

LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIADOR ANTE TERCEROS CLIENTES DEL FRANQUICIADO – RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO

SERGIO ALBERTO ROJAS QUIÑONES*

RESUMEN

Para nadie es un secreto que la franquicia comercial en Colombia constituye hoy en día un excelente laboratorio de investigación para todos aquellos que desean contar con una caleidoscópica institución cuyo análisis sea factible no sólo desde una perspectiva teórica e iusprivatista, sino práctica, constitucionalista, administrativista y, en general, multifacética en sus diversas presentaciones al interior de la praxis y la academia del derecho. El presente artículo procura contribuir en los avances metodológicos y dogmáticos en torno a esta materia, ocupándose de un asunto pasado por alto en la grandísima mayoría de las investigaciones propias de esta materia y cuya monta no es desdeñable a la luz de los efectos prácticos que puede acarrear: la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado. Con miras a lograr una verdadera profundización de la materia, se procederá a desarrollar con minucia algunos asuntos que se han considerado como fundamentales al interior de esta temática y que, entre otras, darán una visión integral de cómo puede el constituyente de la franquicia verse comprometido por los hechos de su co-contratante, a la luz de la legislación colombiana.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2010
Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2010

* Estudiante de derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Director de la Revista *Universitas Estudiantes*. Asistente Editorial de la Revista *International Law*. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil y Comercial de la misma Universidad en las Líneas de Investigación en Contratos Atípicos, Responsabilidad Civil, Buena fe-Derecho Contractual y Derecho de Seguros; es también miembro del Centro de Estudios de Derecho Privado, del Centro de Estudios de Derecho Internacional. Actualmente labora en la firma Salazar, Pardo & Jaramillo, abogados.

Palabras clave: responsabilidad por el hecho ajeno, presunción de culpa, franquicia, franquiciante y franquiciado.

ABSTRACT

The franchising is one of the most controversial and interesting institutions of the private civil law of our times, probably because of the multiple topics involved on this particular contract and of the many times it has been applied in a huge number of States all around the world. That's why the purpose of this investigation is to emphasize in one of those typical aspects from the franchising that conduces to lots of juridical consequences and, in that way, to a complete and unexplored investigation field: the field of the vicarial liability within the franchising parts. The reader will find some considerations about the way this kind of liability Works and how is its application in the colombian law... besides that, the article finish with some practical advices of the proper way to prevent any unexpected event because of the liability rules and its particular interpretation in the national case.

Key words: franchising, vicarial liability, negligence rules, strict liability

INTRODUCCIÓN

De entre los muchos interrogantes que un estudio serio y concienzudo del contrato de franquicia ofrece, los relativos a los casos en los que se puede ver comprometida la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado revisten particular complejidad e importancia, como quiera que en ellos confluyen múltiples variables de necesaria consideración, como el hecho de que se trate de un contrato atípico (en segundo orden)² carente de una regulación legal en el sentido

2 La atipicidad contractual de la franquicia se circunscribe únicamente al plano de las regulaciones especializadas en esta forma de contrato, tratándose entonces de un contrato típico en primer orden (en términos de Arrubla Paucar) y atípico en segundo orden. Sobre este particular, Jaime Arrubla afirma que la tipicidad puede ser de primer o de segundo orden. La de primer orden hace referencia a la adecuación de un determinado contrato con la consagración o regulación legal de los elementos generales de todo contrato, es decir que la tipicidad de primer orden no es más que la adecuación de la figura contractual con la regulación legal del contrato en general en cuanto a su concepto genérico (es decir el concepto del contrato como fuente de obligaciones) y a sus elementos genéricos (es decir los rasgos generales de los sujetos, el objeto, la causa, la capacidad y los formalismos para todo contrato), quedando incluidas dentro de esta forma de tipicidad todas las normas que regulan de forma general la institución del contrato². Por su parte, la tipicidad de segundo orden hace referencia a la correspondencia

formal del término, sumado a un complejo sistema de relaciones jurídicas existentes entre el franquiciante, el franquiciado y terceros y, adicionalmente, a los matices que en materia de responsabilidad civil extracontractual pueden generar las normas civiles de cada país, las cuales varían según las tradiciones y la evolución histórica que en cada ordenamiento han tenido dichas instituciones; de allí entonces que usualmente se hagan preguntas como si resulta jurídicamente plausible comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciador por el hecho del franquiciado en el régimen colombiano, y de ser así, si se trata de una regla general o de un caso excepcional, o si es un caso de responsabilidad por culpa probada o por culpa presunta.

Frente a este tipo de interrogantes, las investigaciones han reconocido, aun cuando no con unanimidad, que en el contrato de franquicia comercial la responsabilidad del franquiciador puede quedar comprometida ante terceros clientes del franquiciado por acciones u omisiones de éste último, fundamentándose en la responsabilidad por el hecho ajeno y en las leyes de protección al consumidor³; sin embargo, más allá de enunciar este hecho, son muy pocos los avances que la doctrina y la propia UNIDROIT han realizado en cuanto a cómo entender ese régimen particular de responsabilidad extracontractual a la que estaría sometido el franquiciador y a elucidar cuáles serían los límites del mismo.

En ese sentido, si bien pareciera existir una tenue claridad en cuanto a que la responsabilidad extracontractual del franquiciador podría verse comprometida ante clientes del franquiciado, el asunto se torna turbulento y confuso cuando se pregunta por las minucias y rasgos particulares de susodicho régimen de responsabilidad y, con más veras, cuando se indaga por su aplicación en el régimen nacional, en el que existen rigurosas y estrictas disposiciones llamada a regular la denominada responsabilidad por el hecho ajeno, modalidad ésta última cuya aplicabilidad resultaría de recibo en el caso de admitir, en gracia de discusión, la teoría de la responsabilidad objeto de estudio.

de un contrato en específico con una regulación legal especializada para esa especie de contrato, y no del contrato en general, de manera que si susodicha regulación especializada no existe, el contrato será atípico en segundo orden; allí encontramos las normas relativas a las minuciosidades del contrato de compraventa, de mutuo, de permuta, de arrendamiento, entre otros². En pocas palabras, la tipicidad de primer orden es la coincidencia de un contrato en particular con las normas que regulan el género de los contratos, mientras que la de segundo orden es la coincidencia de un contrato con las normas que regulan las particularidades de cada especie de contrato, de tal manera que si estamos frente a un contrato que no tiene individualidad o efectos propios reconocidos por la ley, éste será atípico en segundo orden.

- 3 Sobre el planteamiento de la discusión y las soluciones tradicionales al debate, *Vid.* FARINA, JUAN M. Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1999, pp. 495-496; COOK, CECILIA; ITURRALDE, MARÍA, *et .al.*, Franchising. Derecho económico. 1990. No.14. p.19 y ss.; BURLAS-COUSO, El contrato de franquicia. En: ECHEVERRY, RAÚL. Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial. T. I. Buenos Aires. Astrea. 1994-1995, pp. 401 y ss. GUYÉNOT, JEAN. Qué es el franchising. Ejea. Buenos Aires. 1977, pp.25 y ss.

Así las cosas, el presente ensayo tiene precisamente por objeto dilucidar y profundizar los derroteros esenciales en materia de responsabilidad civil extracontractual del franquiciador por el hecho del franquiciado, partiendo de las muy someras y generales reflexiones inicialmente propuestas por la doctrina internacional, abordando la temática con un sustento claro en la legislación nacional, y demostrando los puntos que se enuncian a continuación, a saber: a) que en el ordenamiento nacional es plausible y jurídicamente lógico comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante ante los clientes del franquiciado, por el hecho de este último; b) que se trata de una regla general aplicable en los casos de franquicia, y no de una situación excepcional de algunos contratos de franquicia; c) que por aplicación de las normas de responsabilidad por el hecho ajeno en Colombia, en la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, la culpa del primero se presume; d) que el grado de responsabilidad del franquiciante se delimitará según ciertas particularidades de su posición frente al franquiciado, como el grado de control que ejerza sobre éste último; e) que las reglas generales en esta materia deberán entenderse con los matices de eventuales estipulaciones contractuales entre las partes, dada la jerarquía normativa en materia de contratos atípicos, así como del ámbito geográfico e aplicación de la franquicia y la modalidad particular que se haya implementado; f) que la aplicación de estas normas se extienden a la fase postcontractual, y g) que su ejercicio depende también de las vías procesales que el afectado opte por ejercer y las precauciones que el franquiciante tome.

Todo lo anterior con miras a ahondar en las consideraciones teóricas que se han hecho en torno a este tema, poniendo especial acento en el fundamento jurídico nacional (que evidentemente incide en la aplicación y desenvolvimiento de las relaciones contractuales del *franchising* en Colombia) y dando inicio a una línea de investigación centrada en el régimen de responsabilidad de la franquicia en Colombia, cuyo primer avance es el aquí presentado, pero cuya pretensión es la de tocar otros temas afines, como el relativo a la quiebra del franquiciado y los eventuales casos de responsabilidad civil contractual que podrían tener lugar en la ejecución de este tipo de acuerdo de voluntades. Empecemos pues con los presupuestos teóricos para demostrar los puntos anteriormente enunciados, partiendo, como es de suponerse, de un punto elemental: indagar si en Colombia es factible comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado frente a clientes de éste último.

