciable ¹.

1. ANTECEDENTES

El tema del origen del contrato de franquicia sigue motivando encuentros y desencuentros en la doctrina nacional y comparada; los historiadores han desarrollado varias teorías, todas ellas, quizá, con la única pretensión de aportar argumentos consistentes que den, en efecto, algunas luces sobre esta cuestión. Su origen histórico lo encontramos en la expansión de marcas de reconocido prestigio como Mc Donalds desde 1960 en E.E.U.U.

Por ello, el Franchising o franquicia comercial es, sin lugar a dudas, un excelente sistema de comercialización de bienes y servicios en virtud del cual una de las partes es siempre una persona jurídica de gran raigambre económica y mucho éxito denominada franquiciante, que otorga a otra persona natural o jurídica que tiende a incrementar su exiguo mercado y capital denominado franquiciado su sistema, de producción y comercialización compuesto por marcas, colores, signos distintivos, conocimientos técnicos y comerciales, así como la asistencia técnica necesaria durante la vigencia de la relación contractual. En contraprestación recibe el franquiciante el pago por concepto de derecho inicial; es decir, por tener acceso al sistema y regalías periódicas sobre la base de los ingresos del franquiciado.

En el Franchising, el Know How puede ser un contrato accesorio, que sigue la suerte del principal, vale decir del franchising, sin embargo, el Know How puede ser también un contrato principal, si es suscrito en forma independiente de otras modalidades contractuales. El Franchising es un modus contractual que se aplica en todo el orbe, a pesar de no contar con una legislación que la regule; tal es el caso de países europeos como Alemania, Inglaterra, Suecia, Espa-

¹ Cáceres Barraza, César Augusto: El Contrato de franquicia, Cultural Cuzco, Lima 1997.

ña, Suiza, Bélgica y otros, lugares donde no es posible encontrar una definición legal; como en Japón.

PARTES INTERVINIENTES

Las partes intervinientes en el contrato.

1. Franquiciante

Es el propietario del negocio, es decir, de los signos distintivos, patentes, métodos, sistema de venta, que autoriza a otra persona ya sea natural o jurídica su implementación y explotación bajo su propio control y asistencia.

2. Franquiciado

Es, la persona autorizada a abrir un nuevo establecimiento dedicado a explotar el negocio, signo distintivo, patente, sistema de venta, propiedad del contratante, quien prestará la asistencia necesaria para ejecutar la explotación.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El Franchising en el Perú es un contrato atípico, ya que no cuenta con una norma que lo regule específicamente. En tal virtud, las partes contratantes tendrán que acudir a normas supletorias que regulen sus obligaciones. En nuestro país, por extensión, se ceñirán a lo estipulado en el Código Civil - Libro VII - Fuente de las Obligaciones, en su artículo 1353° que estipula que "... Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la sección primera de la norma en mención; salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato". De lo citado se infiere que la norma en mención servirá de parámetro regulador básico en el caso de contratos innominados como: Franchising, Joint Venture, Underwriting, Factoring, Swap, Engineering, Renting y otros.

Por lo tanto, si se piensa en establecer rígidos los lineamientos o condiciones para su celebración el contrato de franquicia se vería limitado en su crecimiento, lo bastan normas generales. Un aboga-

do de Dinamarca o de Alemania, sabe perfectamente como un abogado peruano los alcances del contrato. Como señala Benavides ² "no se necesita una ley o un Código para que el contrato funcione y ahora con mas razón que está en plena vigencia el artículo 62° de la Constitución Política que restablece la plena vigencia de autonomía de la voluntad y que consagra que el Estado no puede interferir en el contenido de los contratos. En tal virtud bajo la autonomía de la voluntad se puede celebrar cualquier tipo de contrato complejo".

Asimismo, el Dr. Oswaldo Hundskopf ³ sostiene que una excesiva regulación desincentivaría a los empresarios a adoptar dicho esquema de expansión. Señala que la regulación no es, conveniente en esencia y que mientras más libres se encuentren los empresarios e inversionistas mejor será el futuro de las franquicias en el país.

