

**EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL CONSUMIDOR
AL TITULAR DE LA MARCA RESPALDADORA:
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**

FELIPE ARIAS GUTIÉRREZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015**

EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL CONSUMIDOR AL
TITULAR DE LA MARCA RESPALDADORA:
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

FELIPE ARIAS GUTIÉRREZ

Monografía presentada para optar al título de Abogado

Asesora

MÓNICA RESTREPO RUIZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2015

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

MEDELLÍN, 16 DE JUNIO DE 2015

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS	9
1.1 LA MARCA	9
1.1.1 Concepto jurídico de la marca	10
1.1.2 Funciones de la marca	12
1.1.2.1. Función distintiva	12
1.1.2.2 Función indicadora de calidad	15
1.1.2.3 Función publicitaria o atractiva	17
1.1.2.4 Función condensadora del <i>goodwill</i>	18
1.1.3 Marca respaldadora y marca respaldada	19
1.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	21
1.2.1 Fundamento constitucional	21
1.2.2 Ámbitos de responsabilidad	22
1.2.3 La responsabilidad por los productos	23
1.2.3.1 Ruptura de la relatividad contractual	24

1.2.3.2 Solidaridad entre productor y proveedor	26
1.2.3.3 Responsabilidad objetiva	27
1.3 EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL DERECHO PRIVADO	29
1.3.1 Fundamento del principio	30
1.3.2 Elementos del principio	32
2. LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DE LA MARCA RESPALDADORA	35
2.1 DESARROLLO EN EL DERECHO ESPAÑOL	36
2.2 DESARROLLO EN EL DERECHO COLOMBIANO	42
2.3 PROPUESTA	44
2.3.1 ¿Dentro de las funciones que la marca cumple en el mercado, es posible atribuirle la generación de una confianza en el consumidor respecto de ciertas cualidades o características presentes en el producto que la misma identifica?	46
2.3.2 ¿La confianza que se crea en el consumidor derivada del uso sobre un producto de una marca respaldadora puede dar lugar a la generación de una expectativa legítima?	53
2.3.3 ¿Como consecuencia de la generación de confianza legítima en	57

el consumidor, resulta jurídicamente posible comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora ante el incumplimiento, imputable al productor y/o al proveedor, de las obligaciones propias del ámbito de la responsabilidad por garantía legal?

2.4 CONCLUSIONES

60

BIBLIOGRAFÍA

63

INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples novedades introducidas por la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del consumidor–, ha pasado bastante desapercibido para los numerosos estudios doctrinales que se han adelantado desde su promulgación, el aspecto relativo a la inclusión, dentro de los sujetos considerados como responsables en el ámbito de los productos defectuosos, del llamado “productor aparente”, es decir, quien utiliza su signo distintivo sobre un producto.

Sin embargo, si se observa con detenimiento la redacción de dicha norma (artículo 20), se advierte que la consagración legal de la figura del productor aparente no proporciona una respuesta completa y satisfactoria en términos de protección del consumidor a los supuestos –cuya ocurrencia en el mercado es bastante frecuente– en los cuales se encuentran productos o servicios avalados por una marca respaldadora cuyo titular es un sujeto diferente al productor o proveedor de los mismos. En este sentido, surge el siguiente problema jurídico: ¿Resulta posible extender al titular de este tipo de marca la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones que el productor y proveedor de un bien o servicio adquieren frente al consumidor?

De acuerdo con lo anterior, en el presente escrito se pretende analizar la posibilidad de aplicar una responsabilidad de este tipo a la luz del régimen de protección al consumidor vigente. Para tal efecto, se comenzará por exponer, en un primer capítulo, tres conceptos particulares con el propósito de brindar un contexto en el cual se pueda situar el análisis sobre la materia; estos son: la marca, la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor y el principio de confianza legítima en el derecho privado.

Posteriormente, en un segundo capítulo, se abordará el problema jurídico mencionado, partiendo del desarrollo de la figura del productor aparente en el derecho español, que se tomará como referente del derecho comunitario europeo –paradigma de la evolución jurídica mundial en materia de protección del consumidor–; pasando luego a analizar

puntualmente la solución que dentro del ordenamiento jurídico colombiano plantea el Estatuto del consumidor. Acto seguido, se intentará proponer una solución en torno a la posibilidad de comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora, utilizando para ello los elementos expuestos a lo largo del primer capítulo. Dentro del desarrollo de esta propuesta se hará especial énfasis en la construcción de un fundamento para tal tipo de responsabilidad, así como en la precisión de su alcance. Para finalizar, se expondrán algunas conclusiones.

1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

El propósito de este capítulo es delimitar las nociones básicas que servirán para situar en contexto el análisis que se realizará en el capítulo 2. Para tal efecto, este se dividirá en tres secciones:

- En primer lugar se expondrá el tema de la marca (**Sección 1.1**).
- En segundo lugar se desarrollará el tema de la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor (**Sección 1.2**).
- Por último se explicará el principio de confianza legítima en el derecho privado (**Sección 1.3**).

Con lo anterior, no se pretende de ninguna manera presentar una exposición completa, ni mucho menos exhaustiva, del tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal sobre los respectivos temas, lo cual excedería el alcance del presente escrito, sino que se busca únicamente delimitarlos conceptualmente de manera general, haciendo énfasis en los aspectos que se consideran de especial relevancia dentro de cada uno de asuntos tratados. Esto, como se dijo, siempre con el propósito de proporcionar los fundamentos conceptuales que se utilizarán para en el análisis que se desarrollará en el capítulo 2.

1.1 LA MARCA

La importancia de la marca¹ en el mercado está dada por razones que interesan tanto a empresarios como a consumidores, pues ésta cumple funciones fundamentales dentro del tráfico mercantil. Entre otras, la marca desempeña las siguientes funciones:

¹ Es necesario advertir de antemano que la marca constituye únicamente una especie dentro del género de los signos distintivos, y que si bien las consideraciones que se desarrollarán en el presente trabajo podrían ser aplicables a ésta categoría en general (los signos distintivos), se desarrollará la exposición solo a partir de la marca por ser ésta el signo distintivo por excelencia.

(...) [la marca] individualiza un producto o servicio respecto de otros de su misma categoría o de la competencia, identifica el origen de los bienes y servicios y de las empresas o comerciantes que los producen o prestan, permite asociar los productos y servicios con una cierta calidad y, de esa forma, ofrecer una garantía para los demás comerciantes, constituye un elemento esencial para publicitar las mercaderías y servicios a los cuales se le vincula y para atraer clientela, confronta a los productores de bienes y servicios que los comercializan y, para finalizar protege tanto al titular del registro frente a terceros que quieran aprovecharse del signo distintivo como al consumidor, porque le asegura a este último el producto que desea adquirir e identifica al comerciante ante cualquier reclamación que haga el usuario².

En este sentido, puede afirmarse que la marca es el elemento de mayor importancia en el vínculo que el comerciante establece con sus consumidores, por lo cual ésta puede llegar a convertirse en su activo más valioso. De ahí que la protección del signo marcario a través del derecho sea un asunto que reviste una gran trascendencia, pues tanto los intereses de los comerciantes como de los consumidores quedarían amparados: a los primeros se les confiere un derecho exclusivo sobre el signo distintivo de sus productos o servicios, mientras que a los segundos se les permite identificar el origen empresarial y la calidad de éstos, evitando el riesgo de confusión y contribuyendo así a una mayor transparencia dentro del mercado.

1.1.1 Concepto jurídico de la marca

La Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante, Decisión 486), norma que contiene el régimen común sobre propiedad industrial que se aplica en los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, en el primer inciso de su artículo 134 define la marca como “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o

² LIZARAZU MONTOYA, Roberto. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014. p. 28.

servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica”.

De manera más amplia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, define la marca así:

(...) un bien inmaterial constituido por un signo conformado por una o más letras, números, palabras, dibujos, colores u otros elementos de soporte, individual o conjuntamente estructurados que, perceptible a través de medios sensoriales y susceptible de representación gráfica, sirve para identificar y distinguir en el mercado los productos o servicios producidos o comercializados por una persona de otros idénticos o similares, a fin de que el consumidor o usuario medio los identifique, valore, diferencie, seleccione y adquiera sin riesgo de confusión o error acerca del origen o la calidad del producto o servicio³.

Una vez adquirido el derecho sobre la marca, surgen en cabeza de su titular una serie de prerrogativas propias del derecho de propiedad, las cuales se pueden dividir en dos facetas: una positiva, que permite el uso del signo en el mercado, y una negativa que permite impedir que terceros usen en el comercio signos idénticos o similares al que se tiene registrado. Por eso se afirma que la adquisición del derecho sobre la marca a través de su registro tiene como principal efecto la concesión de un derecho de uso exclusivo y excluyente en el mercado y por tanto, su oponibilidad frente a terceros.

La faceta positiva del derecho sobre la marca comprende los siguientes tipos de actos: el *usus* (entendido como el derecho a usar la marca), el *fructus* (el derecho a obtener provecho de la misma mediante mecanismos como la cesión y la licencia) y el *abusus* (es decir, la facultad de disposición). De otro lado, y como complemento necesario, existe una dimensión negativa que comprende “el derecho de prohibir que otros la usen o la exploten

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 75-IP-2014. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/75-IP-2014.docx>.

[la marca] sin autorización, que incurran en conductas que puedan ocasionar riesgo de confusión en el espíritu del público en relación con la marca o que incurran en actos que puedan atentar contra la integridad del signo o de su distintividad”⁴.

1.1.2 Funciones de la marca

La doctrina le atribuye a la marca múltiples funciones desde un punto de vista económico, es decir, de acuerdo con el rol que ésta cumple dentro del tráfico comercial; sin embargo, no todas las funciones están protegidas jurídicamente. Por lo tanto, es necesario precisar el alcance de la tutela jurídica sobre cada una de las funciones que se expondrán a continuación.

1.1.2.1 Función distintiva

La función distintiva o clásica está directamente tutelada por el sistema jurídico. En efecto, la definición legal de la marca contenida en el artículo 134 de la Decisión 486, antes citada, hace referencia a la distintividad. Esta función se entiende desde dos perspectivas:

a) Indicación de procedencia empresarial

Esta faceta de la distintividad consiste en que la marca permite a los empresarios individualizar y diferenciar sus productos y servicios de otros productos y servicios iguales o similares puestos en el mercado por parte de otros empresarios, y al mismo tiempo permite garantizar “al consumidor o al usuario final la identidad del origen del producto o del servicio, permitiendo su diferenciación de los que tienen otra procedencia, pudiendo de este modo reiterar certeramente las experiencias de compra positivas, y, a su vez, descartar aquellas que no hubieran colmado expectativas”⁵.

⁴ CASTRO GARCÍA, Juan David. *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 129.

⁵ CHIJANE DAPKEVICIUS, Diego. *Derecho de Marcas: Contratación marcaria*. Buenos Aires: Euros Editores, 2011. p. 40.

Para Castro García⁶, la función de indicación de procedencia empresarial es la que permite que la marca transmita una “garantía de origen”, que se traduce en una calidad uniforme y unas mismas características que por lo general se mantienen en el producto o servicio, y que en últimas contribuye a fidelizar al consumidor no solo con el producto sino con su fabricante.

En efecto, la anterior acepción de la distintividad se corresponde con el derecho exclusivo y excluyente que la ley le otorga al titular de una marca, pues este queda autorizado para individualizar con la marca determinada clase de productos y a su vez facultado para impedir usos no autorizados de ésta por parte de terceros.

Sin embargo, como señala Chijane⁷, la noción tradicional de indicación de procedencia empresarial se ha debilitado en razón de las transformaciones en la organización de la actividad empresarial productiva y distributiva, así como en las formas de conexión jurídica y económica entre empresas. Por lo tanto, se ha adoptado un concepto amplio de indicación de procedencia, que apunta a que el origen que una marca indica no tiene que estar referido a una única empresa sino también a un grupo de empresas relacionadas entre sí, siempre y cuando éstas dispongan de los medios para dotar a los productos o servicios de características idénticas o similares. En otras palabras, cuando se habla de indicación de origen empresarial se alude a una fuente, en sentido amplio, que detenta la responsabilidad de poner los productos o servicios en el mercado, ya sea directa o indirectamente.

b) Distinción del producto o servicio

Actos jurídicos sobre la marca que cada vez son utilizados con mayor frecuencia, tales como cesiones, licencias de uso y franquicias, han generado que un signo pueda ser usado para individualizar productos cuyo origen no siempre es el mismo. Como consecuencia de

⁶ CASTRO GARCÍA, Op. Cit., p. 67.

⁷ CHIJANE DAPKEVICIUS, Op. Cit., p. 41.

lo anterior, parte de la doctrina sugiere un debilitamiento de la noción de indicación de procedencia empresarial, argumentando que la marca realmente no ofrece al consumidor ninguna garantía concreta sobre el origen empresarial del producto, pues esta procedencia en la práctica puede ser múltiple, lo que genera que las calidades y características del producto puedan variar según su origen real.

