

# LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE Y FRANQUICIADO FRENTE AL CONSUMIDOR

ISABELLA LECOMPTE VERGARA\*

MICHELLE VISBAL OTERO\*\*

## RESUMEN

El nuevo Estatuto del Consumidor consagra normas encaminadas hacia la efectiva protección de los derechos de los consumidores, de tal forma que se logre un conocimiento claro de estos y al mismo tiempo apuntar a una plena seguridad jurídica en la materia.

Sin embargo, se evidencian graves falencias de técnica legislativa, como por ejemplo la falta de reglamentación de figuras tales como la franquicia, la cual ha sido relegada a un segundo plano, por lo cual es necesaria la consideración de teorías extranjeras sobre la responsabilidad para hallar solución a las controversias que se susciten en torno a esta. Este artículo pretende asistir, mediante el planteamiento de metodologías tendientes a establecer la responsabilidad de tanto franquiciante como franquiciado frente al consumidor, al esfuerzo por consolidar el sistema de tutela a la persona dañada en el contrato de franquicia.

**Palabras clave:** franquicia, responsabilidad por hecho ajeno, franquiciante, franquiciado, consumidor, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual.

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2013  
Fecha de aceptación: 20 de julio de 2013

---

\* Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del grupo de investigación de derecho privado. Correo electrónico:isabellalecompte@gmail.com

\*\* Estudiante de séptimo semestre de Derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. Asistente editorial Revista *Vniversitas*. Miembro del grupo de investigación de derecho privado. Correo electrónico:michevisbal@hotmail.com

## THE FRANCHISOR AND FRANCHISEE'S LIABILITY TOWARDS THE CONSUMER

### ABSTRACT

*Colombia's new Consumer Protection Statute comprehends rules directed to the effective protection of consumer's rights, in order to accomplish a clear understanding of these standards and at the same time to acquire legal certainty in the subject. Nevertheless, several failures can be exposed throughout the norm, for example, the lack of regulation of figures such as franchising, which has been downgraded to a second position, therefore it's necessary to have into consideration foreign theories about responsibility with the purpose of finding solutions to the controversies that eventually may appear. This article pretends to assist in the effort of reinforcing the defense system in relation to the damaged person through the suggestion of methodologies that tend to establish the responsibility of the franchisor and the franchisee towards the consumer.*

**Key words:** *Consumer, Franchising, Franchisee, Franchisor, responsibility of foreign acts, contractual responsibility, extra contractual responsibility.*

### INTRODUCCIÓN

La noción propia de consumidor no existía siquiera a mediados del pasado siglo, por lo que el verdadero surgimiento se da en la década de los setenta en Francia, y ha evolucionado hasta el día de hoy para consolidarse como uno de los movimientos legislativos más importantes de la historia contemporánea.

Colombia no ha sido ajena a este proceso, ya que inspirado en esta tendencia, ha habilitado la existencia normativa de criterios propios para posibilitar a toda víctima de un daño injustificado la reparación integral de su perjuicio, tema que primordialmente interesa al derecho por su función de dotar de justicia a las relaciones entre los diversos agentes de la sociedad. A su turno, esto se ha visto reforzado por el constante incremento en la concentración de la riqueza, típico de toda sociedad de estirpe capitalista, por lo que concierne al legislador encaminar su quehacer a la producción de una normatividad completa y efectiva **para combatir estas dificultades y proporcionar soluciones para la protección real de los consumidores.**

En virtud de esto, es trascendental la labor que se ha llevado a cabo en la gran mayoría de países mediante normas, que al funcionar como instrumentos idóneos para regular, auspiciar y proteger los derechos y deberes de los consumidores, productores y proveedores, convierten el ordenamiento jurídico en una herramienta efectiva para el desarrollo adecuado de las relaciones interpersonales en una creciente sociedad de consumo. Por su parte, nuestro ordenamiento ha tomado una serie de medidas encaminadas a la obtención de estos objetivos, las cuales han quedado plasmadas en la Ley 1480 del año 2011. El surgimiento de esta nueva legislación cambiaría los lineamientos del antiguo estatuto para ahondar más en temas de derechos del consumidor, en especial en lo tocante con los nuevos contratos y coyunturas que trae consigo el siglo XXI.

Sin embargo, es claro que el legislador no ha abarcado a profundidad uno de los temas que más urgen por reglamentar en la actualidad, este es el contrato de franquicia, en especial en cuanto a sus efectos concernientes a la responsabilidad derivada del incumplimiento, por lo que los derechos de las partes involucradas se ven expuestos a los múltiples peligros que envuelve el arbitrio de la autonomía de la voluntad privada.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene por objeto realizar una breve aproximación al contrato de franquicia, enfatizando en el aspecto de la responsabilidad que asume cada una de las partes con relación a los consumidores, para resaltar de esta forma, la ausencia de regulación de la responsabilidad del franquiciante por hechos del franquiciado frente a terceros consumidores, a la luz del Estatuto del Consumidor. Esta labor se llevará a cabo mediante el análisis de la doctrina internacional y la legislación colombiana referente al tema, para así consumir un llamado de atención de cara a la vacante que subyace en el ordenamiento nacional.

## **1. CONFIGURACIÓN Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Fundamentalmente, se puede decir que el contrato de franquicia se configura como una herramienta que permite la comercialización de bienes y servicios de forma eficaz. Tal como señala el profesor Osvaldo Marzorati, autor del libro *Franchising*, “a nivel doctrinal en derecho comparado no existe un consenso sobre el concepto de franquicia(...) sin embargo, desde un punto de vista económico, no cabe duda alguna de que la franquicia es un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios.”<sup>1</sup>

---

1 MARZORATI, OSVALDO (2001). *Franchising*. Ed., Editorial Astrea, pág.1.

## 1.1 Antecedentes de la franquicia

Los orígenes de la franquicia se remontan a la Edad Media, donde este negocio se refería más bien a temas relacionados con beneficios aduaneros. La forma como era concebida la franquicia se aleja ciertamente de la idea de un sistema de distribución comercial como es esta conocida hoy por hoy. Un antecedente que se asimila más a lo que se entiende hoy en día por franquicia, se remonta alrededor del año 1850 en los Estados Unidos, en el cual una compañía conocida como *Singer Sewing Machine Company*, cuya sede se encontraba ubicada en Connecticut, confiere una serie de franquicias a un grupo de comerciantes independientes que querían comercializar los productos de dicha empresa<sup>2</sup>.