La regulación se debe entender como el fomento de la competencia ahí donde está pobre o inexistente, La necesidad de regular no se discute. No existe la alternativa de que el Estado renuncie completamente a su papel regulador. Si es discutible y es motivo de debate el objetivo de la regulación, su calidad, su efectividad y su ámbito. Respecto al objetivo de la regulación adoptamos la noción consistente en maximizar el Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Derecho Comercial". Universidad de Lma.

bienestar social, definido como la suma de los excedentes del consumidor y del productor.

Al adoptar un objetivo de eficiencia se puede dar con bastante fuerza el argumento que, en general, la regulación es un pobre sustituto del mercado en la asignación de recursos. En consecuencia, una

² Benavides Torres, Eduardo: «Contratación Moderna e Inversión Extranjera en el Perú». Artículo publicado en Revista Themis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2003.

³ Hundskopf Exebio, Oswaldo. «Derecho Comercial», Universidad de Lima. Lima 1994.

implicancia fundamental es que la regulación debiera buscar, en primer lugar, la promoción de la competencia donde es posible que exista.

a) CARACTERÍSTICAS

Este tipo de contrato tiene diversas características que determinan su naturaleza jurídica. Se trata de un contrato consensual, atípico, bilateral, múltiple, intuitu personae, de tracto sucesivo y continuo, con prestaciones recíprocas y oneroso.

Consensual:

Como señala Paredes ⁴ es consensual desde el momento en que se perfecciona con el acuerdo de voluntades emitido por las partes en forma expresa, sin requerir en teoría de forma escrita, aunque en la práctica se plasma por escrito dada la complejidad y diversidad de cláusulas que comprenden este tipo de contratos.

Atípico

Es atípico, toda vez que no está regulado por disposición legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la que le es aplicable lo dispuesto por el artículo 1354° del Código Civil, que establece "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

Bilateral

Es bilateral porque comprende dos partes perfectamente identificables:

El dueño o propietario cedente de la franquicia, esto es, el Franquiciante; y el que utiliza la misma o es cesionario de la franquicia, a quien se le llama el Franquiciado.

⁴ Paredes Ahumada, Ricardo: «Los Contratos de franquicia». Artículo Publicado en Revista de Análisis Económicos del Derecho. Volumen 10, Noviembre de 1995.

Múltiple

Se le denomina un contrato múltiple, ya que pueden intervenir en su composición diversas modalidades contractuales como la licencia de uso de cualquier elemento de la propiedad industrial (marcas, nombres y lemas comerciales, patentes de invención, modelos de utilidad, secretos empresariales); asistencia técnica; de Know How (transferencia de tecnología y conocimientos); de distribución; de suministro de insumos y materiales primas.

Intuitu Personae

Se le denomina así, porque uno de los factores determinantes para su celebración radica fundamentalmente en la calidad y relación de confianza entre franquiciante y franquiciado, quien tiene que destacar y ser suficientemente capaz para gerenciar el negocio que es materia de la franquicia, a fin de tratar de garantizar su éxito, obviamente, con la cooperación del franquiciante, en beneficio de ambas partes.

Tracto Sucesivo y Continuo

Es considerado así, porque desde el momento de su interrelación entre las partes respecto, de la asistencia técnica proporcionada y, del control y buen manejo del negocio se llevarán a cabo desde el inicio hasta el final de la duración del contrato, sea éste o no a plazo indeterminado, diversas relaciones jurídicas.

Prestaciones Recíprocas

Se denomina contrato de prestaciones recíprocas en virtud de que cada una de las partes intervinientes se vincula con la otra, tanto respecto de obligaciones como de derechos entrelazados, mediante un negocio común en que se conjugan objetivos y se desarrolla la cooperación.