Por esta razón, se ha venido sosteniendo una interpretación diferente de la distintividad, que constituye la segunda de las facetas antes referidas, y se denomina como “distinción del producto o servicio”. Ésta se puede expresar en los siguientes términos:

(...) la marca distingue al producto *in se* y *per se* con abstracción de su posible origen empresarial, sólo identificaría al producto en su consideración objetiva, diferenciándolo a su vez de aquellos del mismo género. En definitiva, los consumidores escogen los artículos que satisfacen su preferencia, generalmente, con prescindencia de quien los produce, no efectúan una diferenciación en atención a la fuente empresarial sino en base de los caracteres psicológicamente atribuibles a dichos productos, caracteres que resultan resumidos en la imagen pública de la marca⁸.

Desde este punto de vista, el signo marcario cumple el papel de individualizar una clase de productos o servicios con respecto a otros que se ofrecen en el mercado, incluso por la misma empresa, y además sirve para informar al consumidor que entre todos los productos identificados con una misma marca no hay una variación significativa en sus características sustanciales. Por lo tanto, esta función no hace énfasis en el origen empresarial del producto, sino en el producto individualmente considerado.

No obstante lo anterior, a la función de indicación de origen empresarial no se le puede desconocer por completo su relevancia, pues en muchos casos los consumidores saben que detrás de un producto o servicio identificado con una marca existe una determinada

⁸ CHIJANE DAPKEVICIUS, Op. Cit., p. 48.

empresa u organización, que constituye uno de los factores que nutre esa imagen psicológica del producto y le otorga ciertas características o cualidades.

Con todo, cabe precisar que aunque la distintividad en su segunda acepción, es decir, como distinción del producto o servicio individualmente considerado, está expresamente acogida por el sistema jurídico, pues como se mencionó, la definición legal de la marca hace referencia a ella; la distintividad entendida como la indicación de procedencia empresarial también es objeto de tutela jurídica mediante la figura del riesgo de confusión, que no solo incluye los casos en los cuales la similitud de los signos enfrentados dé lugar a que el consumidor sustituya un producto por otro, sino que también comprende los supuestos en que esa similitud cause una confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios ofertados.

1.1.2.2 Función indicadora de calidad

Las reglas del mercado incentivan a los empresarios para que mantengan o mejoren la calidad de sus productos o servicios a fin de conservar la fidelidad de los consumidores con los mismos. De otro lado, al percibir una marca, los consumidores atribuyen al producto o servicio que ésta identifica, determinadas características y cualidades que se basan tanto en sus experiencias anteriores de consumo como en la imagen pública de la marca que estos tienen. Además, los consumidores esperan que los productos y servicios que se oferten en el mercado con el mismo signo, presenten características idénticas. En este sentido, mediante la marca se transmite la idea de que los productos o servicios que ésta identifica conservan un “nivel constante de calidad”, es decir, se genera una expectativa razonable en el consumidor de que el empresario no introducirá variaciones significativas en la calidad de los mismos.

Sin embargo, en este punto cabe precisar que cuando se alude a un nivel constante de calidad, esto no implica que el producto deba cumplir con unos estándares altos de calidad, pues ésta última, como se sabe, se encuentra sujeta a una percepción subjetiva de cada

individuo y no tiene un significado unívoco: un producto que alguien califica como de calidad puede no serlo para otra persona. Un nivel constante de calidad significa, más bien, que para el consumidor resulta predecible que los productos adquiridos por él tendrán una características similares, independientemente de que puedan ser calificadas como buenas o malas.

Ahora bien, como señala Chijane⁹, no hay unidad de criterio en la doctrina sobre si el signo marcario garantiza efectivamente a los consumidores que el producto o servicio va a tener siempre un nivel constante de calidad y si los productores o comerciantes que lo utilizan están obligados jurídicamente a mantener la calidad de los productos identificados con el signo. Para algunos, el sistema jurídico impide la fluctuación en la calidad, por lo cual las empresas deben garantizar un sistema de producción uniforme y supervisar el cumplimiento de normas de calidad, a fin de que al consumidor se le permita prever que al repetir la experiencia de compra, lo adquirido mantenga características similares. Para otro sector de la doctrina, por el contrario, no existe una obligación jurídica para el comerciante de garantizar la uniformidad de características y de calidad en los productos ofertados, por lo cual la garantía de calidad queda reducida a una mera expectativa.

Al margen de la discusión anterior, puede afirmarse que aunque se asuma que el sistema jurídico no obliga al comerciante a mantener un nivel constante de calidad (entendida ésta como uniformidad en las características de un producto), resulta claro que, como se verá más adelante en la sección 1.2 de este capítulo, sí existe una obligación legal cuyos destinatarios son los productores y proveedores, y que consiste en proporcionar un producto o servicio cuyas características sean acordes con la información que se brinde de él. Esto último es lo que el derecho de protección al consumidor define como “calidad”.

En otras palabras, aunque el juicio sobre la calidad de algo corresponda a cada individuo, y la marca no pueda más que transmitir una expectativa razonable de que determinado producto cuenta con características similares a otro de su misma clase, la ley sí demanda

⁹ CHIJANE DAPKEVICIUS, Op. Cit., p. 52.

una concordancia entre las propiedades que se le atribuyen a un producto y las que éste efectivamente posee.

1.1.2.3 Función publicitaria o atractiva

Esta función se basa en el hecho de que la marca es, en sí misma, un medio de comunicación, lo que implica que ésta tiene tanto la capacidad de dar información sobre el producto o servicio identificado, como de atraer el interés del consumidor.

Como indica Metke, la marca “es el vehículo idóneo para promocionar el producto que identifica. Por regla general, es a través de la promoción y del uso de la marca, como ésta penetra en la mente del consumidor y puede llegar a adquirir buen nombre y prestigio en razón de la calidad del producto que distingue. Sin embargo, en ocasiones el mismo signo, independientemente considerado, tiene una connotación de interés y atracción para el consumidor”¹⁰.

En el mismo sentido, Llobregat señala:

(...) como es de sobra conocido, los empresarios pueden utilizar la publicidad para atraerse a los consumidores utilizando sistemas o métodos engañosos y falaces, creando en relación con sus productos una aureola de éxito, belleza y prestigio social, de tal suerte que si el consumidor asimila el mensaje que el empresario pretende transmitir, puede influirlos psíquicamente dirigiendo sus preferencias a la compra de productos no por sus cualidades y calidades, sino en la confianza de que con la compra del mismo pueden conseguir asimismo el atributo¹¹.

¹⁰ METKE MÉNDEZ, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*. Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2001. p. 80.

¹¹ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de propiedad industrial*. 2 ed. Madrid: La Ley, 2007. p. 50.

En otras palabras, sobre el signo distintivo se van condensando los valores y mensajes transmitidos mediante mecanismos publicitarios que contribuyen a formar y reforzar una determinada imagen del producto o servicio, más allá de la calidad real que éste tenga. Por esta razón se afirma que los consumidores adquieren básicamente marcas y no productos.

Por último, cabe precisar que la fuerza publicitaria solo podría atribuirse a las marcas que alcancen un grado importante de reconocimiento público, lo cual se da especialmente en la categoría de las marcas “renombradas” o “notorias”. Es en estos casos en los cuales la protección jurídica de la función publicitaria adquiere mayor relevancia.

1.1.2.4 Función condensadora del *goodwill*

El *goodwill* o buena reputación se considera como “un valor comercial consistente en la predisposición favorable del público hacia la marca, siendo previsible que desde la perspectiva del empresario que el producto seguirá siendo comprado. Esa imagen positiva es algo intangible que existe tanto sólo en la mente del público, generándose un estado de ánimo que induce al consumo”¹².

En este sentido, el *goodwill* presupone que los consumidores otorguen una preferencia a los productos que la marca identifica, y al mismo tiempo hace suponer razonablemente que estos seguirán siendo comprados pues son valorados por el público.

De acuerdo con Fernández-Novoa¹³, los factores que ayudan a forjar el *goodwill* que se condensa en la marca, son: la alta calidad de los productos o servicios, la intensa publicidad realizada por el titular y la potencia publicitaria o fuerza sugestiva de la propia marca.

1.1.3 Marca respaldadora y marca respaldada

¹² CHIJANE DAPKEVICIUS, Op. Cit., p. 63 – 64.

¹³ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. “Signos distintivos”, en: FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel y BOTANA AGRA, Manuel (coord.). *Manual de la propiedad industrial*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 491.

En primer lugar, cabe advertir que cuando se habla de “marca respaldadora” o “marca respaldada” no se alude a una categoría propiamente jurídica. En efecto, las tipologías de marcas contempladas en las normas que desarrollan la propiedad industrial tanto a nivel nacional como internacional no contienen esta categoría. En el caso de Colombia, la Decisión 486 solo regula, además de la marca común, dos tipos de marcas con características jurídicas particulares y un régimen legal especial: la marca de garantía o de certificación y la marca colectiva.

Para definir qué se entiende por “marca respaldadora” y “marca respaldada” debe recurrirse a las tipologías propias del *marketing*, y más específicamente, del *branding*. En el *branding*, se habla de “arquitectura de marca” como la manera de organizar y estructurar una cartera de marcas, especificando los papeles y la naturaleza de las relaciones entre éstas¹⁴.

Dentro del estudio de las relaciones entre las marcas, Aaker y Joachimsthaler¹⁵ proponen varias estrategias posibles para vincular marcas, con el propósito de generar claridad, sinergia y apalancamiento entre las marcas vinculadas. El objetivo central de la arquitectura de marca es que las empresas utilicen de manera eficaz las posibles vinculaciones entre las distintas marcas que hacen parte de su cartera, con el propósito de añadir valor a los signos individualmente considerados.

Para efectos del análisis que constituye el objeto central del presente trabajo y que se presentará en el capítulo 2, solamente se explicará lo que en la arquitectura de marca se denomina como “co-marca”, pues en los demás supuestos se trata de una misma empresa o persona jurídica que tiene la titularidad sobre las distintas marcas que se utilizan en una misma estrategia.

¹⁴ AAKER, David A. y JOACHIMSTHALER, Erich. *Liderazgo de marca*. Barcelona: Deusto, 2006. p. 120.

¹⁵ *Ibid.*, p. 120.

La “co-marca”, por el contrario, “se produce cuando marcas de distintas organizaciones (o diferentes negocios de la misma organización) se unen para crear una oferta en la cual cada una desempeña un papel conductor”¹⁶. Desde un punto de vista jurídico, se trata de varias personas naturales o jurídicas que detentan la titularidad sobre sus respectivas marcas y que, guiadas por cualquier motivación de carácter comercial, ejercen su derecho a utilizar, de manera conjunta, el signo de su propiedad sobre determinado producto o servicio.

Entre las múltiples posibilidades que pueden darse en el escenario de las “co-marcas”, este trabajo se referirá de manera particular al supuesto en el cual dos sujetos jurídicos generan una unión o alianza bajo cualquier modalidad jurídica posible, en la cual el primero de ellos es el titular de una marca “respaldada”¹⁷, que a su vez es quien interviene ya sea como productor y proveedor (comercializador), o como simple proveedor, en la colocación del producto o servicio en el mercado, utilizando sobre este su marca; y el segundo de ellos es el titular de una marca “respaldadora” que no participa de manera directa en la producción o comercialización del producto, sino que únicamente se limita a autorizar al primer sujeto para que utilice el signo distintivo de su propiedad en dicho producto.

Como se dijo, esta unión se da con el objetivo de agregar valor al producto, pues frente al consumidor se tiene como resultado que este perciba sobre el mismo una pluralidad de signos; factor que nutre de manera consecuente la imagen psicológica del producto o servicio que este alberga en su mente.

1.2 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1.2.1 Fundamento constitucional

¹⁶ *Ibíd.*, p. 158.

¹⁷ De acuerdo con el diccionario de la RAE, el verbo “respaldar” se define como: “proteger, apoyar, garantizar”. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=respaldar> .

El desarrollo legal que ha tenido el derecho de protección al consumidor en Colombia se origina claramente en la enunciación, dentro del artículo 78 de la Constitución Política de 1991, de un mandato constitucional y un principio general de responsabilidad.

En su primer inciso, esta norma encarga al legislador el desarrollo de una regulación con respecto al “control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad” y a “la información que debe suministrarse al público en su comercialización”; lo cual en últimas debe entenderse como la implementación de un derecho colectivo que la Carta Política le atribuye a los consumidores.