1. ¿Resulta jurídicamente plausible comprometer la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante por el hecho del franquiciado en el régimen colombiano?

Sobre este particular, cumple primigeniamente advertir que en la controversia jurídica de la responsabilidad civil en el contrato de franquicia se pueden identificar, como

mínimo, dos grandes planos (como en la mayoría de controversias relativas a la responsabilidad): el plano del incumplimiento contractual y los daños derivados del mismo, esto es, el plano de la responsabilidad civil contractual⁴, y el de los perjuicios irrogados a terceros relacionados con las partes contractuales, pero frente a los cuales no media vínculo negocial alguno, es decir, el de la responsabilidad civil extracontractual^{5 6}, en donde precisamente se sitúa la responsabilidad del franquiciante ante clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de éste último; esto se debe a que la aparente independencia comercial que mantiene el franquiciado en el desarrollo de su negocio, genera que entre sus clientes y el franquiciante (con quien el franquiciado sí tiene una relación contractual de franquicia) no exista relación contractual u obligacional alguna, de suerte que en el caso hipotético de responsabilidad del franquiciante ante terceros clientes del franquiciado por su hecho o culpa, la ya mencionada ausencia de vínculo contractual entre éstos, hace que dicha responsabilidad se compute como extracontractual. El profesor O. MARZORATI, autor del reconocido libro *'Franchising'*, comparte este criterio, en los siguientes términos:

"[...] El consumidor no tiene relación contractual con el franquiciante y, por tanto, no puede contractualmente formularle un reclamo (...) Puesto que en el contrato de

-
- 4 La denominación de responsabilidad contractual, a juicio de un importante sector de la doctrina, no resulta absolutamente precisa, habida cuenta de que lo que realmente presupone esta modalidad particular de responsabilidad, es la existencia de un vínculo obligacional y no de un contrato propiamente dicho. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1970. G.J. Nos. 2326, 2327 y 2328. p.128. SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2008, p. 191. MORELLO, Augusto. Indemnización del daño contractual. 2ª edición. Ed. Platense-Abeledo Perrot. La Plata. 1974; ALTERINI, *op. cit.*, p. 36.
 - 5 Para algunos la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual es una cuestión del pasado; así, *ad exemplum*, Jaime Arrubla Paucar, considera que "... en realidad la diferencia entre una y otra (responsabilidad delictual y responsabilidad contractual) es más aparente que real y solamente varía el contenido de uno de los elementos que les es común, por ello somos partidarios de la tendencia unicista de la responsabilidad civil ...". ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. En: Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké. Bogotá. 2009. p.159. Más adelante agrega el doctor Arrubla que "... en la actualidad y desde un punto de vista jurídico, tenemos que no se justifica la dualidad de sistema en cuanto a la responsabilidad. Se dice que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, tienen la misma esencia ..." *Ibidem*, p.163. Esta tendencia parece también estar ganando algún espacio en el interior de la Corte Suprema de Justicia. *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2007. Exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01.
 - 6 El profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO afirma sobre este particular que "...es preciso acotar que las diferencias entre una y otra institución afloran, primigeniamente, en la estructura de su regulación: la responsabilidad civil contractual se halla en el título XII del Libro IV del Código Civil, mientras que la extracontractual se encuentra en el título XXXIV del mismo libro. "... Esta forma de presentación, obviamente, refleja el querer del legislador de consagrar un derecho de la responsabilidad, común, que es la extracontractual, para anteponerla a la contractual, que se produce, como lo da a entender el epígrafe del título 12, cuando se incumplen obligaciones ...", por manera que la responsabilidad *ex-contractu* presupone la existencia de un deudor y un acreedor, mientras que la extracontractual no lo hace. Esta diferencia constituye la distinción toral entre uno y otro régimen, como quiera que, en puridad, es una diferencia que nace de la estructura intrínseca de las dos modalidades ...". JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. La contractualización de la responsabilidad médica [sin publicar]. 2009, p. 3.

franquicia el franquiciante-fabricante no es el inmediato vendedor, su responsabilidad frente al consumidor o usuario es extracontractual [...]”⁷

En tratándose entonces de una manifestación de responsabilidad civil extracontractual, lo que atañe al presente numeral es responder si resulta jurídicamente plausible comprometer la **responsabilidad civil extracontractual** del franquiciante por el hecho del franquiciado en el régimen colombiano o, lo que es lo mismo, si entre el franquiciante y el franquiciado es aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno (una variante especial de la responsabilidad civil extracontractual), el cual se ajusta perfectamente a la situación planteada, en la medida en que estaríamos frente a un sujeto (franquiciante) al que se le impone una obligación resarcitoria por los perjuicios irrogados, *prima facie*, por otro sujeto –el franquiciado.

a. Normatividad y teoría general de la responsabilidad por el hecho del otro en Colombia

Pues bien, frente a tal interrogante sea lo primero acotar que, analizando el artículo 2347 del Código Civil colombiano, en el cual se consagra la cláusula general de responsabilidad por el hecho ajeno⁸, la doctrina ha puntualizado dos particularidades conforme a las cuales debe entenderse la referida disposición, a saber: en primer lugar, y como muy bien lo explica Arturo Alessandri en su obra *“De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil”*, se hace hincapié en que la denominada responsabilidad por el hecho de otro no debe leerse como un régimen de responsabilidad en el que un sujeto es condenado por una falta cometida por un tercero bajo su cuidado, sino como un régimen donde un sujeto se condena por una falta propia, cual es la omisión de un deber de vigilancia y control que posibilitó el que un tercero (quien estaba precisamente bajo su vigilancia y control) irrogara un perjuicio a otro; en palabras de Alessandri *“[...] 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 [...]”⁹*; así lo reconoce también el artículo 2347 del Código Civil colombiano, cuyo

7 Tomado de MARZORATI, OSVALDO. Franchising. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2001, p. 409.

8 El artículo 2347 del Código Civil Colombiano, dispone: *“Art. 2347. -Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. 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”*. Tomado de Código Civil colombiano. Art. 2347.

9 Tomado de ALESSANDRI, ARTURO. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Santiago de Chile. Imprenta Universal. 1987, p. 213.

último inciso advierte precisamente que si el perjuicio irrogado por el subordinado se produjo aún cuando el civilmente responsable actuó diligente y prudentemente, no se le podrá imputar a aquel responsabilidad alguna por el hecho de éste¹⁰.

En segundo lugar, se ha dicho que los casos de responsabilidad por el hecho ajeno enunciados en el artículo 2347 del Código Civil colombiano (y que hacen referencia al caso de los padres respecto del hijo no emancipado, a los guardadores frente al pupilo, a los empresarios frente al empleado, entre otros) no constituyen una enumeración taxativa o *numerus clausus* de situaciones, sino que admiten otras hipótesis o ejemplificaciones prácticas, siempre que tales hipótesis cumplan con los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho ajeno¹¹, cuales son, al decir de la más autorizada doctrina, “[...] *el vínculo de subordinación o dependencia de una persona en relación con otra; la obligación de ésta última (civilmente responsable) de ejercer dirección y vigilancia sobre el subordinado; y finalmente, el perjuicio inferido a alguien en virtud de la conducta culposa del subordinado [...]*”¹².

Ello conduce entonces a aseverar, con acierto, que en toda hipótesis en la que se reúnan dichos presupuestos, el consabido régimen de la responsabilidad por el hecho ajeno es susceptible de aplicación; pues bien, eso es justamente lo que sucede en el caso de la franquicia comercial y en donde estriba, en lo medular, el primer punto a favor de la teoría de la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, como quiera que, en puridad, si se considera la relación franquiciante-franquiciado a la luz de los prenotados requisitos, es factible constatar cómo las obligaciones derivadas del contrato que los une, conllevan a que entre ellos se configuren todos los elementos necesarios para aplicar el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno; un somero vistazo da evidencia de ello:

10 El último inciso del artículo 2347 del Código Civil colombiano prescribe: “[...] *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 [...]*”.

11 ALBERTO TAMAYO LOMBANA lo escribe en los siguientes términos: “[...] *en Colombia no son taxativos los casos de responsabilidad por otro, no están limitados a los que enumeran los artículos 2347 y 2349 a manera de ejemplos (...) la sola redacción de las normas permite esa conclusión [...]*”. Tomado de TAMAYO, ALBERTO. La responsabilidad civil extracontractual y la contractual. Bogotá D.C. Ediciones Doctrina y Ley. 2005. pp. 135-136; ÁLVARO PÉREZ VIVES coincide con este criterio en su obra “*Teoría general de las obligaciones*”. Para más información, véase: PÉREZ, ÁLVARO. Teoría general de las obligaciones. Tomo II. Bogotá D.C. Temis. 1968.