Ciertamente, estas se pueden catalogar como las primeras manifestaciones de esta figura contractual, más no es sino hasta la llegada del siglo XX donde realmente la franquicia se consolida como un contrato de gran utilidad para el tráfico jurídico y económico. Una muestra de esto es el uso que se empieza a efectuar de franquicias por parte de compañías petroleras, supermercados y restaurantes<sup>3</sup>.

Por su parte, si bien las definiciones jurídicas y demás desarrollos que han tenido lugar alrededor de esta figura no han sido uniformes, esto no ha sido un impedimento para que la franquicia se haya consolidado a nivel mundial y mucho menos se puede desconocer el gran auge que ha tenido, constituyéndose como una de las formas más innovadoras para conseguir la distribución efectiva de bienes y servicios alrededor del mundo.

## 1.2 Concepto de franquicia

En palabras de Mendelsohn:

*“El Franchising es una relación contractual que se establece entre el franquiciante y un franquiciado, donde el primero brinda y se obliga a mantener un interés permanente en el negocio que transfiere al franquiciado en aquellas cuestiones referidas al know how y al training; el franquiciado opera bajo nombre, sistema, procedimientos controlados*

---

2 En este año Coca-Cola otorga franquicias con relación al embotellamiento de su producto. *Id.*, pág. 4.

3 Supermercado como Piggy Wiggly, la compañía de renta de vehículos como Herzt Rent-a-Car y el restaurante A & W Root Beer, son algunos ejemplos de compañías que optaron por este sistema. *Id.*

*que son del franquiciante (que las ha creado y desarrollado), y en los que el franquiciado hace una inversión sustancial de capital en un negocio que emprende por sí, bajo su propio riesgo.”<sup>4</sup>*

De acuerdo con esto, un elemento fundamental que puede explicar el gran boom de la franquicia es el hecho que permite distribuir ese bien o servicio de una forma no solo más eficiente, sino también más efectiva comparado a si se utilizaran otros contratos. Es así como no queda duda de que:

*“La franquicia se ha convertido en un sistema que constituye una atractiva alternativa de crecimiento empresarial, permitiendo que todo aquel que tiene claro dentro de sus objetivos y logros personales ser el dueño de su propio negocio, pueda conseguirlo y tenga éxito en la ejecución del mismo.”<sup>5</sup>*

### 1.3 Elementos

En primer lugar, se puede señalar que para hablar propiamente de la existencia de un contrato de franquicia se requiere que converjan los siguientes elementos:<sup>6</sup>

- a) “Know-How”: Este es uno de los elementos cardinales y se entiende como la obligación que tiene el franquiciante de entrenar al franquiciado para que de esta forma este pueda desarrollar el negocio. En este sentido, el franquiciado debe seguir las instrucciones que le han sido proporcionadas y emplear el conocimiento que el franquiciante le ha transferido en aras de poder conducir el negocio correctamente<sup>7</sup>.

Es por esto que se considera que el conjunto de experiencias, conocimiento y procedimientos que el franquiciante ha adquirido a lo largo del tiempo son esenciales en este contrato, puesto que son lo que ha permitido alcanzar el éxito.

---

4 MASCHERONI, JORGE. (1999). *Franchising*. Ed., Editorial Fundación de Cultura Universitaria, pág.15.

5 <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-contrato-de-Franquicia.pdf> (1 de julio, 2012)

6 Tomado de la obra *Franchising* del profesor Osvaldo J. Marzorati donde este enlista los elementos que considera esenciales del contrato de franquicia. Marzorati, *supra* nota 1, at 35.

7 MARZORATI, *supra* nota 1, at 36.

- b) Método operativo: Mediante un manual operativo se establece cómo se desarrollarán las relaciones de cooperación e interacción entre las partes del contrato. De esta manera, el franquiciante va a prestar asistencia técnica al franquiciado de acuerdo con lo estipulado en este manual cuando lo requiera, en temas como asesoramiento para la elección y construcción del local, selección de los empleados, aplicación y utilización de sistemas contables, entre otros.
- c) Licencia de marca: El franquiciado además de hacer uso de la marca propia del franquiciante, está obligado también hacer uso de los signos distintivos, y seguir las orientaciones que le han sido dadas.
- d) Regalías o contraprestación: El franquiciado paga al franquiciante una retribución por concepto de los servicios y asistencia que este último le presta en virtud del contrato que han celebrado<sup>8</sup>.
- e) Operador de franquicia: Al identificarse este como un contrato *intuitio personae*, la muerte o incapacidad de aquel que es llamado el operador de la franquicia son ejemplos de causales que pueden llevar a su rescisión, considerando que quien lleve este título debe estar capacitado y calificado para desarrollar el negocio, por lo que no puede ser cualquiera.
- f) Territorio: Finalmente, se debe establecer en el contrato la zona de actuación que tendrá el franquiciado.

#### 1.4 Características del contrato de franquicia

En primer lugar, la franquicia en el ordenamiento colombiano es considerada como un contrato atípico<sup>9</sup>, y además de esto, de carácter consensual, en la medida que se perfecciona cuando las partes manifiestan su voluntad de contratar. Del mismo modo, otra característica es la bilateralidad, donde los deberes de las partes se entienden correlativos<sup>10</sup>. Este rasgo es de gran relevancia cuando se consideran supuestos como el incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, entre otros, para así determinar el régimen que le es aplicable.

Por otro lado, es un contrato oneroso, ya que tiene por objeto la utilidad tanto de franquiciado como franquiciante y cada uno de estos asume cargas

---

8 MARZORATI, *supra* nota 1, at 36.

9 Arrubla Paucar, Jaime (2009). *Contratos mercantiles*. Ed., Biblioteca Jurídica Diké, pág. 378.

10 MASCHERONI, *supra* nota 5, at 77.

o gravámenes en beneficio del otro. Otra característica que un sector de la doctrina ha establecido es que existe una independencia de los sujetos respecto al desarrollo del contrato, al cual se evidencia en la práctica con la autonomía que se da no solo a nivel jurídico, sino también financiero. Entretanto, también se caracteriza por la permanencia de la relación en el tiempo y la uniformidad, ya que se controla como cada franquiciado maneja su negocio.