Oneroso

Tanto el franquiciante como el franquiciado se empeñarán en obtener un beneficio económico a través de las distintas contraprestaciones mutuas pactadas.

b) ELEMENTOS

Para la doctrina los elementos más comunes del contrato de Franchising son:

- a. La propiedad por parte de una persona, de un nombre, una idea, un procedimiento secreto, una pieza de un equipo especializado y el Know How asociado a todo ello. También están inmersos en ellos ese prestigio o fama de la que gozan en su medio.*
- b. La cesión de una licencia por parte del propietario a nombre de otra persona, permitiendo el uso del nombre, idea, proceso o equipo, el Know How y la buena fama.*
- c. El pago de una regalía por los derechos que se cedan, los cuales son de dos clases: el derecho de entrada y las regalías propiamente dichas.*

3. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Tal como lo mencionamos, al ser este contrato consensual, atípico, bilateral, múltiple, intuitu personae, tracto sucesivo y continuo, con prestaciones recíprocas y oneroso presenta los siguientes derechos y obligaciones:

a) RESPECTO DEL FRANQUICIANTE

DERECHOS

- 1. Al pago de la remuneración acordada en la constitución del contrato; así como, los derechos de regalía por parte del franquiciado.*
- 2. Fijar la cantidad y calidad de los productos y servicios que debe adquirir el franquiciado, de tal manera que se garantice el buen desenvolvimiento de la unidad franquiciada.*
- 3. Exigir que se respeten sus derechos de propiedad industrial puestos a disposición del franquiciado.*
- 4. Determinar los precios de venta máximos y mínimos para salvaguardar el buen nivel adquirido y probado por el franquiciante en el mismo negocio.*
- 5. Vigilar que no se conculque el prestigio de los productos y/o servicios que se entregan al franquiciado.*

OBLIGACIONES

1. Ceder el uso por parte del franquiciado de las marcas, nombres comerciales, y a transmitir el Know How, las patentes y los secretos industriales y conocimientos necesarios para el normal desenvolvimiento de la unidad franquiciada.
2. Dirigir las campañas publicitarias propias y asesorar las que sean de iniciativa del franquiciado, conjugándolas en una sola, a fin de lograr un éxito aprobado en las respectivas promociones publicitarias.
3. Controlar el manejo y buen uso de los elementos de propiedad industrial por parte del franquiciado, para salvaguardar el bien ganado prestigio conseguido a través de la fructífera experiencia obtenida desde el inicio del negocio.
4. Colaborar con la formación del personal del franquiciado, para contar con empleados idóneos y capaces de coadyuvar al buen manejo técnico de la unidad franquiciada; asimismo, proveyendo equipos, mercadería, uniformes y bazar.

**b) RESPECTO DEL FRANQUICIADO
DERECHOS**

1. Que el franquiciante le proporcione los productos que va a comercializar de acuerdo con las condiciones pactadas, de tal manera que con ellos pueda iniciar el manejo de la unidad franquiciada y continuar con ella sin mayores contratiempos ni obstáculos de índole operacional.
2. Conseguir que el franquiciante le garantice la entrega periódica de los productos que son materia de venta en la franquicia, a fin de asegurar el normal abastecimiento de los mismos, manteniendo siempre una uniforme y homogénea calidad.
3. A ser incluido en los beneficios resultantes de las campañas publicitarias, así como de las mejoras y ventajas del negocio franquiciado.
4. Debe hacer respetar el acuerdo de que el franquiciante no opere por sí mismo, o mediante otros franquiciados, en el territorio del franquiciado, siempre y cuando se haya pactado expresamente el derecho de exclusividad territorial a favor.