12 Tomado de TAMAYO, op. cit. p. 136; los mismos presupuestos son señalados por PÉREZ VIVES. Al respecto, *Vid.* PÉREZ, op. cit. p. 227; *Cfr.* ALPA, GUIDO. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Jurista Editores. Perú. 2006. p.841-844; TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Legis. Medellín. 2009. pp.669 y ss. VISINTINI, GIOVANNA. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II. Astrea. Buenos Aires. 1999, pp. 303 y ss. También a este respecto se puede consultar la sentencia del 15 de marzo de 1995 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Exp.4637) o la sentencia del 9 de mayo de 1994 de la misma corporación (Exp. 4156).

- En cuanto a la relación de subordinación entre el franquiciante y el franquiciado: tal y como lo advierte Marzorati en su obra *'Franchising'*, se suele asociar el contrato de franquicia con la gestación de una relación de cooperación entre las partes, caracterizada particularmente por un compromiso de recíproca colaboración para la consecución de la causa contractual¹³; sin embargo, ese vínculo de cooperación debe entenderse sin perjuicio de la posición de predominio en la que se encuentra el franquiciante respecto del franquiciado, y cuya materialización más directa e inmediata es la posibilidad de control que sobre el negocio del segundo tiene el primero; en otras palabras, la cooperación característica de la franquicia se hace posible sobre la base de una relación de subordinación (y no de igualdad, como a veces se menciona) inducida por el propio sistema del *franchising* para garantizar que el franquiciado, bajo la orientación y control del franquiciante, pueda llevar a cabo una adecuada gestión del negocio. Como puede notarse, en este punto existe una clara discrepancia frente a aquellos que afirman que la franquicia debe establecerse sobre una base de igualdad contractual entre los sujetos, en la medida en que esa igualdad se desvirtúa en el mismo momento en que se faculta al franquiciante para controlar y supervisar la tarea del franquiciado, siendo dicha facultad una prerrogativa necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema de colaboración de la franquicia (ya que de no existir, permitiría total discrecionalidad al franquiciado en la gestión de la franquicia, quebrantando la operatividad del negocio del franquiciante e irrogándole perjuicios a éste último). Marzorati, quien comparte la anterior posición, lo resume en un párrafo de suyo elocuente:

*"[...] En el contrato de franquicia, las partes son independientes. Pero aunque la relación entre ellas es de cooperación, no se establece sobre la base de la igualdad puesto que el franquiciante tiene una posición de predominio, como hicimos notar al comentar las características del sistema. Esta posición se hace evidente en el grado de supervisión que ejerce sobre la empresa del franquiciado y, en particular, sobre su contabilidad y publicidad[...]"*¹⁴

13 La propia definición de franquicia que proporciona el Código Deontológico europeo de la Franquicia así lo establece, cuando dice que la franquicia es un "[...] modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, uno o varios empresarios franquiciados. Por lo que respecta a la empresa franquiciadora supone: 1º La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente una marca de fábrica, de comercio, o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimiento puestos a disposición de los franquiciados; 2º El control de una serie de productos o servicios, presentados de forma original y específica que deben ser obligatoriamente adoptados y utilizados por los franquiciados, basados en un conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en cuenta a su valor y eficacia [...]". Tomado de Código Deontológico Europeo de la Franquicia. El concepto de franquicia. [en línea] http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf Enero de 1991. Asimismo, el que se le suele incluir como un modelo de contrato de colaboración, da fe de lo anterior.

14 Tomado de MARZORATI, *op. cit.* p. 393.

Así las cosas, el viejo mito de la igualdad y la independencia parece hoy en día develar sus falencias, en la medida en que una consideración pausada del mismo, no solamente lo desvirtúa de plano, sino que además refleja que, para el adecuado funcionamiento del *franchising* en el mercado, la consabida igualdad e independencia es, en realidad, un insoslayable valladar. De allí entonces que se pueda predicar de la relación existente entre el franquiciante y el franquiciado, el cumplimiento del primer presupuesto necesario para aplicar entre ellos el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno: la relación de subordinación entre un sujeto y otro¹⁵.

Lo anterior con más veras si se tiene en cuenta que para la aplicabilidad de la consabida responsabilidad por el hecho ajeno, no se exige de una absoluta subordinación o dependencia; como bien indica MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, “... *la dependencia lno significa aquí lo que los laboristas entienden como condición para que exista contrato de trabajo. Tampoco se ciñe la responsabilidad empresarial a los casos en que existe control o dirección técnica, pues el profesional de la medicina o de la arquitectura también van a ser dependientes a los efectos de la norma, por más que su actividad no sea controlable por el empresario: la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las ingerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de la lex artis (...) el concepto de dependencia se ha trasladado de la dirección técnica a la pertenencia a la organización económica de la empresa, esto es, del control a la titularidad empresarial ...*”¹⁶; así las cosas, si no se exige una relación de subordinación y dependencia en el sentido más estricto de la expresión, bastando simplemente con la pertenencia a la organización económica del *subordinante*, esto es, del *franquiciante*, es claro que para el caso de la franquicia se cumple a cabalidad este requisito, como quiera que, sin duda, el franquiciado entra a formar parte de la actividad económica organizada del primero, llenando con ello el requisito en comento, al menos desde la óptica del profesor YZQUIERDO TOLSADA.

De hecho, desde un punto de vista práctico no se puede dejar de destacar que el franquiciante tiene la posibilidad, por demás evidente, de restringir los actos del franquiciado y marcar el cauce por el cual dicho franquiciado debe desarrollar

15 Sobre este particular es preciso anotar que, sin duda, la aseveración en punto tocante con la subordinación en el contrato de franquicia, es una aseveración sujeta a las morigeraciones que puede ofrecer cada caso concreto; es evidente que, en materia de derecho privado, no es posible proveer por vía general y absoluta, sino solamente hipotética y probable (A este respecto, *Vid.* LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009), razón por la cual es preciso estudiar el caso concreto para corroborar las conclusiones antes expuestas; lo cierto, sin embargo, es que lo dicho en el texto se corresponde, por vía general, con lo que sucede en la mayoría de los casos en la realidad.

16 YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Dykinson, Madrid, 2001, p. 268.

su gestión; una de las obligaciones inherentes al acuerdo negocial de la franquicia, es justamente esa posibilidad de recta y obligatoria orientación de parte del franquiciante, la cual, rectamente entendida, implica que el otro sujeto contractual debe ceñirse a las indicaciones dadas por el primero, en la medida en que se parte de la base de que es él, quien tiene la experiencia en el desarrollo de la gestión; esta capacidad para imponer un cauce, un reglamento y un patrón de conducta, hace palmaria la consabida subordinación¹⁷.

- Obligación de dirección y vigilancia sobre el subordinado¹⁸: otro elemento evidentemente presente en la relación de *franchising*, es el relativo a la obligación de dirección y vigilancia radicada en cabeza del franquiciante y cuyo propósito esencial es el de permitir una adecuada articulación del sistema operativo de la franquicia (obligación, que entre otras, se señala como uno de los elementos estructurales de la franquicia comercial). Frente a este punto es preciso advertir que la referida obligación de dirección y vigilancia debe entenderse en un doble sentido: además de tratarse de una obligación para el franquiciante (que implica, como es lógico, un correlativo derecho del franquiciado) es también un derecho de éste último, en la medida en que lo *faculta* para intervenir en el negocio del franquiciado (quien esta obligado a permitirlo), tomando todas las medidas que considere necesarias en aras a asegurar la consecución de la causa inmersa en el contrato¹⁹. En la ‘*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*’, elaborada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se hace especial énfasis en esa doble perspectiva a partir de la cual debe entenderse la vigilancia y control ejercida por el franquiciante en la gestión de

17 Sobre este particular se ha afirmado que “... *el franchising implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes; pero en la realidad de los hechos, es el franchisor quien impone las condiciones y el Franchise quien se somete ...*”. FARINA, *op. cit.*, p.481. Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, ÁLVARO. Manual de franquicia. Deusto. Madrid. 1986. p. 12.

18 Es preciso advertir que se usará indiscriminadamente la expresión *obligación* y *deber* para referirse a la obligación/deber de vigilancia y control en cabeza del franquiciado; lo anterior a pesar de que un análisis jurídico de los dos términos, muestra claramente que su significado es ampliamente distinto. Ahora bien, en punto tocante con esta obligación en el marco del contrato de franquicia, resulta palmaria su presencia en el referido acuerdo negocial; al respecto, *Vid.* BURLAS-COUSO, *op. cit.*, p. 404. GUYÉNOT, *op. cit.*, p. 35. ORTIZ DE ZÁRATE, *op. cit.*, p.31; FARINA, *op. cit.*, p. 485.