Por su parte, otra característica ya mencionada cuando se hizo referencia a los elementos, trata de la cooperación que se da en esta relación contractual. En este orden de ideas, de acuerdo con el profesor Marzorati:

*Uno de los elementos que caracterizan a la franquicia y que la distinguen de la distribución es justamente la mucho más estrecha colaboración que tiene lugar entre las partes, según la cual el tomador no debe solo usar la marca y las insignias del otorgante sino también seguir sus instrucciones<sup>11</sup>.*

### **1.5 Efectos y vacíos**

No obstante las definiciones anteriores, en Colombia no existe suficiente legislación del tema y su estudio se ha dado a un ritmo lento con un desarrollo intelectual reducido. De esta forma, al recurrir a regímenes jurídicos como el Código Civil o el mismo Código de Comercio se identifica como este no regula de forma expresa dicho contrato, con lo cual se identifica que es aquí donde se manifiestan los diversos vacíos existentes con relación a su celebración, ejecución y responsabilidades, por ejemplo, frente a terceros, entre otros temas que resultan de gran relevancia.

Por lo tanto, un aspecto que llama la atención es el hecho de que el franquiciado se debe encargar no solo de vender, distribuir u ofrecer los productos o servicios del franquiciante, sino que además de esto, le corresponde responder por unos estándares de seguridad y calidad que le exige este, tal y como se mencionó con anterioridad. Para esto, “*el franquiciante ejercerá o tendrá la autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método operativo del franquiciado*”<sup>12</sup> y a su turno “*ofrece significativa asistencia al franquiciado en los últimos métodos operativos (...)*”<sup>13</sup>

11 MARZORATI, *supra* nota 1, at 22.

12 MASCHERONI, *supra* nota 5, at 61.

13 *Id.* 61.

Es en este punto, se constata uno de los talones de Aquiles de la franquicia, puesto que numerosos debates han tenido lugar en torno de la cuestión de la responsabilidad que puede aparecer con relación a los consumidores, por productos defectuosos por parte del franquiciado. En este sentido, la transferencia del know-how, su aplicación, el seguimiento de instrucciones, así como el control que ejerce el franquiciante, se configuran como situaciones que juegan un papel crucial al momento de definir el compromiso que puede surgir eventualmente al desarrollar el negocio dado en franquicia.

Es por esto, que algunos autores consideran, al igual que el profesor Marzorati, que *“las leyes que regulan la responsabilidad por productos defectuosos, los seguros garantías y otros aspectos similares, pueden ser los aspectos legales más importantes de una operación de franquicia.”*<sup>14</sup>

Lo preocupante es que muchas veces es difícil encontrar una regulación legal específica que deje claro el tratamiento que se le debe dar a este tema de la responsabilidad, aterrizado en las franquicias. En el reducido marco legal que se puede identificar en relación a esta cuestión, sobresale el decreto 2153 del año 1992, la Decisión 486 del año 2000 de la Comunidad Andina de las Naciones, así como la circular externa 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio, Ley 256 de 1996, el Estatuto Tributario y régimen tributario y buenas prácticas, entre otros<sup>15</sup>.

No obstante, como se evidencia, no hay legislación específica que trate los temas de responsabilidad y aun cuando se pensó que el nuevo Estatuto del Consumidor lo haría, desafortunadamente se encuentra que a la luz de este no hay mención concreta del supuesto. Si bien es evidente que con la expedición de este estatuto se busca la tutela de los consumidores frente a los riesgos que puedan sufrir, habría que remitirse a los artículos que tratan la responsabilidad por producto defectuoso, por ejemplo, para resolver los eventuales problemas de responsabilidad, sin perjuicio de caer en el mismo limbo jurídico.

Por lo tanto, resulta importante realizar un acercamiento a la figura de la responsabilidad civil y sus especies a la luz del ordenamiento colombiano, con el fin de esclarecer su alcance dentro del ámbito de las relaciones entre consumidor, franquiciante y franquiciado.

---

14 MARZORATI, *supra* nota 1, at 407.

15 Tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio se encuentran algunas disposiciones aplicables en lo que respecta a las figuras tradicionales del régimen de los contratos y las obligaciones.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Correspondiente con el principio romano de *alterum non laedere*, el derecho suscita la creación de la obligación jurídica de reparación al damnificado por parte del actor, con el fin de devolver a la persona, en la medida de lo posible, a la situación original previa al acaecimiento del daño. De acuerdo con esto, la obligación de resarcir el perjuicio causado puede ser consecuencia de actos de diferente naturaleza, por lo que resulta imperativo resaltar las distinciones entre los efectos del acto producto del ejercicio de la voluntad privada, que tiene como consecuencia el contrato y se manifiesta como ley para las partes, y aquellos que derivados de los designios del Estado, que acaban forjados en la ley<sup>16</sup>.

### 2.1 Responsabilidad civil contractual

En este sentido, cabe recalcar que para diferenciar y otorgarle el tratamiento jurídico adecuado a los dos tipos de responsabilidad civil, es necesario partir de la *responsabilidad contractual*, estableciéndose comúnmente entre personas que se han atado voluntariamente y que por tanto se han encaminado a puntualizar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado<sup>17</sup>.

#### 2.1.1 Concepto

Jean-Luc Aubert lo define como “*aquella que resulta de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido,*” por lo que se centra en el campo de un derecho de carácter privado de crédito, que solo se manifiesta en un contexto restringido, es decir entre las partes de un contrato y en relación con los perjuicios originados de dicho acuerdo de voluntades<sup>18</sup>.

#### 2.1.2 Requisitos

En primer lugar, es necesario que exista un contrato, ya que no se podría hablar de responsabilidad contractual sin este vínculo jurídico entre el sujeto que ocasiona el daño y el dañado. Igualmente, se debe partir de que el contrato sea válido, pues sin la validez se entienden como no nacidas las obligaciones

16 Barreto, Antonio (2003). Algunas consideraciones sobre el régimen de incumplimiento contractual a partir del principio de reparación integral. Ed., Econta, pág. 6.

17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5099 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Febrero 19 de 1999).

18 AUBERT. JEAN-LUC (1979). *Introducción al derecho*. Ed., Presses Universidad de Francia, pág. 117.

y sin causa sus consecuencias patrimoniales. El tercer requisito para que se configure la responsabilidad contractual es que el negocio jurídico en cuestión, verdaderamente ate tanto al responsable como a la víctima, y por último es imperativo que el incumplimiento del contrato genere un daño<sup>19</sup>.