Así mismo, en su segundo inciso, esta disposición establece un principio general de responsabilidad para “quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

Ahora bien, como ha señalado la Corte Constitucional¹⁸ en desarrollo de la norma superior, la responsabilidad para la protección al consumidor debe entenderse como una “responsabilidad especial y propia al régimen que le es aplicable”, lo cual se justifica por estar en presencia de varios elementos particulares:

- (i) la asimetría real de la persona que acude al mercado, en relación con las condiciones preexistentes de productores y distribuidores; (ii) la existencia de un campo de protección a favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, y (iii) la necesidad de compensar la posición de inferioridad¹⁹ en la que se encuentran consumidores y usuarios²⁰.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

¹⁹ En efecto, la jurisprudencia constitucional considera al consumidor o usuario como un sujeto merecedor de una protección especial *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁰ ARANGO PERFETTI, Daniel. “Ámbito de la responsabilidad en la protección al consumidor: Ley 1480 de 2011”, en: *Foro del Jurista - Estatuto del consumidor: Una mirada a la Ley 1480 de 2011*, N. 29. Medellín:

Bajo el anterior entendido, se hace necesario que el desarrollo legislativo y jurisprudencial se oriente hacia un marco jurídico especialmente proteccionista, tendiente a equilibrar esa asimetría que impera en las relaciones en las cuales está involucrado el consumidor como parte débil.

1.2.2 Ámbitos de responsabilidad

Como señala Caycedo²¹, el derecho de protección al consumidor puede dividirse en dos grandes ámbitos:

- i. La *responsabilidad por los productos*, que comprende tanto la responsabilidad en garantía por el incumplimiento de las obligaciones de calidad e idoneidad, como la responsabilidad por los daños generados a los consumidores por productos defectuosos.
- ii. La *responsabilidad por los daños* que se causen por información inadecuada o insuficiente o por publicidad engañosa.

Estos ámbitos de responsabilidad se derivan de las obligaciones que la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del consumidor–, en desarrollo de los lineamientos constitucionales antes indicados, le atribuye a determinados sujetos en cada caso (productores, proveedores o anunciantes), bajo el supuesto de que necesariamente se esté en presencia de una relación de consumo²².

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2012. p. 49. Disponible en: http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf (Consultado: 25 de febrero de 2015).

²¹ CAYCEDO ESPINEL, Carlos Germán. “Esquema de la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor en Colombia”, en: SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo (coord.). *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2013. p. 94.

²² Aunque el Estatuto del consumidor no establece qué se entiende por “relación de consumo”, esta norma en su artículo 5.3 define al consumidor como: “Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica.” No obstante, la delimitación conceptual de la noción de consumidor no ha resultado

Si bien el problema jurídico que se desarrollará en el capítulo 2 también puede ser analizado desde el segundo de los ámbitos de responsabilidad ya mencionados, el presente escrito se enfocará únicamente en el primero de estos, es decir, la responsabilidad por los productos. Para tal efecto, a continuación se expondrán algunas características generales propias de los dos tipos de responsabilidad que lo componen, es decir, la responsabilidad por garantía legal y la responsabilidad por productos defectuosos; señalando los matices que en cada aspecto existen entre una y otra. Igualmente, y dada su importancia para efectos del análisis que se presentará en el capítulo 2, se hará especial énfasis en la delimitación de los sujetos responsables en uno y otro caso.

1.2.3 La responsabilidad por los productos

El Estatuto del consumidor, en su artículo 7 define la garantía legal como “la obligación (...) a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos”. Así mismo, en su artículo 6 esta norma dispone: “Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida”.

De estas disposiciones se desprende el fundamento para los dos tipos de responsabilidad antes señalados. Sin embargo, es necesario precisar que solo cuando la norma se refiere a las obligaciones de calidad e idoneidad se está en presencia de la denominada responsabilidad por garantía legal. La obligación de seguridad, por el contrario, sirve de fundamento para la responsabilidad por productos defectuosos.

La diferencia fundamental entre ambos tipos de responsabilidad radica en que el régimen de la garantía legal establece las obligaciones y los correspondientes remedios aplicables en

pacífica para la doctrina. Al respecto, *Cfr.*, VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”, en: *Vniversitas*, N. 119, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010. pp. 305 – 339. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

los casos en que determinado producto no cumple con las características que le son inherentes o que se le atribuyen por la información suministrada acerca de él (esto es lo que la ley define como calidad), o también cuando éste no resulta apto para satisfacer las necesidades para las cuales fue adquirido (lo que se entiende como idoneidad)²³. Por su parte, la responsabilidad por productos defectuosos consagra las obligaciones y mecanismos indemnizatorios en caso de que se causen daños a personas o bienes como consecuencia de un vicio de seguridad en el producto²⁴.

Bajo el anterior entendido, como características generales de la responsabilidad por los productos, específicamente en punto a los sujetos responsables, pueden señalarse las siguientes:

1.2.3.1 Ruptura de la relatividad contractual

Contrario a lo que sucede en el derecho contractual tradicional, donde opera el principio de relatividad de los contratos, previsto en el artículo 1602 del Código Civil y en virtud del cual de un acuerdo de voluntades solo se derivan derechos y obligaciones para las partes contratantes, en el derecho de protección al consumidor, y especialmente en el ámbito de la responsabilidad por los productos, este principio no se aplica de manera estricta.

De acuerdo con Jerez Delgado²⁵, la ruptura en el principio de la relatividad se presenta por razones que involucran a ambos extremos de la relación contractual²⁶: de un lado, el

²³ Para una delimitación más completa de los conceptos de “calidad” e “idoneidad” en el ámbito de la responsabilidad por garantía, *Cfr.*, VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia. “De las garantías: una obligación del productor y el proveedor”, en: VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (directora). *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 227-268.

²⁴ El Estatuto del consumidor, en su artículo 5.17, define el producto defectuoso como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”.

²⁵ JEREZ DELGADO, Carmen. “Diez notas sobre el sistema español de responsabilidad civil en derecho de consumo: ¿más próximo al modelo europeo o al colombiano?”, en: SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo (coord.), *Op. Cit.*, p. 27.

²⁶ En palabras de esta misma autora, “la producción en masa y la intervención de múltiples agentes en ese proceso, así como el hecho de que la existencia de consumidores o destinatarios finales de esos productos es lo que da sentido y mueve toda la cadena productiva anterior, hace que estemos ante un fenómeno de

consumidor es el destinatario último de un producto, en cuya cadena de producción estuvo involucrada una pluralidad de sujetos (productores de materias primas, diseñadores, fabricantes, distribuidores) vinculados a través de contratos previos y conexos; y de otro lado, el consumidor es solo el receptor final del producto, es decir, quien en últimas lo utiliza para satisfacer una necesidad, independientemente de que lo haya recibido dentro de la ejecución de una relación contractual en la que haya actuado como parte. En otras palabras, el consumidor se califica como tal, tanto si fue quien directamente adquirió el producto o si solo lo recibió sin haber intervenido en una relación contractual.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia señaló que, en estos casos, la responsabilidad “trasciende a la relación contractual derivada de la compraventa o adquisición de bienes y servicios, entre otras cosas porque emana de una relación (la de consumo) especialmente regulada por el ordenamiento y que liga a personas que, incluso, no han celebrado contrato alguno, como puede acontecer con el fabricante y el último adquirente, o cuando la víctima es un consumidor no adquirente (...)”²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, frente a un proceso judicial, la legitimidad por activa y por pasiva se amplía de manera que ésta no queda circunscrita únicamente a las partes que intervinieron de manera directa en la relación contractual²⁸.

1.2.3.2 Solidaridad entre productor y proveedor

Como consecuencia de la ruptura del principio de relatividad de los contratos, la ley extiende las obligaciones del régimen de protección al consumidor a los sujetos involucrados en la cadena de producción y comercialización, lo que supone que de

responsabilidad caracterizado porque engloba a todos los intervinientes en el proceso de producción”. *Ibid.*, p. 42.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena).

²⁸ En la misma providencia, la Corte incluso sostuvo que, tratándose de la responsabilidad por productos defectuosos, “se desdibuja o atenúa (...) la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, al punto de ser irrelevante”. *Ibid.*

incumplirse dichas obligaciones, el consumidor puede exigir su cumplimiento tanto al productor como al proveedor del producto, quienes adquieren una responsabilidad solidaria.

En efecto, de una lectura e interpretación sistemática de los artículos 5.5, 6.1, 10 y 20 del Estatuto del consumidor, se desprende que tanto en el caso de la responsabilidad por garantía legal como en la responsabilidad por productos defectuosos, la ley consagra una obligación solidaria que recae sobre los productores y proveedores²⁹ del producto o servicio³⁰.

El fundamento de esta solidaridad radica en el hecho de que el vicio de seguridad en el producto, en el caso de la responsabilidad por productos defectuosos, o la falla de calidad o idoneidad, tratándose de la garantía legal, constituyen un incumplimiento de los deberes impuestos a ambos, productor y proveedor, por lo cual se convierten en sujetos pasivos de los remedios de los que dispone el consumidor, tendientes a resolver su incumplimiento.

En efectos prácticos, la solidaridad trae el beneficio de simplificarles a los consumidores el trámite para reclamar la indemnización o la efectividad de la garantía, según el caso, pues a los demandados se les hará inviable la presentación de oposiciones relativas a la titularidad de la responsabilidad. Al respecto, indica Monroy:

(...) la solidaridad pasiva (la que existe entre productor y proveedor) supone para el acreedor de la obligación (*vgr.* el consumidor) la libre elección del(os) deudor(es) a quien(es) se dirige reclamación por garantía legal sin que puedan oponerse alegando los beneficios de división (Art. 1571 del C.C.), dado que la obligación se entiende

²⁹ El Estatuto, en sus artículos 5.9 y 5.11 respectivamente, define al productor como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos” y al proveedor o expendedor como “quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro”.

³⁰ Tratándose de la responsabilidad por productos defectuosos, el artículo 20 de la norma añade: “(...) cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto”.

como un todo aun cuando hipotéticamente sea divisible; ni tampoco se puede oponer el beneficio de la excusión³¹ .

Así mismo, puede afirmarse que la solidaridad beneficia a la víctima en la medida en que introduce un elemento de seguridad en el sentido en que su pretensión indemnizatoria será satisfecha de manera más probable pues ésta no dependerá exclusivamente de un solo sujeto.

1.2.3.3 Responsabilidad objetiva

Tanto en el caso de la garantía legal como en los daños causados por productos defectuosos, el esquema es el propio de la responsabilidad objetiva, aunque los fundamentos en uno y otro caso difieren. En el primer supuesto esto obedece a que, como señala Arango Perfetti:

(...) las garantías hacen parte del ámbito de la responsabilidad objetiva, al considerarse, como las denomina la doctrina, obligaciones de resultado reforzadas, existiendo unas recortadas posibilidades de defensa para el productor, que por lo general se circunscriben a circunstancias que tienen que ver con la ocurrencia de ciertas hipótesis de causa extraña³².

En efecto, el Estatuto del consumidor, en sus artículos 10 y 16, consagra una regla de responsabilidad sin culpa³³ al disponer que para establecer la responsabilidad por

³¹ MONROY, Daniel. “Las garantías imperativas en el ámbito de aplicación del derecho del consumo: una visión crítica a partir del Nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V. 44, N. 120, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014. p. 64. Disponible en: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2680/2331>. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

³² ARANGO PERFETTI, Op. Cit., p. 58.

³³ En el mismo sentido, Oviedo-Vélez y Moreno Vásquez señalan que, respecto a la calidad e idoneidad de los productos, tanto el productor como el proveedor se encuentran en una posición jurídica de deber (de naturaleza legal para el primero y contractual para el segundo), cuyo objeto puede calificarse como de resultado, pues este se considera incumplido independientemente de la diligencia y del cuidado desplegados por parte de estos sujetos. OVIEDO-VÉLEZ, M. y MORENO VÁSQUEZ, M. “Remedios del consumidor

incumplimiento de las condiciones de calidad e idoneidad, al consumidor le bastará probar el defecto del bien y además, que el productor o proveedor solo podrá exonerarse cuando demuestre que el defecto obedece a hechos constitutivos de causa extraña, para lo cual deberá incluso probar el nexo causal entre dicho defecto y la causa de exoneración.

En el caso de la responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos, también se aplica el esquema de la responsabilidad objetiva pero por distintas razones. En primer lugar, como se vio, el fundamento de la responsabilidad por productos defectuosos radica en una obligación de seguridad impuesta por la ley, pero adicionalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁴, tratándose de responsabilidad por productos defectuosos, ha determinado el alcance de dicha obligación de seguridad, ubicándola en las denominadas obligaciones de resultado, por lo cual el único mecanismo de defensa del que dispone el demandado es la prueba de una causa extraña que desvirtúe el nexo de causalidad entre el defecto en el producto y el daño sufrido por el consumidor.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se orienta en el mismo sentido al afirmar que el empresario profesional debe soportar un juicio de imputación cuyo fundamento no debe ubicarse en el riesgo de empresa sino fundamentalmente en el hecho de haber puesto en circulación un producto defectuoso. Al respecto la Corte precisó:

(...) probado el defecto resulta razonable suponer que la responsabilidad corresponde al empresario que controla la esfera de la producción, la organiza, dirige y efectúa el

frente a fallas de calidad e idoneidad del producto”, en: *Revista de Derecho Privado*, N. 51, Bogotá: Universidad de los Andes, 2014. pp. 4-27. Disponible en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/componen-ts/com_revista/archivos/derechoprivado/pri496.pdf. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

³⁴Al respecto, la Corte señaló: “(...) dadas las condiciones de inferioridad en las que se encuentra el consumidor, la asimetría de la relación que lo une con el productor, la superioridad económica de éste, la particular protección que en su favor estructura el ordenamiento, entre una muchedumbre de razones, en la hipótesis en estudio, a juicio de esta Corporación, adquiere la entidad de una evidente obligación de resultado, cuyo incumplimiento impone a fabricantes y comercializadores el deber ineludible de resarcir el daño padecido por el consumidor, a menos claro está, que demuestren que éste sobrevino por causa de un hecho extraño que, en cuanto tal, disloca el nexo causal entre la defectuosidad del producto y el perjuicio recibido por éste.” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena).

control de los productos que hace ingresar al mercado y, por ende, para liberarse debe este a su turno demostrar el hecho que interrumpe el nexo causal³⁵.