19 Así lo advierte ANDRÉS FELIPE CELIS en su monografía de grado sobre el contrato de franquicia, donde señala que la posibilidad de control y vigilancia sobre la gestión del franquiciado es una obligación y un derecho del franquiciante; para más información véase: CELIS, *op. cit.*, p. 8; MARZORATI al explicar el sistema operativo de la franquicia (en donde introduce la idea de la subordinación contractual) se encarga de hacer hincapié en el mismo punto.

su contraparte contractual²⁰; esto se debe a que la única forma de asegurar la operatividad del *franchising* es tomando conciencia de que el mayor provecho comercial se logrará a través de un apropiado sistema de controles fácticos y jurídicos que potencialicen la transmisión del *know how*, proporcionado correlativas garantías para el titular de éste último²¹.

- Perjuicio inferido a alguien en virtud de la conducta culposa del subordinado: no es mucho lo que hay que decir en torno a éste último elemento estructural para constatar aplicabilidad de la responsabilidad por el hecho ajeno entre el franquiciante y el franquiciado, en la medida en que el escenario fáctico hipotético en el que nos estamos situando, presupone justamente el padecimiento de un perjuicio por parte de un tercero debido a la conducta culposa o dolosa del franquiciado quien, como se dijo anteriormente, asume la posición subordinada de la relación.

En compendio, de la propia estructuración operativa de la franquicia en Colombia, se sigue, por regla general –que no absoluta, como quiera que es fundamental analizar el *caso concreto*–, la articulación de todos los elementos doctrinalmente señalados como necesarios para aplicar la responsabilidad por el hecho ajeno: así como en los casos señalados por el artículo 2347 del Código Civil colombiano (que, como ya se dijo, no son taxativos), el vínculo franquiciante-franquiciado implica, en la grandísima mayoría de los casos, una posición de subordinación del segundo respecto del primero, la cual se acompaña de una obligación de vigilancia y control, conllevando a que ante un eventual perjuicio irrogado a un tercero por el hecho o culpa del franquiciado (tercer elemento estructural que se presupone en la situación planteada), sea factible aplicar la responsabilidad por hecho ajeno y, en consecuencia, quede comprometida la obligación de reparar del franquiciante. Con ello se corrobora, *in radice*, la posición asumida por la mayoría de la doctrina en la materia: en el caso del contrato de franquicia, una interpretación del régimen de responsabilidad por el hecho del otro, permite concluir que el franquiciante puede ser obligado a responder ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de éste último.

20 En el acápite sobre '*El papel del franquiciador*' la UNIDROIT hace una extensa explicación de cómo debe articularse la obligación de vigilancia y control que tiene éste último respecto de la gestión del franquiciado y como parte del sistema de asistencia de las partes contractuales; posteriormente especifica los derechos de que es titular el franquiciante, mostrando precisamente que esa vigilancia y control que puede ejercer sobre el franquiciado, se manifiesta también como una prerrogativa que asegura el que no se le vayan a irrogar perjuicios por un mal uso de los manuales operativos u otras herramientas comerciales. Para más información véase: UNIDROIT, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

21 El desarrollo de este tema puede consultarse en la bibliografía especificada en las notas anteriores; en el presente escrito no se profundiza mucho en ella, por cuanto su estudio minucioso no corresponde al objeto planteado anteriormente.

Ello resulta además paladino si se tiene presente la teleología misma de la responsabilidad por el hecho ajeno, cual es la de hacer efectiva la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por la *culpa in eligendo*, la *culpa in vigilando* y la *culpa in operando*; en efecto, el estricto control que, como se anticipó, ejerce el franquiciante sobre las actuaciones comerciales del franquiciado –en el sentido de que el primero controla los productos, la gestión del servicio, los estándares y manuales operativos del primero, entre muchas otras cosas más–, explica por qué es dable pensar que, ante un defecto imputable, *prima facie*, al franquiciado, pueda considerarse el eventual grado de participación o la cuota de responsabilidad del franquiciante, en tanto en cuanto éste último no solamente es quien ha indicado al primero, cómo obrar en el curso negocial, sino que además ha sido quien ha vigilado y controlado el proceso de evolución; así, más allá de configurarse los elementos de la responsabilidad por el hecho ajeno, se demuestra que, en rigor, muchas de las hipótesis en las que un daño es directamente irrogado por el franquiciado, pueden tener su genuino manantial en la negligencia del primero.

En ello coinciden autores como Marzorati quien precisamente afirma que un análisis de la responsabilidad por el hecho ajeno en España (cuyos elementos son muy parecidos al caso colombiano) permite aplicar el régimen a la franquicia; de igual manera lo sostiene Andrés Felipe Celis, cuando dice que “[...] *no se puede pasar por alto la posibilidad de responsabilidad directa en cabeza de del franquiciador ante el cliente, por productos que no cumplan con los estándares de calidad o haya existido “negligencia en la provisión de los servicios esenciales de la franquicia [...]”*²²; de hecho, la propia redacción del artículo 2347 del Código Civil colombiano desde un punto de vista estrictamente gramatical, pareciera no presentar objeción alguna a la aplicación de la responsabilidad civil por el hecho ajeno al caso del *franchising*, en la medida en que dispone que “[...] *toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado [...]”*²³ y, caracterizándose la relación entre franquiciante y franquiciado por la existencia de una obligación de cuidado y vigilancia del primero frente al segundo, es claro que ésta se ajusta perfectamente al supuesto de hecho previsto en el referido artículo²⁴.

22 Tomado de CELIS, *op. cit.*, p. 14.

23 Tomado del *Código Civil colombiano*, art. 2347.

24 Sobre este particular, se afirma en la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional que “...Los litigios a causa de demandantes que intentan hacer responsable al franquiciador por los actos, omisiones o faltas (referidos a continuación como “incumplimientos”) de un miembro de su red son cada vez más un factor de riesgo para los franquiciadores. La regla general es que, en ausencia de una relación legal en que pueda basarse tal reclamación, por ejemplo una alegación de que existe una relación de agencia, el franquiciador no es responsable por los incumplimientos del subfranquiciador, ni tampoco de los sub-franquiciados. Para que una relación de agencia pueda dar lugar a una reclamación, debe basarse en el derecho del principal (en este caso el franquiciador) a controlar las operaciones diarias del negocio del agente (el subfranquiciador o sub-franquiciado).

b. El Estatuto del Consumidor

Ahora bien, desde otra óptica cumple anotar que el Estatuto del Consumidor, y la normatividad general en esta materia, sirven también como fundamento de la inclusión de la relación franquiciante-franquiciado en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno.

Sobre este particular, resulta evidente que varios de los ordenamientos jurídicos del mundo se han preocupado por diseñar políticas integrales y sostenibles de protección a los consumidores –legislación *pro consumatore*–, quienes en su condición de *target* del mercado capitalista nacional e internacional, se encuentran expuestos a un acervo muy amplio de riesgos y vulneraciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial, demandando un papel más activo y una mayor tutela por parte del Estado²⁵; esto ha llevado, por ejemplo, a que en países europeos como Suiza y Francia se adopten modelos de responsabilidad objetiva en los casos de perjuicios originados en productos defectuosos y productos peligrosos respectivamente; PIERRE WIDMER, reconocido autor

En una relación de agencia, el derecho de control se extenderá no sólo al día a día del negocio, sino también al resultado del trabajo y la forma en que el trabajo se realiza. Una reclamación también podría basarse en la premisa de que empleando el nombre del franquiciador, el sub-franquiciador y sub-franquiciado son mostrados al público como agentes del franquiciador, o de hecho, como el mismo y que por tanto tienen aparente autoridad para comprometer al franquiciador y para hacerle responsable por los incumplimientos de aquéllos. Es importante en consecuencia para el franquiciador revisar la forma en que tales reclamaciones pueden ser hechas según las leyes relevantes, con vista a elucidar cómo sería posible reducir o eliminar este riesgo. Un método común es requerir al sub-franquiciado que declare, por ejemplo mediante la exhibición de un anuncio en su unidad, que dirige su negocio bajo franquicia y que es independiente del franquiciador. La relación de franquicia casi siempre implicará la imposición por parte del franquiciador de un sistema y método de operación acompañados de controles. La conducta del sub-franquiciado en el cumplimiento de sus obligaciones podría ser perfectamente correcta y en concordancia con los requerimientos del franquiciador, pero aún así originar un daño a un cliente o a un tercero que carezca de relación contractual con el sub-franquiciado. Esto podría llevar a que un tribunal encontrara al franquiciador responsable por los actos u omisiones del subfranquiciado. Cuestiones tales como si era exigible un deber de cuidado, y si la pérdida sufrida por el tercero era previsible, serían en tales casos examinadas por el tribunal. Si el cliente o tercero afectado considera que los daños son substanciales, que el sub-franquiciado no cuenta con suficiente capacidad económica pero que el franquiciador posee abundantes fondos, ese cliente o extraño podría estar tentado de demandar al franquiciador fundándose en la relación principal-agente, o sobre la base de una responsabilidad por hechos de otro. Por otra parte, el subfranquiciador podría ser demandado por igual motivo y con idénticos fundamentos ...” (UNIDROIT. Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional. pp.167-169). Vid. BURLAS-COUSO, op. cit., pp. 401 y ss.