OBLIGACIONES

1. *Sujetarse a las regulaciones operativas impuestas por el franquiciante.*
2. *Honrar el pago de todos los derechos y regalías y cualquier otra compensación económica pactada.*
3. *Mantener el stock mínimo de los respectivos productos.*
4. *Colaborar eficazmente con el franquiciante para que revise su contabilidad.*
5. *Sujetarse a la supervisión del franquiciante respecto a las promociones publicitarias que efectúe.*

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Con relación a las ventajas y desventajas, estas de lo ya mencionado en el presente trabajo se puede inferir:

- *La ventaja principal Consiste en que para el Franquicia, es qué para el Franquiciante constituye un rápido y eficiente método de expansión de su negocio, invirtiendo poco capital en un primer momento, en atención a que cuenta con el capital más importante que está constituido por el capital humano, que desempeña labores técnicas, apropiadas, gracias al Know How adquirido del franquiciado.*
- *Otra ventaja para el franquiciante resulta del beneficio que obtiene no solo con el pago inicial, también llamado Canon, que le desembolsan todos sus franquiciados, sino, además por el pago permanente de regalías durante la vigencia del contrato*
- *En definitiva, el franquiciante no corre riesgo alguno en relación con la administración y el éxito de la unidad franquiciada, ya que quien tiene la responsabilidad diaria y permanente de la administración directa del negocio es el franquiciado, quien ha de invertir tiempo, energía y sobre todo capital, a fin de llevar adelante dicho negocio.*
- *De lo anterior deducimos, que una desventaja palpable vendría a ser, que el franquiciante, al no ser el responsable directo de la unidad franquiciada, carece de control sobre la misma, aunque no llega a perder su derecho a supervisión. Si embargo, no es exactamente lo mismo operar el negocio directamente que ha-*

cerlo mediante un tercero, aunque este último reciba del franquiciante la asistencia técnica necesaria para garantizar la idoneidad y calidad de los productos y/o servicios franquiciados.

- Una desventaja palpable en este tipo de contrato radica en la dificultad de conseguir franquiciados idóneos y financieramente sólidos, capaces de garantizar en la medida de lo posible que la unidad franquiciada tendrá el éxito proyectado en el territorio asignado para tal efecto.

III.- RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONCEPTO

Se puede definir a la responsabilidad civil como una técnica de tutela que tiene por finalidad establecer la responsabilidad por los daños ocasionados y su indemnización.

La responsabilidad civil frente al Contrato de Franquicia, puede ser analizada dentro de los siguientes supuestos:

a) OMISIÓN DE PRESTACIÓN

En la cual el deudor no ha realizado acto alguno para cumplir la prestación debida. Así tenemos:

- * Imposibilidad sobreviviente.
- * Retardo.
- * Incumplimiento.

b) PRESTACIÓN DEFECTUOSA

En la que el deudor ha realizado actos para cumplir con la prestación debida, pero "la prestación real no coincide o no se ajusta con el programa o proyecto de la prestación, tal y como se encontraba establecido en el acto de constitución de la relación obligatoria. Así señalamos:

- * Cumplimiento defectuoso, cuando hay inexactitud en el objeto de la prestación. Se contraviene el principio de identidad del pago.
- * Cumplimiento parcial, se contraviene el principio de integridad del pago.

- * Cumplimiento tardío, se contraviene el principio de oportunidad del pago.

2. CARACTERÍSTICAS

a) EL DEBER DE BUENA FE

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1362 del Código Civil, "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes." Esta disposición es una norma claramente imperativa.

El uso del verbo "deber" es una de las características de la norma jurídica imperativa. Como apunta Giorgi, las normas serán imperativas cuando acompañen las palabras "bajo pena de nulidad", "no podrán", "deben" u otras equivalentes. Obsérvese que el verbo "deber" de actuar de buena fe, no implica una recomendación o consejo del legislador; sino un mandato legal.

La primera consecuencia del carácter imperativo del citado artículo 1362 es que las partes no pueden estipular en contra de éste. Es ilegal que los contratantes pacten que no procederán de buena fe o que actuarán con mala fe. La segunda consecuencia, y la más importante, es que dado que el referido artículo 1362 tiene carácter imperativo, y por tanto forma parte de todo contrato debido a un principio de integración contractual coagente, el no negociar, celebrar o ejecutar un contrato de buena fe importa un incumplimiento contractual, con todas las consecuencias legales que el mismo produce.

El actuar sin buena fe constituye una conducta ilegal, y cuando ello se da, se dice que la parte infiel ha actuado con mala fe. En efecto, tal como apunta De Los Mozos, "la mala fe es un concepto puramente negativo que denota ausencia de buena fe"⁵.