1.3 EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL DERECHO PRIVADO

En el desarrollo de las relaciones jurídicas, y especialmente en aquellas propias del ámbito del derecho privado, se suelen presentar situaciones en las cuales las normas existentes no proporcionan una respuesta concreta a un problema jurídico particular, lo que en términos de Hart se denominaría como “zonas de penumbra” o “casos difíciles”. En estos casos se hace necesario encontrar soluciones que estén legalmente soportadas, con el fin de que los derechos o intereses que han sido afectados puedan ser protegidos si se encuentra que existen fundamentos suficientes para hacerlo.

En este sentido, resulta indispensable buscar dichos fundamentos en fuentes alternas a la ley, entre las cuales cumplen una función esencial los principios generales del derecho, que de acuerdo con Valencia Restrepo, pueden definirse como “normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento”³⁶.

Al margen de las discusiones que puedan presentarse en torno a la manera de concebir la naturaleza y el alcance de los principios generales del derecho³⁷, resulta claro que el ordenamiento jurídico colombiano los considera como fuentes subsidiarias para la interpretación en los casos en los cuales la ley no brinde elementos suficientes para la solución concreta de un problema jurídico³⁸ y más aun, cuando se trata de principios de

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁶ VALENCIA RESTREPO, H. *Monárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

³⁷ *Cfr.* SEGURA, Op. Cit., pp. 297 – 298.

³⁸ *Cfr.* Ley 153 de 1887, artículos 4 y 8; y Constitución Política de 1991, artículo 230.

orden constitucional, según lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos se consideran como normas de aplicación directa³⁹.

Dentro de estos principios generales, el principio de confianza legítima tiene una relevancia fundamental, y aunque este ha merecido un desarrollo jurisprudencial importante en el campo del derecho público, también está llamado a regir las relaciones de derecho privado, tal como la propia Corte ha sostenido:

El principio de buena fe tiene, entre otras, dos manifestaciones concretas cuales son el respeto por el acto propio y la confianza legítima que, conjuntamente, previenen a los operadores jurídicos de contravenir sus actuaciones precedentes y de defraudar las expectativas que generan en los demás, a la vez que compelen a las autoridades y a *los particulares* a conservar una coherencia en sus actuaciones, un respeto por los compromisos adquiridos y una garantía de estabilidad y durabilidad de las situaciones que objetivamente permitan esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico⁴⁰. (cursivas propias)

1.3.1 Fundamento del principio

Como indica la misma jurisprudencia constitucional, la confianza legítima tiene su origen en el principio de la buena fe, que goza de una consagración expresa en el artículo 83 de la Carta Política, el cual dispone que las actuaciones de los particulares y del Estado “deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”. La relación entre ambos principios puede entenderse en los siguientes términos:

(...) el principio de la confianza legítima se constituye en una garantía para que el individuo no vea defraudadas expectativas que adquieren la calidad de legítimas toda vez que se encuentran enmarcadas dentro de las obligaciones de actuar dentro de los

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón).

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

cánones establecidos por el principio de la buena fe, de quien precisamente se generó dicha expectativa⁴¹.

En el derecho privado en particular, si bien el principio de confianza legítima no está enunciado expresamente, ha tenido una importante aplicación en materia contractual en específico, a través de figuras desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, tales como la culpa *in contrahendo*, el abuso del derecho y la teoría de los actos propios; cuyo fundamento genérico en el ordenamiento colombiano se ha ubicado en el principio de buena fe, consagrado en el artículo 1603 del Código Civil y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio⁴².

Ahora bien, teniendo en cuenta su amplio desarrollo e importante aplicación, puede afirmarse que el principio de confianza legítima tiene una identidad jurídica propia y constituye la concreción de un propósito por parte del derecho de otorgarle a la confianza una protección, lo cual obedece a que ésta ha sido considerada como una institución indispensable para el tráfico jurídico⁴³. En este sentido, a lo largo de la historia y en sistemas jurídicos de distinta naturaleza se han formulado instituciones destinadas a proteger la confianza como principio jurídico⁴⁴.

La justificación de esta protección se puede comprender a partir del siguiente planteamiento de Larenz:

El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es

⁴¹ SEGURA, Op. Cit., p. 295.

⁴² Sobre las manifestaciones del principio de buena fe en materia contractual *Cfr.* NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Privado*, N. 11, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. pp. 79 – 125. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=575&path%5B%5D=543> (Consultado: 27 de febrero de 2015).

⁴³ SEGURA, Op. Cit., p. 300.

⁴⁴ Entre estas figuras se pueden mencionar: la teoría de los actos propios, la figura alemana del “*verwirkung*”, la teoría de la apariencia, la figura del “*estoppel*”, el abuso del derecho y la teoría de la culpa *in contrahendo*.

condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho —con independencia de cualquier mandamiento moral— tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera⁴⁵.

1.3.2 Elementos del principio

Hechas las anteriores precisiones, es necesario pasar a explicar cuáles son los elementos necesarios para la aplicación del principio de confianza legítima especialmente en el contexto del derecho privado⁴⁶:

i. La existencia de una expectativa: es necesario, en primer lugar, que exista en el sujeto una expectativa de que algo suceda o no suceda, pues esa expectativa es la que motiva su confianza y orienta sus actos en un determinado sentido. En otras palabras, el sujeto confía cuando tiene la expectativa de que algo va a suceder y esa expectativa es la que lo persuade para actuar en cierta dirección.

ii. La legitimidad de la expectativa: no todas las expectativas pueden ser protegidas por el ordenamiento jurídico, por lo tanto es necesario diferenciar entre las meras expectativas y las expectativas legítimas. Las primeras se caracterizan por ser situaciones que todavía no

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Monografías de Civitas. Madrid: Civitas, 1991. Citado por: MESA VALENCIA, Andrés Fernando. *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolíticas/BibliotecaDiseno/Archivos/Tab10/19%20Buena%20Fe%20web.pdf> (Consultado: 3 de marzo de 2015).

⁴⁶ SEGURA, Op. Cit., pp. 312 – 313.

han sido reguladas por el derecho y que por tal razón constituyen solo una esperanza de que a partir de determinado hecho se pueda obtener un resultado concreto en el mundo jurídico. Son situaciones de hecho a las que todavía no se les ha otorgado un significado en el plano normativo. Las expectativas legítimas, por el contrario, sí gozan de protección por parte del derecho, pues tienen la suficiente fuerza persuasiva para orientar la conducta del sujeto en un determinado sentido.

Para que una expectativa se considere legítima, ésta debe cumplir con dos requisitos: por un lado, la objetividad, entendida como una situación que proyecta una realidad concreta, es decir, una serie de signos que pueden consistir en palabras, conductas o actos, que se dan en el plano fáctico y que contribuyen a fortalecer la expectativa existente; y por otro lado, la validez de la expectativa, “situación que concierne directamente al sujeto, pues esta categoría lo califica dentro de un marco restringido, pues es necesario que lo esperado o pretendido sea legítimamente posible de obtener, y que las acciones comporten una conducta de buena fe y legalidad”⁴⁷.

iii. La no existencia de una situación jurídica consolidada: como presupuesto negativo para que pueda configurarse la aplicación del principio de confianza legítima es necesario, por último, que la situación jurídica que da lugar a la expectativa legítima no haya sido regulada por el ordenamiento jurídico de manera que pueda hablarse de un derecho adquirido, pues de ser así, no sería necesario acudir al principio de confianza legítima para fundamentar la protección de dicha situación. Cuando se trata de una situación jurídica consolidada, es decir, de un derecho adquirido, el ordenamiento prevé soluciones concretas para su protección.

En síntesis, como se ha anotado, es precisamente en ese tipo de situaciones que están a medio camino entre los derechos consolidados y las meras expectativas, donde puede abrirse un campo para la aplicación del principio de confianza legítima, pues si bien el ordenamiento jurídico no proporciona una respuesta específica para su solución, la

⁴⁷ SEGURA, Op. Cit., p. 313.

expectativa es de tal relevancia que se justifica su protección a través del derecho ya que están en juego las más elementales concepciones de justicia y equidad.

2. LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DE LA MARCA RESPALDADORA

En el capítulo anterior se delimitaron conceptualmente las nociones básicas relativas a los temas de la marca, la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor y el principio de confianza legítima en el derecho privado; todo con el propósito de sentar las bases para desarrollar, en este capítulo, el objeto central del presente trabajo.

El análisis que se presentará en el presente capítulo girará en torno a la siguiente pregunta: ¿Resulta jurídicamente posible comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora por el incumplimiento, imputable al productor y/o al proveedor, de las obligaciones derivadas del régimen de protección al consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011?

Para mayor claridad en la exposición, es necesario precisar que el problema jurídico antes planteado se basa en un supuesto en el que intervienen las siguientes partes:

i. Titular de la marca respaldadora: este sujeto, que detenta la titularidad sobre una marca, guiado por una motivación de carácter comercial, establece un vínculo o alianza bajo cualquier modalidad jurídica con otro sujeto, en virtud del cual el primero, que no participa directamente en la producción o comercialización del producto, se limita a autorizar al segundo sujeto para que utilice el signo distintivo de su propiedad sobre dicho producto.

ii. Productor y/o proveedor y titular de la marca respaldada: a diferencia del anterior, este sujeto sí participa en la cadena de producción y comercialización del producto, ya sea como productor y proveedor, simple productor o simple proveedor. Por lo tanto, en tal calidad, este sujeto es destinatario de las obligaciones contenidas en el régimen de protección al consumidor en lo relativo a la responsabilidad por garantía legal y a la responsabilidad por productos defectuosos, como ya se vio⁴⁸. Adicionalmente, este sujeto es titular de una

⁴⁸ *Vid., Supra*, 1.2.3.2

marca o signo distintivo que utiliza de manera conjunta con la marca respaldadora de propiedad del primer sujeto, sobre el producto que él produce o comercializa.

iii. Consumidor: en los términos en que se explicó dentro del capítulo anterior⁴⁹, y de acuerdo a la definición contenida en el artículo 5.3 del Estatuto del consumidor, este sujeto es el destinatario último del producto que adquiere, disfruta o utiliza “para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”. El consumidor es, en este sentido, el sujeto directamente protegido por las normas que componen el régimen desarrollado mediante la Ley 1480 de 2011.

Hechas las anteriores precisiones, a continuación se abordará el problema jurídico enunciado, para lo cual se dividirá este capítulo en tres secciones:

- En primer lugar se hará una aproximación al tratamiento legal y doctrinal sobre la materia en el derecho español (**Sección 2.1**).
- En segundo lugar se analizará la solución que el ordenamiento colombiano proporciona para el problema jurídico mencionado (**Sección 2.2**).
- Posteriormente se desarrollará una propuesta dirigida a fundamentar la responsabilidad del titular de la marca respaldadora a partir de los elementos expuestos dentro del capítulo 1 (**Sección 2.3**).
- Por último, se presentarán algunas conclusiones (**Sección 2.4**).

2.1 DESARROLLO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Sea lo primero advertir que en materia de derecho de consumo los Estados miembros de la Unión Europea (UE) han orientado su desarrollo legislativo en un mismo sentido bajo el impulso de este organismo, por lo cual el problema en cuestión es abordado por las

⁴⁹ *Vid., Supra*, 1.2.

legislaciones de varios países europeos con soluciones concretas bastante unificadas. En este sentido, para el desarrollo de la exposición, a manera de referente con relación el derecho europeo en general, se tomará únicamente la normativa española sobre la materia.

De acuerdo con lo anterior, las múltiples Directivas⁵⁰ que ha desarrollado la UE han sido incorporadas progresivamente en el derecho de los países miembros, y en el caso español en particular, fueron adoptadas mediante leyes que inicialmente se encontraban dispersas. Sin embargo, de manera posterior, estas normas fueron reunidas en un único texto: el Real Decreto Legislativo 1/2007, mediante el cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

Siguiendo los lineamientos de las Directivas sobre la materia⁵¹, el TRLGDCU regula en sus libros II y III los “contratos y garantías” y la “responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, respectivamente, y en cada uno de estos, la norma establece los principios generales aplicables para los dos ámbitos de responsabilidad.