### **2.1.3 Límites de la responsabilidad**

Al hablar de una responsabilidad delimitada, se entiende que es aplicable la presunción de culpa frente al deudor, motivo por el cual tendrá este la carga de probar su diligencia y cuidado, y hasta el caso fortuito de haber lugar a él. La Corte Suprema expone este precepto en sentencia del 7 de julio de 1951, en donde explica que:

*Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos, porque el incumplimiento es un hecho o una omisión que afecta el derecho ajeno. El deudor puede destruir esa presunción probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (C.C., art. 1604). Pero como la culpa proviene de no obrar con la diligencia o cuidado que la ley gradúa según la naturaleza del contrato (arts. 63 y 1604), resulta que al deudor, para exonerarse de responsabilidad, no le basta con probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación<sup>20</sup>.*

No obstante, el incumplimiento puede ser consecuencia de una causa extraña al deudor o que el hecho haya sobrevenido sin la culpa del deudor, por lo que se estaría en el campo del incumplimiento inimputable<sup>21</sup>. Esta noción se precisa en el artículo 1604 del Código Civil, en su inciso segundo que reza “*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (...), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*”<sup>22</sup>.

### **2.1.4 Responsabilidad contractual en el contrato de franquicia**

De esta forma, teniendo clara la noción de responsabilidad civil contractual, se puede sostener que en el campo de la relación entre el franquiciado y el

19 *Id.*, pág. 86-94.

20 Corte Suprema de Justicia. Proceso 688. (Julio 7 de 1951).

21 YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Ed., Dykinson, pág. 97.

22 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 1614. Abril 15 de 1887 (Colombia).

consumidor hay cabida a este tipo de responsabilidad. Al generarse un daño al consumidor producto de la relación contractual existente, como lo podría ser cualquier perjuicio derivado del producto defectuoso<sup>23</sup>, es decir un cumplimiento parcial, se perfeccionan los requisitos para que efectivamente se esté en la esfera de la responsabilidad contractual.

Por lo tanto, el franquiciado deberá responder por el daño, ya que esta obligación pertenece a la clasificación de obligaciones de resultado. Sin embargo, como ya se mencionó previamente, el franquiciado podrá probar caso fortuito para sustraerse del ámbito de la responsabilidad contractual, o en su defecto probar otra causal de exoneración<sup>24</sup>.

## 2.2 Responsabilidad extracontractual

A continuación se expondrá lo correspondiente al tema de la responsabilidad civil extracontractual, también conocida como responsabilidad Aquiliana.

### 2.2.1 Concepto

La Corte Suprema de Justicia la describe en su sentencia de 1999 como aquella que *“opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce.”*<sup>25</sup> Se entiende que el deber de reparar el daño se origina entre personas que no ostentan vinculación previa alguna, pues se atenta contra el deber genérico de no causar daño a los demás, más no un derecho de origen contractual<sup>26</sup>.

Este concepto se encuentra consignado en el artículo 2341 del Código Civil, el cual manifiesta que *“el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido*

---

23 Definido por la Ley 1480 de 2011, por la cual se expide el Estatuto del Consumidor, el producto defectuoso es “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca la razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho. Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Art. 5°. Octubre 12 de 2011. D.O N° 48.220.

24 CUBIDES CAMACHO, JORGE (2009). *Obligaciones*. Ed., Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF, pág. 417.

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5099 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; febrero 19 de 1999).

26 YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Ed., Dykinson, pág. 80.

daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.<sup>27</sup>

### **2.2.2 Responsabilidad extracontractual en el contrato de franquicia**

Así las cosas, es posible aseverar que en la eventual relación franquiciante y terceros consumidores, producto de una demanda de indemnización de perjuicios, esta se hallaría regida por los lineamientos de la responsabilidad extracontractual, pues entre las partes involucradas no media vínculo contractual alguno.

### **2.3 Responsabilidad por hecho ajeno**

Es aquí precisamente donde adquiere gran utilidad y relevancia la teoría de la responsabilidad por hecho ajeno, la cual se encuentra tipificada en Código Civil a partir del artículo 2347<sup>28</sup>. Esta relación se aparta del ámbito contractual principalmente producto de la pretendida autonomía del franquiciado en lo concerniente al ejercicio de su negocio con respecto al franquiciante.

Volviendo a la consagración en el ordenamiento jurídico como cláusula general, la responsabilidad por hecho ajeno en el Código Civil señala varios casos en los cuales se ejemplifica dicha figura, por lo que se incluye aquella responsabilidad de los padres en virtud del hecho o culpa del hijo, entre otros. Es imperativo resaltar que dicha enumeración no arroga en medida alguna un carácter taxativo, ya que es posible que otras situaciones fácticas puedan tener cabida dentro de este supuesto, siempre y cuando cumplan con los requisitos fundamentales de la responsabilidad por el hecho ajeno<sup>29</sup>.

En esa medida, para que una situación se configure bajo el escenario de la responsabilidad por hecho ajeno es esencial la consecución de una serie de premisas, concretadas principalmente por la jurisprudencia y la doctrina. Estas

27 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 2341. Abril 15 de 1887 (Colombia).

28 Artículo 2347: Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (...) pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 2347. Abril 15 de 1887 (Colombia).

29 TAMAYO, ALBERTO (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ed., Ediciones Doctrina y Ley, pág. 135 y ss.

son: el vínculo de subordinación o dependencia de una persona respecto de otra<sup>30</sup>; la obligación civil de desplegar actividades de orientación y vigilancia sobre el subordinado y el daño ocasionado a un tercero producto de la actuación culpable por parte del subordinado<sup>31</sup>.

Precedentemente al análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad por hecho ajeno y su conexidad inmediata con la relación franquiciante y consumidores, es necesario tener en cuenta lo expuesto por el profesor Arturo Alessandri, pues asegura que “[...] *el que tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que cause daño, no responde del hecho de ésta sino del suyo propio, que es la falta de vigilancia que sobre ella debía ejercer [...]*.”<sup>32</sup> De acuerdo esto, el franquiciante no responderá en razón del hecho culposo de su dependiente, es decir del franquiciado, sino que será obligado a resarcir los perjuicios causados por su propia negligencia en el deber de cuidado que permitió la ocurrencia del hecho dañino por parte del franquiciado contra un tercero, en este caso el consumidor. Lo proscrito por el Código Civil se encuentra en concordancia con este postulado, ya que como bien en el último inciso del artículo anteriormente citado establece, la persona quedará exonerada de este tipo de responsabilidad extracontractual si empleando la diligencia adecuada no haya podido impedir el hecho.