- 25 Sobre este particular, resulta muy ilustrativa una reciente providencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, fechada del 30 de noviembre de 2009 (M.P. Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR), y en la que se hace una descripción muy detallada de las implicaciones que el crecimiento de la sociedad comercial puede tener sobre el consumidor. Al respecto, Vid. WEINGARTEN, Celia. Derecho del consumidor. Ed. Universidad. Buenos Aires. p. 38; JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo. Examen descriptivo. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. No. 15 (Nov. 2000), pp.131-135; BULGARELLI, WALDIRIO. El derecho de consumidor. pp. 255-262.

en la materia²⁶, describe el proceso de concientización suizo en torno a la necesidad de implementar un grado mayor de responsabilidad que vincule a los fabricantes de productos industriales y que abandone la tradicional noción de la culpa subjetiva; en ese mismo sentido escriben autores como GENEVIÉVE VINEY (para el caso francés)²⁷ y GUIDO ALPA (refiriéndose a la comunidad europea en general)²⁸.

En el caso colombiano, aun cuando no se le ha dado el mismo alcance a la normatividad vigente en materia de protección al consumidor, sí se cuenta con un Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 del 3 de diciembre de 1982) que, entre otras cosas, fundamenta, como se anticipaba, la aplicación del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado. Esto se debe a que el artículo 23 del mencionado Estatuto, refiriéndose a la *responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios*²⁹, introduce un caso muy particular de responsabilidad solidaria entre el productor y el importador de un bien o servicio, por los perjuicios que dicho bien o servicio pueda irrogar, de tal suerte que, en dicha hipótesis, el responsable no sería solamente el sujeto que confeccionó los antedichos bienes (el productor) sino también el que los trajo al país (el importador), quien se vería comprometido

26 Para más información, véase VINEY, Geneviève. *La responsabilité du fait des produits en droit français* en *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. II, Journées. Paris. Société de Législation Comparée. 1989, pp. 567 y ss.

27 Para más información véase WIDMER, Pierre. *La responsabilité du fait des produits en droit français* en *Journées de la Société de Législation Comparé*. Vol. II. Paris. 1989, p. 597.

28 Para más información véase ALPA, Guido. *La responsabilité du fabricant dans les projets de droit uniforme* en *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. II, Journées. Paris. Société de Législation Comparée. 1977, pp. 559 y ss.

29 El Estatuto del Consumidor reza en su artículo 23: "*Artículo 23o. Responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios: Respecto de los bienes y servicios cuya calidad e idoneidad haya sido registrada en los términos del presente decreto o respecto de los cuales sea legalmente obligatorio el registro o licencia, o cuya calidad e idoneidad haya sido determinada mediante la oficialización de una norma técnica, la responsabilidad de los productores se determinará de conformidad con los términos y condiciones señalados en el registro o licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica teniendo en cuenta las causales de exoneración previstas en el artículo 26o. Cuando la calidad e idoneidad de los bienes y servicios no haya sido objeto de registro bastará para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad e idoneidad, la demostración del daño, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad señaladas en el citado artículo 26o. Salvo el caso de que la calidad e idoneidad de los productos agropecuarios sea objeto de registro o licencia o que la autoridad competente fije para ellos normas específicas de calidad e idoneidad, la responsabilidad de los productores se establecerá con referencia a la calidad e idoneidad que ordinaria y habitualmente se exija para tales productos en el mercado, y serán igualmente admisibles las causales de exoneración de que trata el artículo 26o. Tratándose de bienes importados serán solidariamente responsables el importador y el productor de dichos bienes; solidaridad que se deducirá de conformidad con las normas legales pertinentes*". Tomado de: *Estatuto del Consumidor*. Decreto 3466 del 3 de diciembre de 1982. *Confederación colombiana de consumidores*. [En línea] http://www.ccconsumidores.org.co/legislacion_dec3466.php?page=13 Diciembre de 1982.

solidariamente con los daños³⁰, precisamente por el hecho de haberlos incorporado a las fronteras, sin la adecuada vigilancia y control; esto ha traído consigo dos consecuencias predominantes: en primer lugar, ha llevado a hablar de un régimen de responsabilidad por el hecho ajeno entre el importador y el productor, enfocado particularmente hacia la protección del consumidor nacional, que recibe los referidos productos de importación; adicionalmente ha servido de fundamento para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno en otros esquemas de cooperación comercial, bajo el entendido de que la protección al consumidor justifica el que los comerciantes a quienes les está reportando provecho la explotación del objeto social de otro, se les comprometa frente a terceros por el hecho o culpa de ese otro, como sucedería claramente en el caso de la franquicia³¹. De ahí que el Estatuto del Consumidor

30 En sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, fechada del 30 de abril de 2009, se dijo que "... la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer 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 que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido". A partir del artículo 78 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 1.º del decreto 3466 de 1982 se definen los actores de la relación de consumo y se monta el sistema de responsabilidad por bienes y servicios comercializados, así: el consumidor como "toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades"; el productor "toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público"; los importadores "se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional"; en España, los artículos 13 y siguientes de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y los artículos 4.º y 6.º de la Ley General de Publicidad; en la Unión Europea, Evolución de la protección al consumidor en la Unión Europea. La definición de consumidor [en línea], disponible en: http://www.laweuropa.com/Spanish/index.php?d=tuketici&mod=Ab_Esp_Tuketicinin_2_2 [consultado: 31 de agosto de 2009]: "La falta de coherencia en el método para definir la noción de consumidor que se encuentra en las directivas comunitarias carece de las bases para una definición unívoca del consumidor en la Ley de Protección del Consumidor. Sin embargo, a pesar de estas dificultades interpretativas, es posible señalar la dirección en la cual se está desarrollando una definición del consumidor, así como las transacciones en las que se involucran los consumidores. Los criterios subjetivos referidos a las características del consumidor de persona física y los criterios funcionales asociados con el carácter de la transacción en la que participa el consumidor son útiles a este respecto [...] El alcance final de la definición de consumidor adoptada en las normas jurídicas nacionales, de acuerdo con el principio de la armonización mínima, continúa siendo una decisión independiente de los Estados miembros que implementan las disposiciones de las directivas. Los Estados miembros son libres de decidir si adoptan una definición estrecha de consumidor (*sensu stricto*) que otorgue protección sólo a las personas físicas, así como lo hicieron en Alemania (bgb, art. 13) y Polonia (C. C. polaco, art. 221), o pueden elegir aceptar una definición *sensu largo* que amplíe en algunas situaciones la definición de consumidor a otros sujetos, como se hace, por ejemplo, en Dinamarca, Grecia y, en especial, en Francia".

31 Sobre este particular explica la profesora MARÍA FERNANDA NAVAS que "... a partir de ese derecho de control sobre el franquiciado, propio de la naturaleza del contrato de franquicia, se han dictado desde la óptica del derecho de los consumidores, decisiones judiciales en las que se obliga a responder al franquiciador por hechos dañosos o ilícitos del franquiciado, por lo cual, las cláusulas pactadas en relación con la independencia empresarial y la responsabilidad independiente (en el ámbito organizativo,

sea señalado por investigadores colombianos, como otro fundamento de aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado³², quienes siguen un claro esquema de cooperación: el franquiciante esta recibiendo una utilidad por la explotación que de su negocio hace el franquiciado (quien a su vez usa todos los signos distintivos y demás elementos característicos del franquiciante, lo que le da un espacio e el mercado), de manera que una sana protección al consumidor llevaría a comprometer la responsabilidad de aquel ante el hecho del franquiciado, como se hace en el caso del productor y el importador según el artículo 23 del Estatuto del Consumidor.