Así, frente a la responsabilidad por garantía legal, el principio se encuentra en el artículo 114, que dispone: “El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto”. Pero adicionalmente, en su artículo 124, el TRLGDCU extiende la responsabilidad por garantía al productor, al establecer la posibilidad de formular una acción directa contra este, en los siguientes términos: “Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto” y “(..) el productor responderá por la falta de conformidad cuando

⁵⁰ Las Directivas son normas que la UE emite en ejercicio de su potestad legislativa y que deben ser incorporadas de manera paulatina en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros.

⁵¹ En materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos se emitió la Directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 y en materia de responsabilidad por garantía legal la regulación se origina en la Directiva 99/44/CEE del 25 de mayo de 1999.

ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan”.

De otro lado, en cuanto a la responsabilidad por productos defectuosos, el principio general establecido en el artículo 135 reza: “Los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”. Y más adelante, en los artículos 138.2 y 146, la norma también contempla disposiciones dirigidas a extender la responsabilidad a los proveedores.

Con todo, para determinar el alcance de estas disposiciones en cuanto a los sujetos responsables, es necesario remitirse al artículo 5 del TRLGDCU que establece lo que la norma define como “productor”⁵². Al respecto dispone: “se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, *así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*”. (cursivas propias)

De lo anterior se deduce que las normas, además de considerar como productor al fabricante en sentido amplio, es decir, como “todo aquel que ha participado en el proceso de fabricación del producto, con independencia de cuál sea la modalidad productiva a la que se dedique: productos terminados o manufacturados, elementos integrantes o componentes que se incorporan o, en definitiva, el caso de que sea productor de materias primas”⁵³; también incluyen al denominado “productor o fabricante aparente”⁵⁴.

⁵² Únicamente para efectos de la responsabilidad por productos defectuosos, el artículo 138 del TRLGDCU amplía la definición, incluyendo en la categoría de productor al fabricante o importador de “un producto terminado”, “cualquier elemento integrado en un producto terminado” o “una materia prima”.

⁵³ PAÑOS PÉREZ, Alba. *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*. Almería: Universidad de Almería, 2010. p. 101.

⁵⁴ Como bien señala Alterini, la inclusión dentro de la Directiva 85/374/CEE de la figura del productor aparente tiene como antecedentes la Convención de Estrasburgo del Consejo de Europa del 27 de enero de 1977 (art. 3, inc. 2), la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo de la Comunidad Económica Europea el 1 de octubre de 1979 (art. 2, 1er pár.), la Ley francesa 78-12 del 4 de enero de 1978,

Esto último reviste especial interés, pues se trata de una ampliación de la definición de “productor” con la cual la ley española, de manera expresa, extiende la responsabilidad por productos defectuosos al “productor aparente”, sujeto que coincide con el “titular de la marca respaldadora”, al que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este escrito.

Una definición de este sujeto, el productor aparente, es propuesta por Gutiérrez Santiago al referirse al ya citado artículo 5 de TRLGDCU, en los siguientes términos:

(...) es preciso proponer una interpretación amplia de la norma en virtud de la cual se tenga por productor (aparente) a toda aquella persona que, sin serlo realmente, sin haber intervenido en el proceso productivo, se presente *objetivamente* como tal al venir colocado su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto (...); y ello con independencia de que se haga pasar o no por el verdadero productor, es decir, al margen de que en el producto no aparezca mención alguna a su fabricante real (...) o aunque, por el contrario, sí se advierta en él que el fabricante material es un tercero y figure perfectamente identificado⁵⁵.

La anterior interpretación de la norma, planteada por esta autora, sugiere la necesidad de preguntarse por el fundamento de la responsabilidad del productor aparente. En este sentido, Parra Lucán considera que tal responsabilidad se justifica en el hecho de que este sujeto transmite la apariencia de ser él el fabricante: “lo esencial es precisamente esa apariencia de ser fabricante, de haber producido el producto: no será bastante cualquier

modificatoria del art. 1792-4 del Código Civil, que “en materia de locación de obra, involucra como responsable a quien se ha presentado como constructor «haciendo figurar su nombre, su marca de fábrica o cualquier otro signo distintivo»”. ALTERINI, Atilio Aníbal. “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”, en: *Revista Themis*, N. 27-28, Lima: Universidad Católica del Perú, 1994. p. 87. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11360/11870> (Consultado: 3 de marzo de 2015).

⁵⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. “Fabricantes, importadores y proveedores de productos defectuosos: análisis de los «sujetos responsables» en el régimen de responsabilidad civil por el producto en el Derecho español”, en: *Ámbito Jurídico*, V. XII, N. 71, 2009. Disponible en: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6670 (Consultado: 4 de marzo de 2015).

pegatina o adhesivo indicativos de la sola participación en el proceso de distribución, o a los meros efectos de publicidad”⁵⁶.

Una tesis que se orienta en un sentido distinto la expresa Busto Lago al ubicar el fundamento de la responsabilidad en cuestión en la denominada “teoría del riesgo beneficio”. Al respecto indica:

Con la integración del llamado fabricante –o productor– aparente en el concepto legal de productor, a efectos de determinar el sujeto pasivamente legitimado frente a la acción de responsabilidad civil ejercitada por el perjudicado, independientemente del hecho de que efectivamente haya fabricado o producido el producto, se pretende facilitar la posición del perjudicado, sin imponerle la carga de averiguar quién es el verdadero fabricante, al tiempo que se imputa el riesgo derivado de un producto a quien se beneficia económicamente con su comercialización –en aplicación del conocido principio que se enuncia con el brocardo «*eius commoda, eius incommoda*» o «*ubi emolumentum, ibi onus*»⁵⁷.

Por su parte, Ataz sostiene un fundamento para esta responsabilidad que de cierta forma conjuga los elementos propios de las dos tesis antes mencionadas. Para este autor, dicho fundamento:

(...) se encuentra no sólo y principalmente en una protección de la apariencia jurídica, sino más bien en que, de un lado, quien incorpora su nombre o marca al producto genera *una confianza en el mercado* y, en cierto modo, asume su autoría; aparte de que la empresa comercializadora del mismo, en cuanto es *quien se beneficia de él, debe*

⁵⁶ PARRA LUCÁN, María Ángeles. *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus, 2011. p. 151.

⁵⁷ BUSTO LAGO, José Manuel. “Los riesgos del desarrollo en el sistema de responsabilidad civil español”, en: GARRIDO CORDOBERA, Lidia María y BUSTO LAGO, José Manuel. *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español*. Madrid: Reus, 2010. p. 192.

*correr también con las consecuencias gravosas que se puedan deparar si el producto resulta perjudicial*⁵⁸.

En el mismo sentido, Alterini coincide con la tesis anterior al expresar lo siguiente:

Esta extensión de la responsabilidad objetiva a quien es sólo productor aparente importa una novedad conceptual. Dicho productor aparente no se encuentra en ninguna de las situaciones en las que venía siendo aplicada la responsabilidad objetiva en la versión del riesgo creado: no es ni dueño ni guardián de la cosa (el producto), ni realiza actividad riesgosa, porque carece de participación activa en el proceso de producción y comercialización. Sólo se vincula con ese proceso en cuanto ha generado confianza en el público a través del empleo de su marca, y ello resulta razón suficiente para hacerlo responsable.

De allí que esta atribución de responsabilidad sea derivada de la noción de riesgo provecho, que nutre a su vez la concepción del riesgo de empresa de la doctrina italiana⁵⁹.

En síntesis, puede concluirse que aunque no hay consenso en la doctrina sobre el fundamento jurídico preciso de la extensión de la responsabilidad al productor aparente, se apela, a veces de manera conjunta y en ocasiones por separado, a justificaciones que en ciertos casos comparten un núcleo común (como la confianza y la apariencia jurídica) y que en otros casos se sitúan en instituciones de origen distinto (como sucede con la teoría del riesgo beneficio).

⁵⁸ ATAZ LÓPEZ, J., “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en: *Iniuria*, N. 5, 1995. Citado por: GUTIÉRREZ SANTIAGO, Op. Cit.

⁵⁹ ALTERINI, Op. Cit., p. 88. Un fundamento similar es sostenido por Vela Sánchez, quien al respecto señala, que primero “(...) se trata de proteger la legítima confianza que la apariencia genera en el consumidor, pues no debemos olvidar que su salvaguardia es un principio general de Derecho aplicable por la jurisprudencia (...)” y en segundo lugar “(...) hay que destacar que aquí juega, de nuevo, el antiguo axioma *ubi emolumentum, ibi onus*, o sea, que si hay perspectivas de beneficio por utilizar un nombre, también debe haber una consecuente afección por los daños producidos”. VELA SÁNCHEZ, Antonio José. *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Albolote: Comares, 2004. p. 26.

2.2 DESARROLLO EN EL DERECHO COLOMBIANO

La legislación colombiana, en un hecho novedoso y sin precedentes dentro del desarrollo jurídico nacional, consagra en la Ley 1480 de 2011 la figura del productor aparente. En efecto, en su artículo 20, ubicado en el título IV que trata la responsabilidad por productos defectuosos, esta norma dispone lo siguiente: “(...) para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto”.

Sin embargo, se observan en esta disposición tres grandes defectos que, contrario a lo que podría esperarse dada su novedad, generan que el alcance de la misma sea bastante restringido si se compara, por ejemplo, con los efectos de la figura del productor aparente en el derecho español.

En primer lugar, el artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 está ubicado en el título que desarrolla la responsabilidad por productos defectuosos, por lo cual debe entenderse que la figura del productor aparente que se consagra en esta disposición únicamente se aplica para dicho ámbito de responsabilidad. Además, se observa que la norma citada contiene la expresión “para efectos de este artículo” al comienzo, con lo cual se deduce que la aplicación de esta figura se refiere de manera exclusiva a la delimitación de los sujetos responsables para el caso de la responsabilidad por productos defectuosos. En consecuencia, queda entonces limitado el alcance de la figura del productor aparente de manera que no es posible aplicarla para los demás ámbitos de responsabilidad que desarrolla el mismo Estatuto del consumidor.

En este sentido, por ejemplo, si un consumidor adquiere un producto y pretende iniciar una reclamación en razón de que el mismo no cuenta con las condiciones de calidad o idoneidad ofrecidas, no podría vincular como sujeto pasivo a quien puso su marca sobre el producto, si este no es el verdadero productor.

En segundo lugar, puede constatarse que en la norma citada se consagra una presunción en el sentido de que quien “coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto” será considerado como productor, lo cual implica que este sujeto, el productor aparente, podrá desvirtuar la presunción en su contra demostrando quién es el verdadero productor, quedando así excluido del grupo de sujetos que la ley califica como responsables solidarios. A través de esta norma, la ley abre la puerta para que los sujetos que pongan su marca sobre un producto, con las consecuencias que ello implica, se salgan del ámbito subjetivo de aplicación de la misma desvirtuando fácilmente la presunción que pesa en su contra.

Por último, puede evidenciarse una tercera dificultad que se deriva de la redacción de la norma, pues la misma contiene la expresión “cuando no se indique expresamente quién es el productor”, lo cual supone que la figura del productor aparente se aplica exclusivamente cuando no hay una evidencia en el producto de la identidad del productor real. En otras palabras, de acuerdo con la norma, primero debe constatarse si en el producto se expresa quién es el productor real y de no ser así se pasaría a considerar como tal al productor aparente de manera subsidiaria⁶⁰.

La norma española, en cambio, no da lugar a esta interpretación pues como se vio, al productor aparente se le incluye dentro de los sujetos responsables al margen de que en el producto no aparezca mención alguna a su fabricante real o que, por el contrario, este sí figure perfectamente identificado⁶¹.

⁶⁰ Sobre este punto, sin embargo, Munar Cadena sostiene la siguiente interpretación: “No obstante la ambigua redacción de la norma, es necesario inferir que esa responsabilidad [la del productor aparente] no es subsidiaria de la del fabricante material, sino solidaria junto con los demás sujetos responsables. MUNAR CADENA, Pedro Octavio. “La responsabilidad por productos. Los grandes hitos de su evolución”, en: GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos (coord.). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ibáñez, 2013. p. 204.

⁶¹ Así lo sostiene, al menos, un sector importante de la doctrina española *Cfr.* VELA SANCHEZ, Op. Cit., p. 25; y ATAZ LÓPEZ, J., Op. Cit., p. 199. Citado por: DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1998. p.109.

Con fundamento en lo anterior, puede concluirse que la desafortunada redacción del artículo 20 del Estatuto del consumidor genera como consecuencia que el alcance de la figura del productor aparente se vea restringido a supuestos muy limitados. Por lo tanto, esta norma solo brinda una respuesta parcial y defectuosa a la pregunta planteada al inicio de este capítulo, en la medida en que únicamente cubre los casos que puedan presentarse dentro del ámbito de responsabilidad por productos defectuosos, con las correspondientes dificultades que ya se explicaron.