⁵ De los Mozos, José Luis: *Instituciones de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid. 1993.

Hay que indicar que la buena fe, piedra angular de la contratación, se manifiesta en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. En el primero, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia de que lo hacen, por lo cual se le denomina "buena fe-creencia". En el segundo, la buena fe actúa como una regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto, lo que determina que se le llame "buena fe-lealtad".

b) LA CONDUCTA DESLEAL

Conforme a derecho, no existe razón alguna que justifique la conducta desleal por una de las partes del contrato, por lo que vendría a ser a todas luces una violación a la legítima convicción y confianza. Por tal razón, esta parte infiel es responsable de los daños y perjuicios que su conducta dolosa y desleal ha ocasionado a su contraparte, es así que la inobservancia de las reglas de Buena Fe da lugar a una sanción conforme a nuestro ordenamiento civil.

Como establece el artículo 1321 del Código Civil: "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve." ...

3. DISTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL (RECTIUS: POR INEJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES) Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL O AQUILIANA

La responsabilidad contractual, nacida de una relación obligacional cumple una función de cooperación respecto de una expectativa que ha quedado frustrada, ante la omisión de una de las partes (deudor). En cambio, para la responsabilidad extracontractual no existe tal expectativa frustrada. Más bien el derecho actúa bajo el influjo de un deseo de lograr una solidaridad social, que provea a la reparación ante el conflicto dado. En este sentido, la diferencia fundamental entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual reside en la naturaleza de los intereses protegidos.

Los deberes de conducta que les dan lugar son impuestos por el Derecho, se basan, primeramente en el orden público, y no necesari-

riamente en la voluntad o intención de las partes. Las acciones contractuales se crean para proteger los intereses existentes y lograr que las promesas se cumplan. Las obligaciones contractuales se imponen debido a que la conducta de las partes manifiesta esa voluntad, y se deben únicamente a los individuos específicamente señalados en el contrato.

En efecto la responsabilidad contractual se da en el entorno de una obligación previamente constituida la relación obligatoria, es un vehículo o instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y, más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios. Por ello, puede definirse con Payet que es la relación obligatoria "la relación jurídica establecida entre dos o más personas dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios a través de la cooperación de otra o bien al intercambio recíproco de bienes y servicios mediante una recíproca cooperación" ⁶. El papel del Derecho en este campo es, fundamentalmente, proporcionar un marco en el cual las partes puedan libremente establecer e intercambiar derechos y obligaciones y ejercitar acciones eficaces en el caso que las promesas sean incumplidas.

En el contexto que tenemos establecido, la responsabilidad contractual es el medio que emplea el Derecho para proteger el interés económico de las partes del contrato ante el incumplimiento. Por ello, dice Osterling que "la indemnización de daños y perjuicios está destinada a restablecer el estado de las cosas que se habían tenido en mira al concertar el contrato" ⁷.

La indemnización, en este orden de ideas, llena una función de equivalencia para equilibrar los intereses económicos en juego. El resarci-

⁶ Payet, José Antonio: *La Responsabilidad por Productos Defectuosos*. Tomo II, p. 488, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica, Lima 1990.

⁷ Osterling Parodi, Felipe: *Derecho de la Obligaciones*. Castillo Freyre, Marco. Editorial Palestra. Lima 2003.

miento es, pues, el equivalente económico y jurídico del cumplimiento, la recomposición del patrimonio, mediante una suma de dinero.

Lo que se protege mediante la responsabilidad contractual, son las expectativas razonables de las partes. Por ese motivo, se admite, en general, que, salvo culpa inexcusable o dolo, el deudor sólo responde de los daños que podían preverse al tiempo de constituida la obligación.