c. La apariencia creada por el franquiciado

Para concluir con este acápite, y a manera de breve comentario, Marzorati menciona un último fundamento para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno en

laboral, fiscal, etcétera.) parecen estar siendo indiferentes para los Tribunales. En efecto, en países como España se han generado doctrinas que dejan de lado esta consideración según la cual, el franquiciado y el franquiciador son sujetos disímiles de acuerdo con su relación contractual. Ejemplo de esta tendencia jurisprudencial la podemos encontrar en lo tocante a la posibilidad que tienen los clientes o consumidores finales de demandar al franquiciador, por la responsabilidad derivada del producto o servicio, a pesar de que el contrato de venta o suministro de éstos sea realizado por el franquiciado. En este punto, ha de hacerse una precisión: en el supuesto de los bienes, la responsabilidad del franquiciador con el consumidor final surgiría del hecho de ser fabricante o distribuidor⁶⁰ y no del contrato de franquicia como tal. En cambio, en lo tocante con la responsabilidad las franquicias de servicios, hay que añadir, además, que a pesar de que se les aplique la regla precedente, se mira con mayor rigurosidad el hecho de 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. Si bien la tendencia ha sido la de exonerar de responsabilidad al franquiciador, podría considerarse que el hecho de no informar adecuadamente al consumidor acerca de la condición de franquiciado del prestador del servicio, es un riesgo para el franquiciador al que se le podría imputar responsabilidad a partir de la negligencia o falta del deber de cuidado eligiendo o vigilando la gestión del franquiciado. Según todo lo antedicho y dado que el cliente final generalmente tiene la condición de “consumidor”, se concluye que éste tiene derecho a estar informado y a tener identificada la entidad con la que contrata, por lo que en caso de no haber claridad en cuanto a la condición de franquiciado frente al consumidor, podría invocarse la responsabilidad del franquiciador como titular de la marca o signo distintivo del servicio contratado ...”. NAVAS, MARÍA FERNANDA y MOSQUERA MORENO, ANDRÉS. El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. En: Revista *Vniversitas*. N° 119. pp. 294-296; BARGALLÓ FERRER, JOSÉ MA., Responsabilidades del franquiciador frente a los proveedores, empleados y clientes del franquiciado, 2005 [en línea], disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Franquicias/Responsabilidades-del-franquiciador-frente-a-los-proveedores—empleados-y-clientes-del-franquiciado.html> [consultado: el 25 de agosto de 2009].

- 32 Celis, quien ha estudiado el tema en su monografía de grado, comparte la idea de la protección al consumidor como fundamento; según el autor, “ [...]De alguna manera, este supuesto de responsabilidad directa del franquiciador tiene fundamento jurídico en Colombia en el artículo 23 del Estatuto del Consumidor³², que establece la responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios. La responsabilidad que bajo este supuesto tendría el franquiciador, obedecería principalmente a las normas propias de protección al consumidor, y no a la existencia de una relación contractual que pretendiera derivarse entre el franquiciador y el cliente directo del franquiciado; por lo que deberá seguir las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual [...]”. Tomado de Celis, *op. cit.*, p. 14.

el *franchising*: la apariencia que frente al consumidor crea el franquiciado al desarrollar su objeto social usando todos los signos de propiedad industrial del franquiciante, dando la idea de que se trata del propio franquiciante y no de un contrato de franquicia. Para el autor, la apariencia creada con la operación de la franquicia, además de la obligación de vigilar y controlar la gestión del negocio del franquiciado por parte del franquiciante, es un sustento claro e inequívoco para aplicar la responsabilidad por hecho de otro entre las partes contractuales del *franchising*, ya que de otro modo se desconocería la buena fe con que actúan los consumidores³³.

El profesor Farina coincide con este tercer criterio al afirmar que “... en los países que han adoptado regulaciones tuteladas de los derechos del consumidor, estas regulaciones extienden la responsabilidad al franquiciante, poniendo el acento en aspectos tales como el derecho que le asiste al consumidor a ser defendido, en atención a que los productos y servicios que utiliza se expenden o prestan en locales con emblemas o insignias del franquiciante, en cuyo prestigio confía el consumidor o usuario ...”³⁴.

Así las cosas, se colige entonces que en Colombia existe un triple fundamento para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre los sujetos del *franchising*, mostrando que es jurídicamente plausible que la responsabilidad civil extracontractual del franquiciante se vea comprometida ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de éste último; la interpretación doctrinal de la cláusula general de responsabilidad por el hecho ajeno (en la medida en que la franquicia cumple con todos los requisitos para la aplicación de dicha modalidad de responsabilidad), la protección que el Estatuto del Consumidor brinda y la apariencia creada por el franquiciado al utilizar todos los signos de propiedad industrial del otorgante de la franquicia, dan un soporte sólido a la anterior idea.

Ahora bien, descendiendo a las consideraciones en punto tocante con el caso concreto, es de vital importancia destacar que, para comprometer la responsabilidad del franquiciante ante el hecho del franquiciado –partiendo ya de la base de la viabilidad jurídica de esta idea, *in abstracto*–, es necesario que concurren tres

33 MARZORATI lo expresa en los siguientes términos: “[...] el negocio de la franquicia se lleva a cabo en locales identificados con los emblemas del otorgante, y muchas veces los empleados utilizan uniformes que los hacen parecer como dependientes del franquiciante. El consumidor generalmente acude por el prestigio de la marca propiedad del franquiciante o del producto conocido y puede creer que contrata con el franquiciante y no con otra persona. Tales circunstancias de hecho pueden crear la apariencia de que quien presta el servicio es el otorgante de la franquicia (...) tal apariencia puede engendrar la responsabilidad de éste frente al consumidor en caso de daño [...]”. Tomado de MARZORATI, *op. cit.* p. 409.

34 FARINA, *op. cit.*, p. 496.

supuestos fundamentales que deben evaluarse a la luz de los supuestos fácticos que brinde la *praxis*³⁵, a saber:

- a. En primer lugar, y como es de suponerse, es un requisito *sine qua non* que el sujeto que reclama la indemnización de parte del franquiciante, haya padecido un perjuicio material o moral perpetrado, *prima facie*, por el hecho del franquiciado; si dicho perjuicio no existe, simplemente no habrá daño que reparar y, en consecuencia, carecerá de todo fundamento la reclamación por responsabilidad civil extracontractual³⁶. Sobre este particular, no sobra recordar que el daño es un elemento axiológico fundamental de la imputación de responsabilidad que, *recta vía*, no se presume en ninguna hipótesis.
- b. De otra parte, es preciso anotar que, en rigor, el franquiciante no responde *por el hecho del franquiciado* en el estricto sentido del término, sino que responde ante los clientes del franquiciado (actor inmediato del perjuicio), pero por una actuación propia, cual es la omisión culposa o dolosa del deber de vigilancia que le correspondía. Así las cosas, si la prenotada omisión por parte del franquiciante no se presenta en el caso concreto, el cliente no puede entonces, en forma admisible, reclamar de él indemnización alguna, como quiera que, en puridad, no mediaría culpa de su parte y no podría imputársele el daño que aquel sufrió, siendo en tal caso el franquiciado el único responsable; la responsabilidad por el hecho ajeno, como en su momento se verá, es una arquetípica responsabilidad subjetiva, por manera que la ausencia de *culpa* es elemento suficiente para desestimar toda pretensión indemnizatoria en contra del franquiciado.
- c. Finalmente, es necesario que la omisión culposa del deber de vigilancia del franquiciante respecto del franquiciado, constituya la causa de la irrogación del

35 Estos presupuestos se corresponden, como lo notará el acucioso lector, con los presupuestos axiológicos de la responsabilidad, a saber: daño, culpa y nexo causal. Sobre la obligatoriedad en punto tocante con la concurrencia de estos tres requisitos ha sido reiterativa la doctrina y la jurisprudencia; así, se ha afirmado, con gran ahínco que “... *para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona –natural o jurídica– se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa (lato sensu) y que de ésta sobrevengam perjuicios al reclamante. O sea la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y éste*” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de junio 10 de 1963). Sobre este particular, dos autores son especialmente elocuentes en torno a la necesidad de la concurrencia de los denominados –en forma desafortunada–, elementos axiológicos de la responsabilidad, a saber: SANTOS BALLESTEROS, JORGE. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2008, pp. 22-49; TAMAYO JARAMILLO, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

36 En torno al tema de la irrogación de un perjuicio, la doctrina ha elaborado múltiples reflexiones que van desde la propia noción de *perjuicio*, hasta preguntas tan radicales como si es estrictamente necesario que se hubiera lesionado un *derecho* en el estricto sentido del término, para que se configure el elemento dañoso requerido para la responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, todos estos debates no atañen al presente escrito y, por esa razón, no se hace un estudio a profundidad de ellos.

perjuicio al cliente de éste último. Con este requerimiento se hace referencia a que el incumplimiento de la obligación de control y vigilancia en cabeza del otorgante de la franquicia, haya permitido la actuación negligente del franquiciado y, consecuentemente, la irrogación del perjuicio a su cliente, situándose por consiguiente como una causa directa del daño cuya reparación se reclama; no sobra en todo caso advertir, como lo habrá notado el acucioso lector, que se trata de un nexo causal complejo, en la medida en que la verificación del mismo, conforme al trajinado criterio de la causalidad adecuada –imperante en materia civil y comercial- requiere constatar, en primer lugar, que la omisión del prenotado deber fue la causa del comportamiento negligente del franquiciado y, por vía de consecuencia, del perjuicio sufrido por el cliente; es un galimatías que, en la práctica, puede conducir a una muy compleja disquisición procesal, particularmente en sede de carga de la prueba.