Esta noción de tutela al interés del consumidor ha sido reiterada por la doctrina francesa, la cual sustenta que, en la realidad, el fin del deber del delegante se inscribe sobre la base de un mandato legal impuesto en beneficio de la sociedad en general para de ese modo procurar un mayor rango de amparo a los terceros, ante una eventual insolvencia del sujeto subordinado<sup>33</sup>. Asimismo, la doctrina española ha considerado que esta teoría revierte las calidades de una responsabilidad directa, pues se instituye con el incumplimiento de los deberes

---

30 La dependencia constituye la razón prevista legalmente –como condición objetiva– para que el principal asuma las consecuencias disvaliosas de un obrar ajeno. María M., Agoglia; Juan C., Boragina & Jorge A., Meza. *Responsabilidad por hecho ajeno*, pág. 39. Ed., Ediciones Depalma. (1995). Para más información véase Zavala de González. *La responsabilidad del principal por hecho del dependiente*, cit., pág. 73.

31 TAMAYO, ALBERTO (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ed., Ediciones Doctrina y Ley, pág. 135 y ss.

32 Alessandri, Arturo (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Ed., Imprenta Universal, pág. 213.

33 Ver Le Torneau, La Responsabilité Civile, cit n° 1699; Ripert, la regle morale n° 126, citado por Kemelmajer de Carlucci, e Código Civil, Bellucio-Zannoni, cit. María M., Agoglia; Juan C., Boragina & Jorge A., Meza. *Responsabilidad por Hecho Ajeno*, Ed., Ediciones Depalma. (1995), pág. 38.

de vigilancia y designación de los sujetos subordinados, independientemente de la responsabilidad abarcada por el autor material del daño<sup>34</sup>.

En este orden de ideas, se procederá a comprobar brevemente cómo ante una eventual relación extracontractual entre el franquiciante y el consumidor se reúnen todos los requisitos propios de la responsabilidad por hecho ajeno, de modo que le sea aplicable dicho régimen.

En primer lugar, es preciso partir del presupuesto base de la responsabilidad por hecho ajeno, es decir, la subordinación de una persona en relación con otra, que para el caso objeto de análisis, es la subordinación entre franquiciante y el franquiciado. Es importante esclarecer el significado de subordinación con el que se manejará el criterio aquí mencionado, en la medida que este tiene un vínculo esencial con la dependencia, por lo cual se entenderá como aquella *“situación fáctica de encargo, realizada en interés de otro con independencia de que el prestador satisfaga paralelamente un interés propio y de que los actos efectivamente desempeñados se dirijan, en concreto.”*<sup>35</sup>

Teniendo esto claro, es evidente que si bien en el contrato de franquicia se parte de un mecanismo de colaboración empresarial entre franquiciado y franquiciante<sup>36</sup>, también dentro de su esencia está la relación de asistencia del otorgante, es decir del franquiciante, con carácter permanente y un indudable control por parte de este<sup>37</sup>.

Con todo, la igualdad que algunos doctrinantes pretenden conferir al contrato de franquicia resulta desvirtuada por la realidad del negocio jurídico en sí, ya que en innumerables textos y contratos se advierte el efectivo y reiterado control y orientación a lo largo del contrato que efectúa el franquiciante en relación al negocio del franquiciado.

Consecuentemente, para que se configure la responsabilidad por hecho ajeno se exige la mera autorización para actuar, siempre y cuando el ejercicio de la actividad del agente dependiente se encuentre, por lo menos potencialmente,

34 Para más información véase las sentencias 16/04/63, 15/2/75, 26/6/82, 16/3/86, 22/6/88 del Tribunal Supremo español. *Id.*, pág. 12.

35 AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C., & MEZA, JORGE A. (1995). *Responsabilidad por hecho ajeno*. Ed., Ediciones Depalma, pág. 44.

36 Corte de apelaciones de París. (Abril de 1978) Eliana Núñez & Silvia Tanzi. *Contrato de Franquicia en Contratos Especiales del Siglo XXI*. Ed., Abeledo-Perrot. (1999), pág. 79.

37 MARZORATI, *supra* nota 1, at 394.

circunscrito a la injerencia del principal, con las respectivas atribuciones de vigilancia, participación u orientación<sup>38</sup>.

Así las cosas, es claro que en la medida que el quehacer del franquiciado se encuentre condicionado a las orientaciones y controles emanados del franquiciante, se estará bajo la óptica de la subordinación, por lo que ante un eventual incumplimiento del primero, el franquiciante estará en la obligación de resarcir el daño causado al consumidor. Al respecto, la doctrina de la UNIDROIT ha establecido en relación a la franquicia que:

*“[...] el franquiciador normalmente dará también consejo sobre la administración continua de la operación franquicia, el manejo y la contratación del personal, la contabilidad y presentación de informes, incluyendo las formas que deberían utilizarse, las técnicas de venta que se deberían adoptar y las relaciones públicas y actividades de publicidad. (...) el control de la red por el franquiciador puede considerarse una obligación (...) porque el franquiciador conserva el derecho a controlar la actuación del sub-franquiciador”.*<sup>39</sup>

Esta serie de controles permanentes que realiza el franquiciante se efectúan en aras de una transmisión efectiva del *know-how*, para así cerciorarse que el producto dispuesto al público cumpla con las cualidades y se garantice el prestigio de la marca del franquiciante.

Por último, para que se configuren los requisitos de la responsabilidad por hecho ajeno es imperiosa la existencia de un daño causado a un tercero como consecuencia de la conducta del dependiente. En cuanto a este presupuesto, basta con que haya un verdadero perjuicio inferido a un consumidor por la actuación realizada con dolo o culpa de aquel que se encuentra subordinado por el franquiciante, es decir, del franquiciado.

Materializándose todos los elementos constitutivos de la responsabilidad por hecho ajeno, es factible corroborar la perspectiva de la mayoría de la doctrina al establecer que es aplicable este régimen al contrato de franquicia, por lo que el franquiciante estará obligado a responder ante el perjuicio de un consumidor por el hecho del franquiciado.

38 Para más información ver Santiago Cavanillas Múgica. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Enero/marzo 1989, cit., sentencias del tribunal supremo del 18/6/79, 21/11/83, 26/6/84, 9/7/84. ). María M., Agoglia; Juan C., Boragina & Jorge A., Meza. *Responsabilidad por hecho ajeno*. Ed., Ediciones Depalma. (1995), pág. 44.

39 Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT). *Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*. (2005), pág. 66 y ss.