La función de la responsabilidad extracontractual, en cambio, es totalmente diversa. La responsabilidad extracontractual se preocupa de la reparación de daños que se producen como consecuencia de la interacción fáctica de los individuos en la sociedad, con prescindencia de la preexistencia de relaciones jurídicas entre ellos. En tal sentido, la función de la responsabilidad en el ámbito extracontractual es proveer a la reparación de tales daños procurando a la vez, crear incentivos a la colectividad para que se eviten daños similares, en caso que esto sea posible.

4.LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

a) ¿QUÉ ES UN PRODUCTO DEFECTUOSO?

Un producto es denominado defectuoso cuando sus riesgos son mayores que sus beneficios. De esta manera se entenderá por producto defectuoso a aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

La presencia de un defecto en el producto constituye un elemento esencial para la configuración de una hipótesis de responsabilidad civil por productos. En efecto, el producto defectuoso para efectos de la responsabilidad civil debe ser considerado como un producto peligroso.

Teniendo en cuenta la definición de "producto defectuoso", el uso o el consumo de un bien o de un servicio puede llegar a producir un

daño, debiendo ser este reparado. Ahora, la problemática se centra en "quien debe de repararlo". **DEBEMOS ANALIZAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL YA SEA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PARTES DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA** y si el Derecho del Consumo de nuestro país será aplicable o no en estos casos. Por ello, a continuación detallamos la conclusión central de la presente ponencia.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PARTES DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA (FRANCHISING), FRENTE A UN PRODUCTO DEFECTUOSO.

Después de haber analizado lo correspondiente a la conceptualización, naturaleza jurídica, derechos y obligaciones de las partes, las ventajas y desventajas de un contrato de franquicia, y haber desarrollado lo concerniente a lo que implica la responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual y definido lo que es un producto defectuoso; ahora teniendo en cuenta todos los elementos vertidos anteriormente desarrollaremos la gran interrogante ¿Qué, responsabilidad tendría el franquiciante, con respecto a la elaboración de un producto defectuoso por parte del franquiciado?, será acaso una responsabilidad civil contractual o extracontractual, o no tendrá ninguna responsabilidad, o en todo caso ¿quién será el responsable?, y si esta responsabilidad es solidaria entre las partes que intervienen para la elaboración del producto.

Nuestra legislación en materia de protección y defensa del consumidor establece que la indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Señala que la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto

Si tenemos presente la norma mencionada, surge la siguiente interrogante:

¿Dicha norma será aplicable a las partes en un contrato de franquicia?, en el supuesto caso que el franquiciado comercializa un producto defectuoso, si tenemos en cuenta que el concepto de franquicia "es el contrato por el cual, el franquiciante, autoriza al franquiciado, a fabricar o distribuir y comercializar determinado producto o servicio, dentro de una zona determinada, generalmente con carácter exclusivo".

Nuestra legislación establece que tanto el comercializador como el proveedor (fabricante), son responsables solidariamente, por los daños causados a los consumidores en caso de la venta de productos defectuosos, pero si tenemos presente el concepto de franquicia podemos establecer que el Franquiciante no es proveedor y el fabricante del producto que vende el franquiciado, por lo que podemos decir que dicha normatividad midor, no será aplicable al franquiciante, en el caso supuesto de la comercialización de un producto defectuoso por parte del franquiciado. Consecuentemente en la fecha no existe una normatividad legal que pueda establecer la clase de responsabilidad del franquiciante frente al daño que cause un producto defectuoso.

Después de haber expuesto y haber demostrado que no existe norma legal alguna que regule la responsabilidad (contractual o extracontractual) del franquiciante, nuestra tarea se centrara en analizar que clase de responsabilidad le corresponde al franquiciante.

La naturaleza jurídica del Franchising es ser un contrato atípico, ya que no cuenta con una norma que lo regule específicamente. En tal virtud, las partes contratantes tendrán que acudir a normas supletorias que regulen sus obligaciones. En nuestro país, por extensión, se ceñirán a lo estipulado en el Código Civil, en su artículo 1353° estipula que "Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la sección primera de la norma en mención; salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato". De lo citado se infiere que la norma en mención servirá de parámetro regulador en el caso de contratos innominados como es el caso del Franchising.