2. Dos rasgos particulares de la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado: es la regla general en el contrato de franquicia y se trata de una responsabilidad subjetiva en la modalidad de culpa presunta

Ahora bien, examinada la aplicabilidad de la particular modalidad de responsabilidad objeto de examen, en el supuesto de la relación franquiciante-franquiciado, es preciso anotar dos rasgos que esta especial aplicación de la responsabilidad, trae consigo, a saber:

- a. En primer lugar, es preciso advertir que en el caso colombiano la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre las partes contractuales de la franquicia, es *la regla general en materia de contratos de franquicia* y no una situación excepcional de algunos contratos de franquicia³⁷ –como sí sucede en otras latitudes–³⁸; esto se debe precisamente a que la *regla general* es que las relaciones jurídicas derivadas del *franchising* comercial cumplan con los

37 Resulta muy escasa la bibliografía que se ha referido a esta materia, sin embargo, a nuestro juicio, el fundamento mismo para la aplicabilidad de la responsabilidad por el hecho del otro en la relación entre franquiciante-franquiciado, deja entrever, a las claras, el carácter general de este razonamiento; de hecho, si partimos de la idea de la existencia de una obligación de vigilancia y control, a la par que del elemento de subordinación por el cual abogamos en párrafos anteriores, nos podremos dar cuenta de que dichos elementos se encuentran en la mayoría de casos de la franquicia –es supremamente excepcional, como en líneas anteriores se desarrollaba–, la hipótesis en la que la franquicia no implica tales elementos, por lo que será también excepcional la hipótesis en que no es aplicable la consabida forma de responsabilidad. Ello se refuerza si se tiene presente que el único fundamento para la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, no es solamente la consabida responsabilidad por el hecho de otro, sino también la protección del consumidor y las apariencias creadas.

38 Esta precisión se hace por cuanto múltiples autores, así como la UNIDROIT en el análisis de la aplicación de la franquicia en otros ordenamientos jurídicos, afirman que en la franquicia la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado es sólo un caso excepcional.

presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho del otro, es decir, impliquen relaciones de subordinación o control del franquiciado respecto del franquiciante, así como una obligación de vigilancia y supervisión radicada en cabeza de éste último; ello, como es natural, para asegurar la viabilidad práctica de la operación de la franquicia. En efecto, los que serán excepcionales son los casos de sistemas de franquicia que no cumplan con susodichos presupuestos y que consecuentemente, no impliquen la aplicación entre las partes de la responsabilidad por el hecho ajeno, en la medida en que serán muy poco comunes –por no decir inexistentes–, los casos en que el franquiciante permita libertad y ausencia de control frente al franquiciado, cuando esa ausencia de control, le puede aparejar un considerable deterioro en su imagen comercial; además, el proceso de acompañamiento y aprendizaje del franquiciado requiere justamente del control, la vigilancia y la supervisión, razón por la cual, se itera, no es fácilmente pensable un caso en el que dichos elementos no concurren: la regla general, como se anotaba, es que, por la propia estructura del *franchising*, a la par que las obligaciones de las partes y el interés contractual de las mismas, concurren los elementos propios de la responsabilidad por el hecho ajeno.

En este punto difiere el caso colombiano de algunos otros ordenamientos del mundo en donde la responsabilidad del franquiciante ante clientes del franquiciado es sólo una situación excepcional propia de algunas pocas modalidades de franquicia, lo cual se debe a que en esos ordenamientos el fundamento radica en normas excepcionales de protección al consumidor y no en instituciones de la envergadura de la responsabilidad por el hecho ajeno³⁹.

- b. Por otro lado, en tratándose de un caso que cumple con los presupuestos estructurales de la responsabilidad civil por el hecho de otro, la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado, debe entenderse como un exponente más del régimen de responsabilidad estatuido por el artículo 2347 del Código Civil colombiano⁴⁰ (precisamente por cumplir con los presupuestos estructurales del mismo) y, consecuentemente, como un caso que tiene las

39 En la *'Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional'* la UNIDROIT muestra cómo en algunos países del mundo, en donde el fundamento jurídico para la aplicación de la responsabilidad del franquiciante por los hechos del franquiciado no es el de la responsabilidad por el hecho ajeno, la regla general es que susodicho caso de responsabilidad no se da, siendo ésta una situación excepcional de algunas modalidades especiales de contratos de franquicia. Sin embargo, si se observa el fundamento colombiano para que el franquiciador pueda ser condenado por el hecho del franquiciado, resulta claro que la regla general es que esa situación se presente, en la medida en que la regla general de los contratos de franquicia es que presenten los presupuestos estructurales necesarios para susodicha responsabilidad por hecho ajeno. Para más información véase UNIDROIT, *op. cit.*, p. 168.

40 Tal y como se demostró en el numeral primero del presente escrito, la lista de casos de responsabilidad por el hecho ajeno estatuida en el artículo 2347 del Código Civil Colombiano no es taxativa, por lo que admite otros casos siempre que éstos cumplan con los presupuestos estructurales para dar cabida a un régimen tan particular de responsabilidad; la relación franquiciante-franquiciado cumple con susodichos presupuestos, y es por eso que puede señalarse como un exponente de responsabilidad por el hecho ajeno.

mismas características o singularidades que aquellas que particularizan los demás casos de responsabilidad por el hecho ajeno, especialmente en punto tocante con dos aspectos en particular: de una parte, el que se trate de un régimen de responsabilidad subjetiva y, de la otra, el que esa responsabilidad subjetiva sea por culpa presunta.

En cuanto a lo primero (responsabilidad subjetiva), es claro que para comprometer la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, es necesario que hubiese mediado culpa de aquel en la omisión del consabido deber de vigilancia y control que le asistía, permitiendo con ello la irrogación de un perjuicio a un tercero, quien ahora reclama la correspondiente indemnización; en otras palabras, si la omisión del deber de vigilancia por parte del otorgante de la franquicia no fue una omisión culposa⁴¹, no se le podrá imputar a aquel responsabilidad alguna.

Adicionalmente, se trata de una responsabilidad subjetiva pero en la modalidad de la *culpa presunta*, lo que quiere decir que el ordenamiento jurídico *presume* (en una presunción de hecho, como se verá en el numeral subsiguiente) la culpa del franquiciante. En este punto es necesario hacer una precisión fundamental: la culpa que se presume (y a la cual se está haciendo referencia en el presente escrito) es la del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control (lo que la doctrina ha denominado como *culpa in vigilando*), *no* la del franquiciado en el perjuicio que irrogó al tercero-cliente con su actuar, la cual, salvo casos excepcionales, deberá ser probada por quien exige la indemnización, en aras a demostrar que efectivamente tiene derecho a la misma.

Ahora bien, en este punto cabría preguntar cuál es el fundamento jurídico para afirmar lo anterior. La respuesta a este interrogante estriba en una consideración elemental, y es que no debe perderse nunca de vista que en la relación franquiciante-franquiciado, al cumplirse los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho ajeno (como se demostró en el primer numeral del presente documento), constituye una exponente clara de éste tipo de responsabilidad y, como es de suponerse, un caso que comparte los rasgos característicos de los demás ejemplares de la misma, entre los que se encuentra precisamente el que se trate de un régimen de responsabilidad por

41 Es importante aclarar que en este escrito se está acogiendo la tesis esgrimida por ALBERTO TAMAYO LOMBANA en su obra *'La responsabilidad civil extracontractual y la contractual'*, en cuanto a que en derecho civil se utiliza una noción genérica de culpa que incluye la *culpa* en el sentido estricto del término y, adicionalmente, el dolo. Para mayor información, véase TAMAYO, *op. cit.* p. 79 y ss.

culpa presunta. Así lo manifiesta Tamayo Lombana, con fundamento en autores como MALINVAUD y JACOB y LE TOURNEAU⁴²; en palabras del autor:

“[...] Si en el derecho común de la responsabilidad es necesario probar la culpa del demandado, según se ha visto, en este régimen (el de responsabilidad por el hecho ajeno) se presume la culpa. Es una presunción que pesa sobre el civilmente responsable y que da lugar por lo tanto a una situación favorable para la víctima[...].”⁴³

De manera entonces que la presunción de culpa que pesa sobre el franquiciante en cuanto a la omisión de su deber de vigilancia y control sobre el franquiciado (la cual, a su vez, compromete la responsabilidad del primero ante los clientes del segundo, por su hecho o culpa), no es más que una consecuencia lógica de que entre ellos sea aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, cuya característica distintiva es que se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva y bajo el esquema de la culpa presunta, tal y como en múltiples ocasiones se ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Adicionalmente es también una particularidad que favorece la posición de la víctima, facilitándole la obtención de la indemnización ya sea de parte de quien le irrogó directamente el perjuicio o del que omitió la obligación de vigilancia que le asistía (culpa *in vigilando*); esta perspectiva de favorecimiento a la víctima es completamente coherente con la protección del consumidor, de suerte que se erige también como una perspectiva claramente plausible para aplicar la presunción de culpa del franquiciante, tal y como se verá en un numeral posterior⁴⁴.