## **2.4 Tesis de independencia, grado de subordinación y ejercicio rutinario de los controles**

Por otra parte, existe un sector de la doctrina que considera acertada la tesis que establece que existe cierto nivel de independencia en la relación que tiene lugar entre franquiciante y franquiciado, y en virtud de esto la responsabilidad por los perjuicios causados a terceros consumidores la debe asumir exclusivamente el franquiciado. El sustento de esta noción radica en que la empresa franquiciadora no sostuvo ningún tipo de relación jurídica con el sujeto afectado, por tanto no es viable que a esta le sean imputables los daños que le han sido causados por la empresa franquiciada, considerando su distinta personalidad jurídica que deriva del propio concepto y naturaleza del contrato de franquicia<sup>40</sup>.

De esta manera, se reconoce como argumento principal la esencial autonomía empresarial que caracteriza este tipo de contrato, la cual se traduce en el hecho de que tanto franquiciado como franquiciante vendrían a ser dos sujetos diferentes a todos los efectos. Algunos señalan que la más clara muestra de esto es la indudable independencia jurídica y económica que se da entre las partes, ya que el franquiciado no está completamente subordinado en estos aspectos al franquiciante, sino que lo que sucede entre ellos es descrito más bien como una relación de cooperación. De esta forma, si bien es cierto que el franquiciado sigue instrucciones, este está actuando a nombre propio y al mismo tiempo asume los riesgos que trae consigo la instalación, establecimiento y desarrollo del negocio, lo cual sin duda implica comprometer con ello su patrimonio.

Desde esta perspectiva, es claro que uno de los objetivos que busca el franquiciante al celebrar este contrato es evitar los eventuales riesgos que pueden acaecer en desarrollo de la comercialización de sus productos, como también difundir su marca y llevarla a otros mercados sin necesidad de invertir capital propio. Por esta razón es que a partir de esta tesis se considera excesivo responsabilizar al franquiciante por hechos del franquiciado, ya que contraría los principios de independencia que están impresos en esta relación.

Entre tanto, otro argumento en el que se basa esta tesis, es el hecho de que el franquiciado no asume grandes riesgos en esta relación. Esto se explica en la medida que en cierta forma su inversión está garantizada, debido a que se está beneficiando del prestigio y conocimiento de una marca que ya ha incursionado en el mercado y no tiene, por ejemplo, la carga de invertir tiempo ni recursos

---

40 [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/17-ELCONTRATODEFRAN\\_QUICI\\_A\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17-ELCONTRATODEFRAN_QUICI_A_000.pdf) (1 de julio, 2009).

económicos posicionándola, lo cual sin duda alguna disminuye considerablemente sus riesgos. Lo único que debe hacer es seguir las disposiciones y el esquema que le han proporcionado para conseguir el éxito.

### **3. RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIADO FRENTE AL CONSUMIDOR**

Ya habiendo definido previamente el concepto de franquicia, así como también el sistema de la responsabilidad, resulta vital centrarse en la noción de consumidor y examinar los posibles escenarios en los cuales los intereses de este se puedan ver afectados con relación a este contrato en particular.

El Estatuto del Consumidor propende por la protección de los derechos de los consumidores, buscando evitar que los derechos e intereses de estos se puedan verse vulnerados, al igual que responsabilizar a los autores por sus acciones dañinas. Esto se puede ver tanto en el artículo quinto, pues se adopta un criterio amplio incluyendo dentro de esta condición de consumidor a un gran número de sujetos y no solo aquel que directamente compra el bien o servicio, sino que cualquiera que se pueda ver afectado por este, como en el artículo sexto, donde se hace alusión expresa a la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que se ofrecen.

Ahora bien, aterrizando estas nociones a la relación franquiciado - consumidor, se puede establecer que si en esta se causa un daño, ciertamente debe resarcirse. Si bien la Ley 1480 de 2011 no hace alusión expresa al tema de las franquicias, lo último que debe suceder en un escenario como el mencionado es que se desconozca la responsabilidad, y por tanto que los perjuicios no sean debidamente reparados. De esta manera, a la luz de dicho estatuto, se estaría frente a una responsabilidad contractual, donde en primera medida el consumidor afectado debe ir en contra del franquiciado, ya que fue con quien celebró el contrato.

Como se expresó anteriormente, *“el franquiciante suministrará al franquiciado, el método operativo, instrumentos y técnicas para reproducir un negocio”*<sup>41</sup> y por tanto, será de gran importancia que este las siga minuciosamente, para así evitar posibles contingencias que de una u otra forma afecten a los consumidores. En palabras del profesor Mascheroni,

---

41 MASCHERONI, *supra* nota 5, at 226.

*“[...] existiendo muchas veces la obligación del franquiciado de fabricar productos de acuerdo a patentes, normas técnicas e instrucciones precisas del franquiciante, será muy importante para este tener muy claro cuál es la legislación del país, los usos y costumbres del territorio donde se instalará la franquicia, a efectos de tener presente la adjudicación de responsabilidades.”<sup>42</sup>*

De esta forma, si bien en Colombia no hay una legislación específica aplicable a esta cuestión, si se examina este caso bajo las disposiciones de la Ley 1480 de 2011, el franquiciado tendría la obligación de responder por los perjuicios que causare al consumidor con sus productos o servicios defectuosos. Esto se puede ver sustentado de igual forma en la siguiente norma:

El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar (...) 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 daño, se entienden los siguientes: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley<sup>43</sup>.

En este orden de ideas, es claro que en el caso en que se llegue a ocasionar un perjuicio al consumidor por motivo del suministro de un producto o servicio de carácter defectuoso, en virtud del ordenamiento colombiano, el consumidor tendría las herramientas para obligar al franquiciado a responder por el daño ocasionado. Todo esto, a partir de la tutela que se ha establecido en el nuevo estatuto y a su turno por configurarse esta como una vía más efectiva para reclamar sus derechos, puesto que este ha celebrado un contrato con el franquiciado, así que en primera medida debería seguir este procedimiento.

---

42 *Id.*

43 Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Art. 21. Octubre 12 de 2011. D.O N° 48.220.