En este sentido, en los casos que se den dentro del ámbito de la responsabilidad por garantía, se hace necesario acudir a un fundamento diferente para situar el análisis sobre la responsabilidad del titular de la marca respaldadora, pues al no consagrarse una respuesta expresa en la ley para dicho tipo de supuestos, se corre el riesgo de abandonar al consumidor en una situación de desprotección de sus intereses, soslayando así la finalidad constitucional y última del derecho del consumo.

2.3 PROPUESTA

De acuerdo con lo expresado hasta el momento, y para mayor claridad en la exposición, es necesario resaltar que la propuesta que se desarrollará a continuación parte de los siguientes antecedentes.

En primer lugar, resulta claro que el Estatuto del consumidor consagra la figura del productor aparente, que como se vio, coincide con el titular de la marca respaldadora al que se ha venido haciendo referencia a lo largo de este escrito. Lo anterior, además, habría de suponer un avance en la respuesta a la pregunta planteada al inicio de este capítulo, esto es, si resulta jurídicamente posible comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora por el incumplimiento, imputable al productor y/o al proveedor, de las obligaciones derivadas del régimen de protección al consumidor contenido en el mismo Estatuto.

En segundo lugar, es posible afirmar que, por las razones antes expresadas, el artículo 20 del Estatuto del Consumidor cuenta con una redacción bastante desafortunada, por lo cual si se analiza a profundidad, puede concluirse que la norma no proporciona una solución completa y satisfactoria para el problema en cuestión.

Adicionalmente, y como consecuencia de esa redacción inconveniente, el problema de la responsabilidad del productor aparente es abordado por la norma únicamente en lo que se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos, de manera que los demás ámbitos de responsabilidad contemplados en el Estatuto deben enfocarse a través de la búsqueda de un fundamento distinto. Tal es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad por garantía legal.

En este sentido, se considera que para el primero de los ámbitos, es decir, la responsabilidad por productos defectuosos, la solución legal existente, aunque desafortunada, cierra la puerta para buscar un fundamento distinto, pues inevitablemente existe una consagración legal del problema y la misma es aplicable de manera prevalente frente a otra disposición que eventualmente se pueda encontrar, en razón de que se trata de una norma con carácter especial.

Una situación distinta se presenta en el caso de la responsabilidad por garantía, en el cual ante el vacío de regulación legal sobre la materia, sí existiría la posibilidad de buscar un fundamento no consagrado expresamente en la ley que permita, o por lo menos brinde algunas luces, sobre la manera de comprometer la responsabilidad del fabricante aparente.

En este orden de ideas, a continuación se desarrollará una propuesta dirigida a proporcionar una respuesta al problema jurídico planteado, específicamente en punto al ámbito de la responsabilidad por garantía legal, utilizando los elementos ya desarrollados a lo largo del capítulo 1. Para tal efecto se dividirá la exposición en tres preguntas:

2.3.1 ¿Dentro de las funciones que la marca cumple en el mercado, es posible atribuirle la generación de una confianza en el consumidor respecto de ciertas cualidades o características presentes en el producto que la misma identifica?

Como tuvo la oportunidad de señalarse en la sección 1.1, la marca es sin lugar a dudas el componente más importante dentro del vínculo que el comerciante construye con los consumidores, hecho que evidentemente reconoce el derecho de marcas al otorgarle a ésta la calidad de bien inmaterial, lo cual implica a su vez la concesión por parte del ordenamiento jurídico al titular de la misma de una serie de prerrogativas propias del derecho de propiedad. Esta protección jurídica, sin embargo, no se justifica únicamente en la medida en que resulta útil para los intereses del comerciante, a quien se le otorga un derecho de uso exclusivo y excluyente sobre el signo marcario, sino que además, es a través de la misma que se protege al consumidor como el extremo opuesto de la relación en la cual el signo distintivo cumple un papel conductor.

Ahora bien, para responder a la pregunta planteada, resulta útil ponerse en el lugar del consumidor con el fin de evidenciar la manera en que la marca, a partir de las funciones que desempeña en el mercado, contribuye a orientar sus decisiones de compra o de uso en un determinado sentido.

En primera instancia, cuando un consumidor se acerca al mercado, entendido como el espacio donde tienen lugar las transacciones entre oferentes y demandantes, lo hace con el fin de satisfacer una necesidad. En ese sentido, es determinante para este sujeto que su decisión esté situada en un contexto en el cual la información cumple un papel protagónico, en la medida en que la misma contribuye a formar su voluntad en cuanto a la conveniencia y las condiciones de adquisición o utilización de un producto.

No obstante lo anterior, tal como se señaló en la sección 1.2.1, el contexto en el que sucede la relación de consumo está caracterizado por una asimetría de poderes entre los sujetos que intervienen en la misma: en un extremo se ubica el empresario en una posición de parte

fuerte, dado su carácter de profesional; y en el otro extremo se sitúa el consumidor, la parte débil de la relación, quien está inmerso en una posición de indefensión. Al respecto, resulta especialmente ilustrativo el siguiente planteamiento de la Corte Suprema de Justicia:

(...) la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja negocial (...)⁶².

Una de las manifestaciones de dicho desequilibrio de poderes es la asimetría informativa, en la medida en que la información cumple un rol fundamental en la formación de la voluntad del consumidor⁶³. Por esta razón, la ley impone ciertas obligaciones dirigidas al empresario que tienen precisamente por objeto restablecer esa asimetría. En efecto, el Estatuto del consumidor, materializa dicha protección al reconocer, a favor del consumidor, un derecho a la información⁶⁴.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena).

⁶³ En términos de Granados Aristizábal, “(...) la información es un *bien* porque tiene un valor económico determinado por las circunstancias y por la utilidad que representa para los contratantes”. GRANADOS ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio. “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales”, en: *Revista e-Mercatoria*, V.12 N.1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 1 – 45. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=3509&path%5B%5D=3397> (Consultado: 3 de abril de 2015).

⁶⁴ Artículo 3, numeral 1.3: “Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

La información, como la define dicho Estatuto en su artículo 5.7, es “todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización”.

Como se habrá notado, la anterior definición legal contiene elementos que coinciden con las funciones que se le atribuyen a la marca, por lo cual es posible sostener, por las razones que se expondrán a continuación, que ésta última es en sí misma uno de los medios de los que dispone el comerciante para transmitir información a los consumidores.

En primer lugar, cuando la norma se refiere a la información como la forma de dar a conocer la naturaleza, el origen y el modo de fabricación de un producto, se advierte que estos mismos elementos pueden ser transmitidos por la marca. En efecto, si se toma la definición de la función distintiva de la marca, especialmente en su faceta de indicación de procedencia empresarial⁶⁵, puede constatarse que el signo distintivo permite garantizar al consumidor la identidad del origen del producto. Pero además, esta “garantía de origen” sirve a su vez para transmitir elementos como la naturaleza y el modo de fabricación de producto, en la medida en que a la marca se adhieren, en la mente del consumidor, valores asociados que corresponden a las características presentes en el producto.

Por ejemplo, una marca puede transmitir de manera implícita, mediante los valores que en ella se concentran, que determinado producto es de origen natural o fabricado con métodos artesanales, sin necesidad de que dichas características se indiquen de forma explícita en el producto.

Sin embargo, más allá de indicar elementos como el origen, el modo de fabricación o la naturaleza de un producto, la función distintiva de la marca permite también transmitir la

⁶⁵ *Vid., Supra*, 1.1.2.1, a).

idea de una calidad uniforme presente en los productos identificados por el mismo signo, la cual está directamente asociada con su procedencia empresarial. Estos elementos, como se habrá observado, están también incluidos en la definición legal de la información cuando se refiere a “las propiedades, la calidad, la idoneidad” y las demás características relevantes de un producto.

La calidad, en efecto, es un componente fundamental entre las características que la marca cumple el papel de transmitir. Por un lado, de acuerdo con la función indicadora de calidad, mediante el signo marcario se genera una expectativa razonable en el consumidor de que el empresario no introducirá variaciones significativas en la calidad de los productos ofrecidos. Por lo tanto, para el consumidor resulta predecible que el producto adquirido cuente con características idénticas o similares a uno de su misma clase, lo cual le permite repetir las experiencias de compra que hayan sido satisfactorias para él. Pero además, la calidad es, según se indicó⁶⁶, uno de los factores que contribuye a nutrir el *goodwill* o buena reputación que se condensa en la marca, lo cual en últimas permite que los consumidores otorguen una preferencia a los productos identificados con el signo y de ese modo probablemente los adquieran o consuman de manera reiterada.

En suma, como plantea Llobregat: “(...) los empresarios utilizan las marcas con el fin de que los consumidores las asocien con una información lo más completa y precisa posible sobre los precios, el origen, la calidad y las características de sus respectivos productos (...)”⁶⁷. En este sentido, podría afirmarse que el signo marcario es, en sí mismo, el medio más eficiente y práctico del que dispone el empresario para transmitir a los consumidores, ya sea de manera explícita o implícita (es decir, mediante relaciones de asociación), información sobre sus productos.

Con todo, más allá de constituir un poderoso y efectivo mecanismo para transmitir información a los consumidores, es posible sostener que el signo marcario se convierte

⁶⁶ *Vid., Supra*, 1.1.2.4.

⁶⁷ LLOBREGAT HURTADO, Op. Cit., p. 50.

además en un elemento generador de confianza dentro de las interacciones entre consumidores y empresarios, pues la confianza, como se podrá observar a continuación a partir del análisis de las funciones de la marca, aparece como una constante a lo largo de las relaciones que el signo marcario pretende construir y mantener.

En primer lugar, si se analiza la función distintiva en sus dos facetas, al explicar ya sea que la marca otorga al consumidor una garantía sobre el origen de determinado producto (indicación de procedencia empresarial) o que únicamente le permite diferenciar un producto de otro de su misma clase (distinción del producto); se presupone que este es un sujeto capaz de calificar de manera positiva o negativa las experiencias que tiene con el producto adquirido o consumido, de manera que cuando sus intereses son satisfechos, lo más lógico es que el producto o su origen empresarial sean valorados por él.

Como consecuencia de lo anterior, se crea en el consumidor la expectativa de que en una experiencia futura, las condiciones y características apreciadas van a repetirse, lo que en últimas contribuye a crear una relación de fidelidad ya sea con el producto, con su fabricante o con ambos. En síntesis, el consumidor adquiere o consume el producto porque confía en que la experiencia valorada que alberga en su mente va a repetirse.

Un fenómeno similar sucede si se analiza la función indicadora de calidad, pues ésta parte de la base de que las leyes del mercado estimulan a los empresarios a mantener o mejorar la calidad en su producción con el objetivo de atraer y conservar la fidelidad de sus consumidores, pero a su vez estos últimos atribuyen al producto determinadas características y cualidades que esperan sean mantenidas dentro de los productos identificados con un mismo signo. Ese “nivel constante de calidad”, como ya se explicó, se convierte entonces en una expectativa razonable que transmite el signo marcario y que conserva el consumidor, pues es lo que le permite fidelizarse con la marca y confiar en ella.

Por su parte, la función condensadora del *goodwill* demuestra, tal vez de la manera más evidente, la generación de confianza, al explicar que la marca busca concentrar la imagen

positiva que existe en la mente del público sobre el producto que ésta identifica, convirtiéndose así en el elemento que representa la buena reputación del mismo y la predisposición favorable de los consumidores. En este sentido, el *goodwill* presupone una preferencia de los consumidores basada en la confianza que estos depositan en la marca.

Pero adicionalmente, como se explicó en el desarrollo de la función publicitaria o atractiva⁶⁸, el signo marcario tiene en ocasiones la capacidad de atraer por sí mismo el interés del consumidor, pues sobre este se van condensando valores y mensajes asociados al producto que son promovidos por el empresario mediante mecanismos de comunicación, dirigidos a construir relaciones de fidelidad y confianza. Entre estos mecanismos la publicidad cumple un papel preponderante, pues la misma en últimas pretende influenciar las decisiones de compra del consumidor, creando en torno a la marca una imagen ideal de atributos y valores que penetra en su mente. Es por esta razón que en muchas ocasiones el consumidor termina adquiriendo la marca y no el producto.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, como ya se mencionó, la protección que el derecho le otorga a la confianza se basa en el hecho de que se confía cuando se tiene la expectativa de que algo va a suceder y esa expectativa es la que motiva al sujeto a actuar en determinado sentido⁶⁹. Por lo tanto, ubicándose en el lugar del consumidor, se encuentra que dentro de la realidad del mercado este sujeto orienta su decisiones de compra o de uso basado en la expectativa de que las características valoradas por él y transmitidas por la marca se encuentren efectivamente presentes en el producto que ésta identifica. Este simple hecho es el que lo motiva a depositar su confianza en el signo distintivo y por lo tanto actúa como mecanismo para persuadirlo en sus decisiones de compra y de uso.

La capacidad de la marca para construir expectativas en el consumidor es desarrollada por Weingarten de manera muy clara en los siguientes términos, que concuerdan con la idea que se ha venido expresando:

⁶⁸ *Vid., Supra*, 1.1.2.3.

⁶⁹ *Vid., Supra*, 1.3.1.