Los contratos de Franquicia, tienen una tipicidad, lo que le otorga especialidad con respecto a los demás contratos de "comercialización" Cuenta como uno de sus principales componentes el hecho de que la referida autorización comprende el uso de la marca en la cual el franquiciante es el titular y por el asesoramiento tecnológico y comercial que éste presta al franquiciado (Know-How), por el cual este último abona un derecho de entrada y regalías periódicas, y se caracteriza por la independencia jurídica y financiera de los contratantes. Esto es que el Derecho del Consumo plantea la responsabilidad solidaria entre el proveedor y al vendedor de un producto defectuoso; pero acaso ¿el franquiciado será un proveedor del franquiciante?. A nuestro punto de vista si es un proveedor de la marca, de asistencia técnica especializada en la elaboración de productos, proveedor de conocimientos, etc.; pero la norma mencionada no se refiere a ese tipo de proveedor, sino aquel que brinda los materiales e insumos para la elaboración del producto, consecuentemente dicha norma no será aplicable para estos casos.

A efectos de proteger al consumidor frente a la elaboración de un producto defectuoso y de responsabilizar al franquiciante y a los proveedores, formulamos la siguiente propuesta normativa:

"La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

La responsabilidad de los diversos proveedores de: insumos, conocimientos y asesoría técnica en para la elaboración de un producto conforme a este artículo es solidaria".

Sin perjuicio de ello, cada proveedor debe tener derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto"

De esta manera, se estaría comprendiendo expresamente a los proveedores de insumos, conocimientos y asesoría técnica.

CONCLUSIONES:

En la actualidad, existen puntos resaltantes a tomarse en cuenta, tanto, de la realidad globalizada como la asistente en nuestro país. A continuación, procederemos a nombrar los puntos que a nuestro criterio tienen mayor relevancia:

La Colaboración Empresarial: La llamada "colaboración empresarial" es un elemento notable en la contratación moderna. Existía, la antigua visión de las partes contractuales como enemigos que buscaban aprovecharse el uno al otro, obteniendo el máximo provecho. Esa visión actualmente ha sido reemplazada - en la contratación moderna - por la idea de colaboración en torno a un fin común.

El Updating. Este es un término que enmarca la modernización de las empresas, ponerse al día, nivelarse, actualizarse. Es así, que el ingreso de capitales extranjeros y el fenómeno de la globalización han terminado por persuadir a los empresarios nacionales de la necesidad de adecuarse a estándares internacionales para poder competir.

El Nuevo Management. Las políticas empresariales en la actualidad se enmarcan en dos puntos base: reducir costos y bajar márgenes. De esta manera el empresario peruano busca aprender a pensar globalmente, invirtiendo en la capacitación de su personal, investigación y en recursos humanos.

En referencia a la Responsabilidad Contractual y Extracontractual, tenemos que de acuerdo a nuestra normatividad vigente y la jurisprudencia y doctrina tomada en cuenta, tenemos que, como señalaron Callero de Cabo⁸ y Espinoza⁹⁹, la parte que incumple la promesa de contratar, es decir, que viola el deber de buena fe durante la ejecución de aquella,

⁸ Patricia Callero de Cabo: La Responsabilidad por daños derivados del Suministro final de Productos Defectuosos.

⁹ Espinoza Espinoza, Juan: Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Lima 2002.

se encuentra obligada a resarcir totalmente a su contraparte no solo en el daño patrimonial, sino también en la legítima expectativa de ganancia frustrada.

Recomendaciones:

En las consideraciones opuestas se evidencia la debida protección al consumidor frente a la elaboración y circulación de productos defectuosos, por lo que se debe estimar que es necesaria la intervención adecuada del Estado. Siendo el Perú un país, donde la mayoría de la población se halla sumida en la pobreza, se hace aún más necesario un control adecuado de los productos que los diversos estratos socio económicos consumen, para asegurar la vigilancia y tutela de una mejor calidad del producto comercializado.