#### 4. RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIANTE FRENTE AL CONSUMIDOR

Ahora bien, en cuanto a las diversas causales de responsabilidad del franquiciante respecto de los consumidores vale la pena efectuar varias precisiones. En primer lugar, se deben distinguir las obligaciones propias del franquiciante a raíz del contrato de franquicia, ya que con el incumplimiento de estos deberes es posible la realización de un perjuicio al consumidor. Según el profesor Marzorati, las principales obligaciones del franquiciante son: *“proveer el producto o servicio objeto de la franquicia, dar entrenamiento al franquiciado y brindarle asistencia permanente”*<sup>44</sup>. Es por esto que hay que partir del supuesto de que los franquiciantes, en una infinidad de casos, son a la vez proveedores o fabricantes del producto que se venderá, por lo cual su responsabilidad se aumentará en la medida que desplieguen esta labor. De esta forma, resulta factible plantear la responsabilidad directa del fabricante o proveedor a la luz del Estatuto del Consumidor, ya que en su artículo 20 se establece que *“el productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos (...)”*<sup>45</sup>. Cabe recalcar que esta norma está replicada en ordenamientos extranjeros, por ejemplo el español<sup>46</sup> y el panameño<sup>47</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en desarrollo a lo establecido en el artículo 78<sup>48</sup> de la Constitución, ha señalado unos lineamientos en cuanto a las responsabilidades de los fabricantes y distribuidores respecto de los consumidores. En este sentido ha establecido:

44 MARZORATI, *supra* nota 1, at 22.

45 Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Art. 20. Octubre 12 de 2011. D.O N° 48.220.

46 El artículo 135 del Real Decreto legislativo 1° del año 2007 manifiesta que “los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen. Real Decreto Legislativo 1° 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. Art. 135. Noviembre 16 de 2007. D.O N° 20555.

47 La Ley 45 de 2007 establece la “solidaridad del proveedor por responsabilidad extracontractual. Si del bien o servicio, o si por instrucciones inadecuadas o insuficientes sobre ese, su utilización y los riesgos, resulta un daño o perjuicio al consumidor, responderá el proveedor o, en su caso, el fabricante, siempre que haya mediado dolo, culpa, falta, negligencia o imprudencia de este último”. Ley 45 de 2007. Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Art. 80. Noviembre 7 de 2007. DO N° 25914.

48 La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, 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. (...) Constitución Política de Colombia [Const] Art. 78. Julio 7 de 1991 (Colombia).

*“a) es una responsabilidad que trasciende la relación contractual derivada de la compraventa o la adquisición del bien o servicio, y que puede ligar a personas que no han celebrado contrato alguno como puede ocurrir entre el fabricante y el último adquirente, o entre el fabricante y un consumidor no adquirente. (...) c) Es una especie de responsabilidad solidaria en los términos del artículo 2344 del Código Civil.”<sup>49</sup>*

Asimismo, la Corte en esta providencia ha hecho énfasis en la condición de inferioridad económica que ostenta el consumidor en relación al fabricante o distribuidor, por lo que en concordancia con el artículo 13 de la Carta Política este deber de seguridad se configura como una obligación de resultado, y por ende el fabricante o distribuidor deberá resarcir los perjuicios derivados de su incumplimiento<sup>50</sup>.

Por otro lado, es preciso enfatizar en que se parte de la teoría de que el franquiciante responde en realidad por el hecho propio, es decir que su responsabilidad deriva de la omisión de una obligación propia que tiene como consecuencia el hecho dañino del franquiciado. De acuerdo con esto, uno de los compromisos contractuales a cargo del franquiciante, por el cual estaría obligado a responder eventualmente, es la obligación de información, debido a que suministrar los productos al público con los avisos necesarios es competencia del franquiciante<sup>51</sup>.

De igual manera, el deber de información se encuentra ligando íntimamente con la obligación de seguridad a cargo del franquiciante, en la medida que a este le corresponde cerciorarse de suministrar todo tipo de indicaciones e instrucciones para así asegurarse que el producto o servicio y su posterior utilización no causen daños en la salud o integridad de los compradores<sup>52</sup>. Al respecto, la ley de defensa al consumidor argentina hace énfasis en esta obligación y manifiesta a turno que:

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

50 *Id.*

51 KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (1990). Aproximación al Franchising: especial referencia al régimen de responsabilidad civil, en *Responsabilidad por daños*, pág. 305. Ed., Abeledo-Perrot. La ley argentina de defensa al consumidor establece a cargo del proveedor el deber de información y para esto manifiesta que “tal información debe ser suministrada en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales.” Ley 24.240 de 1993. Normas de protección y defensa de los consumidores. Art. 4. Octubre 13 de 1993. D.O N° 24.240.

52 SOLARTE, ÓSCAR ARTURO. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*. At 290.

*“Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.”*<sup>53</sup>

De esta forma, para un sector de la doctrina, la obligación de seguridad revierte el carácter de responsabilidad objetiva, ya que si el franquiciante incumple la obligación de evitar un perjuicio al consumidor, derivado de la utilización o consumo del bien o servicio, estará obligado a resarcir los daños que esta inobservancia ocasione<sup>54</sup>.

Finalmente, para comprender otra de las razones por las cuales el franquiciante está obligado a resarcir los perjuicios derivados del hecho del franquiciado, hay que partir del propósito mismo del contrato de franquicia, ya que según el profesor Arrubla,

*“La función del contrato no se agota con la transferencia de los conocimientos técnicos y de organización o administración comercial, sino que se pretende también que el franquiciado actúe de manera tal que el público consumidor, pareciera que está utilizando un establecimiento de propiedad del franquiciante.”*<sup>55</sup>

De esta forma, a partir de la transmisión del Know-How y las demás obligaciones tendientes a establecer una homogeneidad en el establecimiento de comercio del franquiciado con respecto a la del franquiciante, el consumidor entiende que está contratando con la empresa identificada con la marca distintiva<sup>56</sup>. Por lo tanto, la responsabilidad se deriva de la confianza que se le garantiza al consumidor o la seguridad que este espera frente a la idoneidad del producto ofrecido<sup>57</sup>.

53 Ley 24.240 de 1993. Normas de protección y defensa de los consumidores. Art. 5°. Octubre 13 de 1993. D.O N° 24.240.

54 NÚÑEZ, ELIANA & TANZI, SILVIA (1999). *Contrato de franquicia en contratos especiales del siglo XXI*, pág. 87. Ed., Abeledo-Perrot.

55 ARRUBLA PAUCAR, JAIME (2009). *Contratos mercantiles*. Ed., Biblioteca Jurídica Diké, pág. 378.

56 El Código Deontológico europeo de la franquicia establece que “la marca del franquiciador, símbolo de la identidad y de la reputación de la Red, constituirá la garantía de calidad del servicio prestado al consumidor. Esta garantía estará asegurada por la transferencia y el control del respeto del “saber hacer” y por la puesta a disposición del franquiciado de una gama homogénea de productos y/o servicios y/o tecnologías”. Código Deontológico Europeo de Franquicia Aplicable a España. Art. 2°. Enero 1 de 1991. (España).