Tanto el nombre comercial como la marca son signos distintivos de la empresa y su finalidad es diferenciarla de sus competidores, y dar a los productos o servicios por ella fabricados o comercializados *una garantía de continuidad* para el consumidor.

Así la empresa construye su imagen y comunica al consumidor tanto las características físicas como simbólicas del producto o servicio como el de la empresa que lo produce, y genera en éste *una actitud de expectativa*.

(...) De esta manera, es la marca y no la visión del producto lo que establece una diferencia y decide la adquisición. Es la imagen la que sostiene la valoración y su derecho en expectativa.

La marca define la elección de un consumidor; *es una promesa de que colmarán sus expectativas*. Los nombres de marca conocidas otorgan información al consumidor sobre la calidad de un producto o servicio, *generándole mayor confianza y la certeza de que siempre encontrará dichas cualidades*⁷⁰. (cursivas propias)

En conclusión, puede afirmarse que además constituir un efectivo medio destinado a transmitir información sobre un producto (lo cual sin lugar a dudas resulta indispensable para el consumidor en su interés de tomar una decisión fundada), la marca cumple también el papel, tal vez más determinante a la hora de orientar su elecciones, de construir confianza mediante la generación de expectativas acerca de las características y cualidades presentes en los productos identificados con el signo.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que en la práctica comercial los esfuerzos de un empresario tengan como propósito primordial fortalecer el vínculo con el consumidor que encuentra su mayor expresión en la marca (su “activo intangible” más valioso), por lo cual

⁷⁰ WEINGARTEN, Celia. *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los actos propios*. Buenos Aires: Astrea, 2004. pp. 30 – 32.

el establecimiento y la permanencia de una relación fundada en la confianza puede llegar a calificarse como su mayor logro.

2.3.2 ¿La confianza que se crea en el consumidor derivada del uso sobre un producto de una marca respaldadora puede dar lugar a la generación de una expectativa legítima?

Una vez reconocido el rol que la marca, a partir sus funciones, cumple en el mercado como generadora de confianza, es necesario ahora pasar a analizar si en el caso específico en que una marca respaldadora aparece sobre un producto, el apoyo o respaldo que ésta le otorga al mismo puede dar lugar a la creación de una expectativa legítima en el consumidor.

En otras palabras, se trata de verificar si en el caso bajo examen⁷¹ concurren los requisitos necesarios para aplicar el principio de confianza legítima, a saber⁷²: (i) la existencia de una expectativa, (ii) la legitimidad de dicha expectativa y (iii) la no existencia de una situación jurídica consolidada.

De acuerdo con lo anterior, y frente al primero de los requisitos mencionados, vale la pena recordar que como ya tuvo ocasión de explicarse⁷³, en el contexto del *branding*, el hecho de vincular dos marcas se da con el propósito de generar sinergia y apalancamiento entre las mismas, y específicamente en el caso de las “co-marcas”, el sentido que subyace a este tipo de estrategias consiste en agregar valor al producto mediante el uso de dos signos que puedan generar en el consumidor la idea de un beneficio añadido.

Por lo tanto, cuando un consumidor se encuentra en el mercado con un producto sobre el que se percibe un pluralidad de marcas, teniendo en cuenta que cada uno de dichos signos

⁷¹ Es necesario precisar en este punto que para el análisis de adecuación a los requisitos del principio de confianza legítima, se toma como referencia el problema jurídico planteado, pero desde un punto de vista abstracto. Los casos concretos que puedan eventualmente presentarse dentro de este escenario deberían evaluarse teniendo en cuenta sus propios matices y particularidades.

⁷² *Vid., Supra*, 1.3.2.

⁷³ *Vid., Supra*, 1.1.3.

tiene la capacidad individual para generar confianza sobre las características y atributos presentes en el mismo, parece entonces razonable que este sujeto considere la marca respaldadora como un factor que otorga un “valor agregado” al producto. En este sentido, resulta evidentemente más atractivo para el consumidor el hecho de adquirir o utilizar un producto que goza del respaldo de una marca asociada a ciertas cualidades que son valoradas positivamente por él, lo cual se traduce en su mente como un “sello de calidad” que el signo distintivo le imprime al producto, debido a la confianza que este suscita en su mente.

Un fenómeno similar, que también involucra la generación de confianza a través de la marca, se presenta en el contrato de franquicia, en el cual la doctrina ha planteado la posibilidad de comprometer la responsabilidad del franquiciante frente al consumidor por los hechos del franquiciado. Entre los fundamentos que se han propuesto para soportar tal extensión de la responsabilidad, se ha reconocido que la imagen que emana de la marca de propiedad del franquiciante cumple un papel fundamental en la motivación del consumidor para adquirir o utilizar el producto o servicio comercializado por el franquiciado. Esta tesis la sostienen Navas Herrera y Mosquera Moreno al expresar que “en la práctica el consumidor final que contrata un servicio lo hace por el prestigio de una marca, desconociendo en realidad que este contrato lo realiza con un simple franquiciado y no con la matriz o titular de la marca y del *know – how*”⁷⁴.

Ahora bien, volviendo al escenario de la marca respaldadora, podría realizarse el siguiente planteamiento a partir de una analogía con el caso de la franquicia: el titular de la marca respaldadora (al igual que el franquiciante) es un sujeto cuyo signo goza de prestigio o *goodwill* en el mercado, factor que despierta el interés del consumidor y genera que este deposite su confianza en la marca respaldadora (lo mismo que sucedería con la marca del franquiciante). Lo anterior conduce a que el consumidor adquiera o consuma el producto

⁷⁴ NAVAS HERRERA, María Fernanda y MOSQUERA MORENO, Andrés. “El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador”, en: *Vniversitas*, N. 119, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010. p. 296. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a17.pdf> (Consultado: 25 de marzo de 2015).

con la expectativa de que el mismo cuenta con las condiciones de calidad que normalmente están asociadas a la marca (así como el cliente del franquiciado contrata motivado por la expectativa de encontrar la calidad que usualmente está vinculada a la empresa del franquiciante).

Los efectos del respaldo proporcionado por una marca son reconocidos por Weingarten al plantear, refiriéndose a lo que se denomina como el fenómeno de la “alianza de marcas” o *joint-branding* (que consistiría en últimas en una modalidad de uso de una marca respaldadora y otra respaldada), lo siguiente:

Las ventajas que presenta [el *joint-branding*] son que la marca conocida opera como un estímulo para la adquisición del *pack*; es un aval de calidad para la nueva marca y favorece, además, la penetración e inserción del nuevo producto en el mercado⁷⁵.

Así las cosas, puede entonces concluirse que el “valor agregado” o “sello de calidad” que el aval proporcionado por la marca respaldadora le confiere al producto, máxime en una situación caracterizada por la asimetría de la información entre los intervinientes (como sucede en la relación de consumo), efectivamente da lugar a la creación de una expectativa en el consumidor como consecuencia de la idea de confianza que el signo distintivo genera en su mente.

Por otra parte, ya verificada la existencia de la expectativa que en el contexto específico de la marca respaldadora se crea frente al consumidor (lo que significa que el primero de los requisitos necesarios para aplicar el principio de confianza legítima en este caso se encuentra presente), cabe preguntarse, de acuerdo con el segundo de dichos presupuestos, si tal expectativa puede calificarse o no como legítima. Para verificar el elemento de la legitimidad, como ya se explicó, es necesario determinar si la situación jurídica que genera la expectativa es, en primer lugar, objetiva, y en segundo lugar si dicha expectativa es en sí misma válida.

⁷⁵ WEINGARTEN, Op. Cit., p. 35.

Aplicando estos elementos al caso en examen, frente al primero de ellos (la objetividad), es posible afirmar que la situación que genera la expectativa (es decir, el hecho de usar sobre un producto una marca respaldadora), constituye un acto exterior con la suficiente capacidad y fuerza en el plano fáctico para conducir e impulsar la conducta del consumidor hacia una determinada dirección⁷⁶ (la cual en últimas consiste en el acto de adquirir o utilizar el producto respaldado por la marca; acto que este sujeto efectúa, como se ha reiterado, siempre bajo la motivación de encontrar en el producto un “sello de calidad” originado en la confianza generada por la marca respaldadora). Por lo tanto, podría concluirse que el elemento de la objetividad se encuentra efectivamente presente.

De otro lado, y pasando al segundo de los elementos que dotan de legitimidad la expectativa (esto es, su validez, entendida desde un plano subjetivo), también podría verificarse su existencia, toda vez que situándose en el lugar del sujeto en quien se crea la expectativa (el consumidor), resultaría posible creer con cierta convicción en que lo esperado (es decir, que el producto sea efectivamente avalado por el titular del marca respaldadora, con las consecuencias que, como se verá más adelante, esto implica) puede legítimamente obtenerse dentro de un marco de legalidad y buena fe.

De acuerdo con lo expuesto, y verificado el cumplimiento de los dos primeros requisitos necesarios para aplicar el principio de confianza legítima, es posible concluir así mismo que en el caso bajo examen puede hablarse de una situación jurídica no consolidada (tercer elemento necesario) en la medida en que en este escenario el ordenamiento jurídico no ha previsto una solución concreta y específica para garantizar una protección de la situación, por lo cual la misma no podría calificarse como un derecho adquirido.

⁷⁶ El elemento de la objetividad en la generación de confianza, llevado al plano de las relaciones de consumo específicamente, es desarrollado por Weingarten al explicar: “Este requisito de objetivización alude a una situación socioeconómica y jurídica que por su regularidad, notoriedad, su intensidad persuasiva, tiene tal entidad que hace que un usuario o consumidor lo tome como base para sus decisiones”. WEINGARTEN, Op. Cit., p. 18.

En efecto, vale la pena recordar que como ya tuvo ocasión de explicarse⁷⁷, en el Estatuto del consumidor el problema de la responsabilidad del titular de la marca respaldadora (o productor aparente), únicamente fue abordado (aunque de manera desafortunada) en lo referente a la responsabilidad por productos defectuosos, de manera que para los demás ámbitos de responsabilidad contemplados en este Estatuto, especialmente el de la garantía legal, existe una ausencia de regulación específica sobre la materia, lo cual precisamente es lo que permite hablar de una situación jurídica no consolidada y por lo tanto da pie a que se formule una solución como la que se ha venido construyendo.

En síntesis, y como respuesta a la pregunta planteada, se puede concluir que la confianza que se crea en el consumidor derivada del uso sobre un producto de una marca respaldadora efectivamente puede dar lugar a la generación de una expectativa legítima.

2.3.3 ¿Como consecuencia de la generación de confianza legítima en el consumidor, resulta jurídicamente posible comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora ante el incumplimiento, imputable al productor y/o al proveedor, de las obligaciones propias del ámbito de la responsabilidad por garantía legal?

En primer lugar, es importante recordar que el principio de confianza legítima parte precisamente de la necesidad de proteger jurídicamente la confianza, entendida ésta como una institución cuyo mantenimiento resulta esencial para el derecho. Por lo tanto, no tendría sentido que el ordenamiento jurídico reconozca que en determinada situación confluyen los elementos necesarios para que pueda configurarse una expectativa legítima, pero que no se prevea un mecanismo específico destinado a asegurarle al sujeto en quien se crea dicha expectativa una protección efectiva.

En este contexto, surge la necesidad de preguntarse si dentro de las consecuencias que se pueden derivar del reconocimiento de una situación generadora de confianza legítima en el caso que se ha venido desarrollando, podría encajar la atribución al titular de la marca

⁷⁷ *Vid., Supra*, 2.2.

respaldadora de una responsabilidad frente al consumidor por el incumplimiento, imputable a un sujeto diferente (productor y/o proveedor), de las obligaciones emanadas del régimen de la garantía legal establecido en el Estatuto del consumidor.

Ahora bien, volviendo a la lógica que orienta la aplicación del principio de confianza legítima pero llevada al plano de las relaciones de consumo, resulta bastante ilustrativo el siguiente planteamiento de Weingarten:

El consumidor actúa según la apariencia de credibilidad dada por una marca, un nombre o un sistema; los propios actos como conductas dinámicas antecedentes generan expectativas, y quien actúa conforme a ellas tiene derecho a que esas expectativas se vean satisfechas y a poner en marcha los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para obtener su cumplimiento (transformar el derecho en expectativa en efectivo)⁷⁸.

Dentro de este escenario, en el cual se reconoce el derecho de los consumidores a que sus expectativas sean satisfechas por el ordenamiento jurídico, se hace necesario formular una interpretación del problema planteado que asegure, entre el espectro de posibles soluciones, la protección más efectiva para este sujeto. En este sentido, se observa que el mecanismo más adecuado para garantizar la prevalencia de los derechos del consumidor consistiría precisamente en la atribución de responsabilidad al titular de la marca respaldadora por el incumplimiento, imputable a otro sujeto, de las obligaciones propias del régimen de la garantía legal. Lo anterior podría fundamentarse en varias razones.

En primera medida, se considera que el apoyo o respaldo que es proporcionado por la marca y que se percibe como un “sello de calidad” debería entenderse, siguiendo la lógica del consumidor, en un doble sentido. Por un lado, como se ha visto, el respaldo hace confiar al consumidor en que las características valoradas por él y transmitidas por la marca

⁷⁸ WEINGARTEN, Op. Cit., p. 52.

respaldadora, realmente se encuentran presentes en el producto que ésta identifica. Pero además, y como contrapartida necesaria a esa confianza creada, el respaldo debería comprenderse así mismo como el sustento de una atribución de responsabilidad al titular del marca respaldadora en el evento de una vulneración de los derechos del consumidor, que para el caso consistiría en el incumplimiento de las obligaciones de calidad e idoneidad propias del régimen de la garantía legal.

Lo anterior podría justificarse, en la medida en que, si se asume una orientación tuitiva de este último sujeto (como la que informa a nuestro ordenamiento jurídico), resulta perfectamente razonable que si el titular de la marca respaldadora motivó al consumidor, para adquirir o utilizar el producto valiéndose del uso de su signo distintivo; debe de igual forma ver comprometida su responsabilidad en el caso en que se presente un incumplimiento de las obligaciones impuestas legalmente por el régimen de protección al consumidor tanto al productor como al proveedor del producto.

En efecto, cuando el consumidor adquiere el producto respaldado por la marca, éste espera que las condiciones que ese respaldo implica sean mantenidas en el tiempo, es decir, su expectativa no se limita a que el producto cuente con las cualidades y características valoradas por él, sino que además espera que ante una vulneración de esa confianza (lo que se presentaría frente a un incumplimiento de las obligaciones de la garantía legal), la misma pueda ser restablecida por el sujeto que precisamente dio lugar o en cierta forma contribuyó a su generación.

De acuerdo con lo expuesto, la solución más consecuente con la protección de la confianza para el caso en que un consumidor adquiera o utilice un producto que no cumpla con las condiciones de calidad e idoneidad ofrecidas, sería extender la responsabilidad (en principio aplicable únicamente al productor y al proveedor de dicho producto) de modo que el titular de la marca respaldadora también sea vinculado como sujeto pasivo de los remedios previstos en la ley tendientes a resolver ese incumplimiento. En otras palabras,

esto consistiría en una ampliación de la categoría de los sujetos que la norma considera como solidariamente responsables frente al incumplimiento.

La solución expuesta sería así mismo la más adecuada desde el punto de vista de la protección de la buena fe, principio que como ya se vio, está íntimamente ligado con la garantía de la confianza legítima. Al respecto, puede concluirse que la buena fe implica proteger la expectativa albergada por el consumidor en cuanto a la exigibilidad de la obligación de calidad del producto, de acuerdo a los deberes que a las partes (y especialmente a la empresa) les son exigibles conforme a estándares de lealtad y rectitud.

Por último, puede afirmarse que la propuesta planteada sería así mismo consecuente con una de las características, que como se vio, nutren el régimen de la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor: la ruptura de la relatividad contractual, específicamente en punto al extremo de la relación en el cual se ubican las empresas. En últimas, al vincular como sujeto pasivo al titular de la marca respaldadora se estaría siguiendo la línea de involucrar en el fenómeno de la relación de consumo, con las consecuencias que ello implica, a todos los sujetos intervinientes en el proceso de producción (de los cuales hace parte, por supuesto, el titular de la marca respaldadora).

Así entonces, y solo mediante una solución de tal naturaleza, puede transformarse para el consumidor el “derecho en expectativa” en uno efectivo, garantizando de ese modo que la finalidad constitucional que orienta el régimen de protección del consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011 no se vea defraudada.

2.4. Conclusiones

A continuación se expondrán de manera muy breve algunas conclusiones generales sobre el segundo capítulo, con el fin de insistir en puntos que se consideran de especial relevancia:

- A la pregunta sobre la posibilidad de comprometer jurídicamente la responsabilidad del titular de la marca respaldadora, el derecho español (mediante el TRLGDCU), siguiendo los lineamientos trazados por el impulso legislativo que se ha dado en la Unión Europea, proporciona una respuesta que se concreta en la consagración de la figura que en la doctrina se ha denominado como el “productor aparente”. Esta figura es aplicable en las relaciones de consumo tanto para el ámbito de la responsabilidad por garantía (libro II del TRLGDCU) como para el ámbito de la responsabilidad por productos o servicios defectuosos (libro III del TRLGDCU). Además, en la doctrina española, el fundamento para la responsabilidad del productor aparente se ha situado, ya sea conjunta o separadamente, en instituciones como la confianza, la apariencia jurídica y la teoría del riesgo beneficio.
- Al igual que la española, la legislación colombiana establece en la Ley 1480 de 2011 la figura del productor aparente. Sin embargo, además de presentar serios inconvenientes derivados de su redacción, el alcance de la norma queda restringido exclusivamente a los eventos propios del ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, por lo cual se hace necesario buscar, para los casos no cobijados por la misma, y especialmente para los supuestos de responsabilidad por garantía legal, un fundamento diferente que permita comprometer la responsabilidad del titular de la marca respaldadora. Lo anterior, con el fin de brindar una respuesta que garantice la debida protección de los intereses del consumidor.
- Dicho fundamento puede empezar a construirse a partir del análisis de las funciones de la marca, pues ésta, por un lado, constituye un efectivo mecanismo destinado a transmitir información sobre el producto (un elemento de gran valor si se tiene en cuenta que dentro de las relaciones de consumo impera un elevado nivel de asimetría informativa), pero además, cumple también el papel de construir confianza mediante la generación de expectativas acerca de las características y cualidades presentes en los productos identificados con el signo distintivo, pues la

confianza aparece como una constante a lo largo de las relaciones que el signo marcario pretende construir y mantener.

- En el escenario específico en el cual aparecen sobre un producto una marca respaldadora y otra respaldada, la primera de estas actúa otorgando al producto un “valor agregado” o “sello de calidad”, lo que en últimas se traduce en la mente del consumidor generándole una expectativa soportada en la idea de confianza que el signo distintivo despierta en su mente. Pero además, dicha expectativa puede calificarse como legítima en la medida en que el respaldo constituye un acto con la suficiente fuerza persuasiva para conducir e impulsar la conducta del consumidor hacia la adquisición del producto (elemento de objetividad) y adicionalmente, para este resulta razonable desde un punto de vista subjetivo que lo esperado puede legítimamente obtenerse (elemento de validez).
- Ante una situación de incumplimiento, imputable al productor y/o proveedor de un producto, de las obligaciones propias del ámbito de la responsabilidad por garantía legal, el mecanismo más adecuado para garantizar la prevalencia de los derechos del consumidor consistiría en la atribución de responsabilidad al titular de la marca respaldadora, en razón de que ese incumplimiento daría lugar a la vulneración de la confianza legítima creada. Solo mediante la inclusión de este sujeto dentro de la categoría de responsables solidarios frente al incumplimiento, se podría transformar para el consumidor el “derecho en expectativa” en uno efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AAKER, David A. y JOACHIMSTHALER, Erich. *Liderazgo de marca*. Barcelona: Deusto, 2006.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”, en: *Revista Themis*, N. 27-28, Lima: Universidad Católica del Perú, 1994. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11360/11870> (Consultado: 3 de marzo de 2015).
- ARANGO PERFETTI, Daniel. “Ámbito de la responsabilidad en la protección al consumidor: Ley 1480 de 2011”, en: *Foro del Jurista - Estatuto del consumidor: Una mirada a la Ley 1480 de 2011*, N. 29. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2012. Disponible en: http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Biblioteca/EstudiosJuridicos/Foro%20del%20jurista_PDF%20interactivo_17oct2012.pdf (Consultado: 25 de febrero de 2015).
- ATAZ LÓPEZ, J., “La legitimación pasiva en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, en: *Iniuria*, N. 5, 1995.
- BUSTO LAGO, José Manuel. “Los riesgos del desarrollo en el sistema de responsabilidad civil español”, en: GARRIDO CORDOBERA, Lidia María y BUSTO LAGO, José Manuel. *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español*. Madrid: Reus, 2010.
- CASTRO GARCÍA, Juan David. *La propiedad industrial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

CAYCEDO ESPINEL, Carlos Germán. “Esquema de la responsabilidad civil en el derecho de protección al consumidor en Colombia”, en: SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo (coord.). *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2013.

CHIJANE DAPKEVICIUS, Diego. *Derecho de Marcas: Contratación marcaría*. Buenos Aires: Euros, 2011.

Constitución Política de 1991. Julio 7 de 1991. Colombia.

Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón).

Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000 (M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional, Sentencia C-973 de 2002 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis).

Corte Constitucional, Sentencia T-248 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de abril de 2009, Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena).

DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L. *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. “Signos distintivos”, en: FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos; OTERO LASTRES, José Manuel y BOTANA AGRA, Manuel (coord.). *Manual de la propiedad industrial*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

GRANADOS ARISTIZÁBAL, Juan Ignacio. “Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor: una aplicación del principio de buena fe a la totalidad de las relaciones contractuales”, en: *Revista e-Mercatoria*, V.12 N.1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=emerca&page=article&op=view&path%5B%5D=3509&path%5B%5D=3397> (Consultado: 3 de abril de 2015).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar. “Fabricantes, importadores y proveedores de productos defectuosos: análisis de los «sujetos responsables» en el régimen de responsabilidad civil por el producto en el Derecho español”, en: *Ámbito Jurídico*, V. XII, N. 71, 2009. Disponible en: www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6670 (Consultado: 4 de marzo de 2015).

JEREZ DELGADO, Carmen. “Diez notas sobre el sistema español de responsabilidad civil en derecho de consumo: ¿más próximo al modelo europeo o al colombiano?”, en: SÁNCHEZ GARCÍA, Mateo (coord.). *La responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2013.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Monografías de Civitas. Madrid: Civitas, 1991.

Ley 153 de 1887. “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”. 15 de agosto de 1887. Diarios oficiales N° 7.151 y 7.152. Colombia.

Ley 1480 de 2011. “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y de dictan otras disposiciones”. 12 de octubre de 2011. Diario oficial N° 48.220. Colombia.

LIZARAZU MONTOYA, Roberto. *Manual de propiedad industrial*. Bogotá: Legis, 2014.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de propiedad industrial*. 2 ed. Madrid: La Ley, 2007.

MESA VALENCIA, Andrés Fernando. *El principio de la buena fe: el acto propio y la confianza legítima. Hacia una teoría del precedente administrativo en Colombia*. Medellín: Universidad de Antioquia – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2013. Disponible en: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecasesdespendencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyArquitectura/BibliotecaDiseno/Archivos/Tab10/19%20Buena%20Fe%20web.pdf> (Consultado: 3 de marzo de 2015).

METKE MÉNDEZ, Ricardo. *Lecciones de propiedad industrial*. Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2001.

MONROY, Daniel. “Las garantías imperativas en el ámbito de aplicación del derecho del consumo: una visión crítica a partir del Nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia”, en: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, V. 44, N. 120, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2014. Disponible en: <http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/2680/2331>. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

MUNAR CADENA, Pedro Octavio. “La responsabilidad por productos. Los grandes hitos de su evolución”, en: GUAL ACOSTA, José Manuel y VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos (coord.). *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, Ibáñez, 2013.

NAVAS HERRERA, María Fernanda y MOSQUERA MORENO, Andrés. “El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador”, en: *Vniversitas*, N. 119, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana,

2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a17.pdf>
(Consultado: 25 de marzo de 2015).

NEME VILLAREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, en: *Revista de Derecho Privado*, N. 11, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpri&page=article&op=view&path%5B%5D=575&path%5B%5D=543> (Consultado: 27 de febrero de 2015).

OVIEDO-VÉLEZ, M. y MORENO VÁSQUEZ, M. “Remedios del consumidor frente a fallas de calidad e idoneidad del producto”, en: *Revista de Derecho Privado*, N. 51, Bogotá: Universidad de los Andes, 2014. Disponible en: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri496.pdf. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

PAÑOS PÉREZ, Alba. *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*. Almería: Universidad de Almería, 2010.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus, 2011.

Real Decreto Legislativo 1º de 2007. “Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”. Noviembre 16 de 2007. D.O. N° 20555. España.

SEGURA, Lorena del Pilar. “Alcances de la confianza legítima en el derecho privado colombiano”, en: *Cuadernos de la maestría en derecho*, N. 3, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013. Disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-derecho/edicion3/alcances-de-la-confianza-legitima-en-el-derecho-privado-colo>

mbiano.pdf (Consultado: 25 de febrero de 2015).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 75-IP-2014. Disponible en:
<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Procesos/75-IP-2014.docx>.

VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia. “De las garantías: una obligación del productor y el proveedor”, en: VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (directora). *Perspectivas del Derecho del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

VALENCIA RESTREPO, H. *Monárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José. *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*. Albolote: Comares, 2004.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos. “La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano”, en: *Vniversitas*, N. 119, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a18.pdf>. (Consultado: 25 de febrero de 2015).

WEINGARTEN, Celia. *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los actos propios*. Buenos Aires: Astrea, 2004.