57 Para más información ver Libro de *Jornadas* 1a. y 2a. parte, Universidad Notarial argentina y Universidad Nacional de Tucumán. Eliana Núñez & Silvia Tanzi. *Contrato de Franquicia en Contratos Especiales del Siglo XXI*. Ed., Abeledo-Perrot. (1999), pág. 86.

Adicionalmente, es necesario comprender la base sobre la cual se realiza el negocio entre el consumidor y el franquiciado, ya que el primero deposita su confianza en la empresa del último por el profesionalismo y el prestigio que posee la marca a nivel nacional o mundial, es decir que en realidad el consumidor contrata con la legítima expectativa de calidad e inocuidad del producto o servicio, por lo cual se verifica la presunción de que este ha sido elaborado con el control externo necesario<sup>58</sup> por parte del franquiciante. En este sentido, si por motivo de un eventual incumplimiento relacionado con las características del producto, el franquiciante podría verse obligado a responder por la falta de estándares de calidad con el que el franquiciado ha vendido dicho producto.

## **CONCLUSIÓN**

Sintetizando lo expuesto anteriormente, resulta evidente el gran debate que se suscita en torno al contrato de franquicia, en especial, teniendo en cuenta que existe frente a este un vacío legislativo de tal magnitud que da lugar a la incertidumbre en cuanto a los mecanismos aplicables a las diversas controversias que puedan devenir. Si bien se desconocen las razones del legislador para omitir la reglamentación de una figura tan relevante para el tráfico jurídico comercial, se confiaba que el Estatuto del Consumidor diera respuesta a esta necesidad normativa; sin embargo, como se evidencia en el presente trabajo, esto no ha sido así.

Por su parte, considerando las diferentes alternativas que ha propuesto la doctrina en razón de esta problemática, resultaría viable en el contexto colombiano aplicar la teoría de la responsabilidad por hecho ajeno, expuesta previamente, sin olvidar que hay que verificar la realidad del contrato en cuanto al nivel de autonomía e independencia que tiene el franquiciado, teniendo siempre como eje la protección a los derechos de los consumidores.

Este escenario sugiere la necesidad de un fortalecimiento en la responsabilidad que asumen las partes al momento de celebración y ejecución del negocio, con el fin de evitar un desincentivo en la formación de los contratos de franquicias, debido al gran riesgo que puede implicar este para una de las partes. En virtud de esto, se sugiere que tanto franquiciante como franquiciado, en la etapa precontractual, discutan y acuerden mecanismos que permitan definir el ámbito de responsabilidad de cada parte, para así estar preparados ante una eventual situación en la que se deba responder por perjuicios causados.

---

58 *Id.*

Una de las soluciones propuestas por la doctrina para protegerse ante estas contingencias es la adquisición de un seguro por parte del franquiciado, para así cubrir las posibles costas de un proceso y la indemnización correspondiente en caso de ser condenado. Igualmente, sería ideal que franquiciante también tomara una póliza de este tipo con el mismo fin. Otra posible solución ante la eventualidad de una demanda por responsabilidad, es el pacto de una cláusula de exoneración de responsabilidad, con causales que sean lo suficientemente específicas para impedir posibles abusos y arbitrariedades.

A pesar del actual panorama, se espera que en un futuro se resuelva esta coyuntura mediante un pronunciamiento, sea por vía legislativa o jurisprudencial, con el fin de reconocerle la importancia que esta figura amerita, hasta el punto que pueda llegar a ser reconocido como un contrato autónomo y típico en el ordenamiento colombiano. Por ahora, solo queda tener fe en la justicia y esperar que los casos que se presenten sean resueltos de forma correcta ciñéndose a los parámetros de responsabilidad ya aludidos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (1990). Aproximación al Franchising: especial referencia al régimen de responsabilidad civil, en *Responsabilidad por daños*. Ed., Abeledo-Perrot.
- TAMAYO, ALBERTO (2005). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Ed., Ediciones Doctrina y Ley.
- BARRETO, ANTONIO (2003). *Algunas consideraciones sobre el régimen de incumplimiento contractual a partir del principio de reparación integral*. Ed., Econta.
- ALESSANDRI, ARTURO (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*. Ed., Imprenta Universal.
- Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887 (Colombia).
- Código Deontológico Europeo de Franquicia Aplicable a España. Enero 1 de 1991. (España).
- Constitución Política de Colombia [Const] Art. 78. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Corte Suprema de Justicia. Proceso 688. (Julio 7 de 1951).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 5099 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; febrero 19 de 1999).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Civil. Proceso 5012 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez; octubre 25 de 1999).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; abril 30 de 2009).

- NÚÑEZ, ELIANA & TANZI, SILVIA (1999). *Contrato de franquicia en contratos especiales del siglo XXI*. Ed., Abeledo-Perrot.
- ARRUBLA PAUCAR, JAIME (2009). *Contratos mercantiles*. Ed., Biblioteca Jurídica Diké.
- KOZOLCHYK, BORIS (2006). *La contratación comercial en el derecho comparado*. Editorial Dykinson.
- MASCHERONI, JORGE (1999). *Franchising*. Ed., Editorial Fundación de Cultura Universitaria.
- SOLARTE, ÓSCAR ARTURO. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*. At 290.
- MARZORATI, OSVALDO (2001). *Franchising*. Ed., Editorial Astrea.
- [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/univ\\_est/documents/15SergioRojas.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/15SergioRojas.pdf) (1 de diciembre, 2010).
- [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/17-ELCONTRATODEFRANQUICIA\\_000.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/17-ELCONTRATODEFRANQUICIA_000.pdf) (1 de julio, 2009)
- <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-contrato-de-Franquicia.pdf> (1 de julio, 2012).
- Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT). Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional. (2005).
- AUBERT, JEAN-LUC (1979). *Introducción al derecho*. Ed., Presses Universidad de Francia.
- CUBIDES CAMACHO, JORGE (2009). *Obligaciones*. Ed., Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - JAVEGRAF.
- Ley 24.240 de 1993. Normas de protección y defensa de los consumidores. Octubre 13 de 1993. D.O N° 24.240.
- Ley 45 de 2007. Que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia y otra disposición. Noviembre 7 de 2007. D.O N° 25914.
- Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Octubre 12 de 2011. D.O N° 48.220.
- AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C. & MEZA, JORGE A. (1995). *Responsabilidad por hecho ajeno*. Ed., Ediciones Depalma.
- YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Ed., Dykinson.
- Real Decreto Legislativo 1° 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.