42 Es importante anotar que la idea de la culpa presunta en la responsabilidad por el hecho ajeno ha sido reiterada por la doctrina en múltiples ocasiones; para citar algunos casos donde puede encontrarse dicha consideración, véase: MALINVAUD, PHILIPPE. *Droit des obligations*. París. Litec. 1990, p. 227; JACOB N. & PH. LE TOURNEAU. *Assurances et responsabilité civile*. Tomo I: La responsabilité civile. París. Dalloz. 1972. p.1145; ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 176. FLOUR, J. & AUBERT, J. *Droit civil: les obligations*. Vol. I. París. Librairie Armand Colin. 1975, pp. 692-698; asimismo, existen casos jurisprudenciales en los que se ha hecho mención a la referida particularidad de la culpa presunta en las situaciones de responsabilidad por el hecho ajeno; para más información véase TAMAYO, p. 135 y ss.

43 Tomado de TAMAYO, *op. cit.*, p. 135; además de los autores citados anteriormente, puede consultarse la obra del profesor PEIRANO FACIO (*Responsabilidad extracontractual*. Temis. Bogotá. 1981, pp. 514-518. También lo ha dicho la jurisprudencia en reiterados pronunciamientos; al respecto, *Vid.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 9 de 1994 (Exp.4156. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO); sentencia de marzo 15 de 1996 (Exp. 4637. M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO); sentencia del 12 de julio de 2005 (Exp. 7676. M.P. PEDRO OCTAVIO MUNAR).

44 Hay autores que señalan otros fundamentos para la aplicación de la culpa presunta; algunos, como TAMAYO LOMBANA afirman que la obligación de cuidado y vigilancia es una obligación de resultados cuya omisión genera que se presuma la culpa (véase TAMAYO, *op. cit.*, pp. 37 y 135). Marzorati dice también que en algunos casos se entendió el tema de la presunción de culpa entre el franquiciante y el franquiciado, como una suerte de sanción al primero por no haber sido lo suficientemente diligente en el cumplimiento de su labor, sin embargo el autor critica ampliamente esta perspectiva (véase Marzorati, *op. cit.*, p. 408).

3. Ámbito de delimitación de la responsabilidad del franquiciante y causales de exoneración

Hemos constatado hasta ahora que en Colombia existe un triple fundamento jurídico para comprometer la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado y, adicionalmente, que se trata de una responsabilidad subjetiva en la que se presume la culpa del primero en la omisión de su obligación de control y vigilancia respecto del segundo, consecuencia lógica del que se trate de un caso de responsabilidad por el hecho ajeno, como los previstos en el artículo 2347 del Código Civil colombiano. Partiendo de esa base, podemos proceder ahora a desarrollar una pregunta fundamental: ¿responde el franquiciante ante los clientes del franquiciado por todo perjuicio irrogado por el hecho o culpa de éste último, o existe algún ámbito de delimitación de la responsabilidad por el hecho ajeno a la que esta sujeto el otorgante de la franquicia?

Se trata, de entrada, de una pregunta usualmente omitida o inexplorada por los investigadores del *franchising* nacional y cuya respuesta se halla, una vez más –y por ello vale la pena la reiteratividad– en el pluricitado fundamento jurídico para que sea posible comprometer la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, cual es, se itera, la omisión culposa del deber de vigilancia y control que el primero, en su posición privilegiada, tiene sobre el segundo⁴⁵. Así las cosas, es preciso acotar que el otorgante de la franquicia puede ser condenado a resarcir los perjuicios sufridos por los clientes del franquiciado, en la medida en que la irrogación de susodichos perjuicios se haya posible no solamente por el directo actuar del franquiciado, sino también por la omisión de la adecuada vigilancia (culpa *in vigilando*) que sobre él debe tener el franquiciante, lo que le atribuye cierto grado de responsabilidad (responsabilidad por el hecho ajeno). De lo anterior se sigue que si el hecho dañoso padecido por los clientes del franquiciado (dada la actuación culposa del mismo) se produjo aun cuando el franquiciante cumplió diligentemente con su obligación de vigilancia y control, no existiendo omisión culposa alguna de su parte, es decir, no existiendo culpa *in vigilando*, el constituyente de la franquicia no deberá resarcir los perjuicios sufridos por los clientes del franquiciado ni se le podrá imputar responsabilidad alguna. Y es que resulta perfectamente consecuente: si el franquiciante responde por toda actuación del franquiciado que resulte perjudicial a terceros, y que tenga una relación de causalidad directa con la omisión culposa de la obligación de vigilancia que le asiste como parte dominante de la relación de franquicia, es lógico que si el hecho dañoso se produjo a pesar de que ese franquiciante cumplió con la referida obligación de vigilancia, no le sea

45 Como se demostró en el primer numeral del presente trabajo, lo que hace aplicable la responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado, es precisamente el que exista una subordinación del franquiciado y, adicionalmente, el que se presente una obligación de vigilancia y control entre ellos.

imputable responsabilidad alguna, en la medida en que no medió culpa de su parte, faltando con ello uno de los elementos estructurales de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad por el hecho de otro: la omisión *culposa* del deber de vigilancia y control sobre el subordinado.

Ahora bien, es importante anotar que el ordenamiento jurídico considera también el grado de control que sobre el franquiciado tiene el franquiciante, para delimitar aún más la responsabilidad de éste último por el hecho del primero –haciendo entonces una valoración de la culpa *in concreto*–; en ese sentido, si existe un riguroso y minucioso control del franquiciante sobre las acciones del franquiciado, dándole un margen de operatividad muy limitado, se va a esperar de ese otorgante de franquicia un mayor grado de diligencia en el cumplimiento de su obligación de control y vigilancia, abriendo un mayor riesgo de que se le pueda imputar responsabilidad por el hecho del franquiciado; *a contrario sensu*, si el franquiciante ejerce un control moderado, pero no excesivo, el grado de diligencia que de él se esperará será menor, permitiéndole demostrar, en la mayoría de los casos, que no hubo una omisión culpable suya en la consabida obligación. La UNIDROIT comparte la anterior idea, cuando dice:

“[...] Las consideraciones anteriores apuntan a la necesidad de un franquiciador o sub-franquiciador que sea cauto, no sólo con respecto a la redacción de los contratos de franquicia, sino también en la manera de dirigir la relación continua con los sub-franquiciados. Mientras un franquiciador tiene interés que el franquiciado se adhiera a su sistema a fin de lograr consistencia y de proteger el prestigio de la marca o nombre comercial, un excesivo control sobre el sub-franquiciado podría dar lugar a que franquiciador y sub-franquiciador queden expuestos a responsabilidad por los actos u omisiones de los sub-franquiciados. Un franquiciador o sub-franquiciador deberá por tanto tener cuidado para evitar un control de las operaciones diarias de los sub-franquiciados. Es improbable que quiera hacerlo así, pues eso negaría los principios en los que la franquicia se basa y podría crear también otros problemas [...]”⁴⁶

Ahora bien, la UNIDROIT y, como no decirlo, el derecho de daños en general, señalan dos grandes grupos de causales que pueden exonerar la responsabilidad del otorgante de la franquicia ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de éste último: aquellas que desvirtúan la culpabilidad del sujeto –causales de exculpación–, y aquellas que desvirtúan la relación de causalidad –causas extrañas; sin embargo, y antes de echar un vistazo muy breve a cada una, es importante reiterar que en el caso de responsabilidad por hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado (como en los demás exponentes de éste tipo de responsabilidad) la culpa se presume, razón por la cual la carga de la prueba se traslada del franquiciado

46 Tomado de UNIDROIT, *op. cit.*, p. 169.

al franquiciante, quien deberá entonces aportar elementos probatorios suficientes para acreditar su exoneración⁴⁷. Partiendo de esta base, exploremos brevemente las causales en comentario⁴⁸:

- a. *Causales de exoneración que desvirtúan la culpabilidad*: se hace referencia en particular a la demostración de *ausencia de culpa* y a los *hechos justificativos*. En cuanto a la primera, es claro que al franquiciante que demuestra que no hubo una actuación culposa de su parte, no se le podrá imputar responsabilidad alguna, en la medida en que la responsabilidad por el hecho del franquiciado es subjetiva, y requiere del elemento culposo para su imputación (tal y como se mostraba en el primer párrafo del presente numeral). Por su parte, los hechos justificativos desvirtúan también el que haya existido una omisión *culposa* del otorgante de la franquicia, generando el mismo efecto que la ausencia de culpa⁴⁹. Ahora bien, en esta materia sería preciso verificar que no medie una compartición o concurrencia de culpas, la cual, en caso afirmativo, conduciría entonces a la teoría imperante la materia, esto es, la teoría de la *comparative negligence*, en virtud de la cual “... en caso de concurrencia de culpas hay que tener en cuenta: si la culpa del demandado es más grave pero sin intención de ocasionar el perjuicio, se reduce la indemnización según la gravedad de la culpa de la víctima; si las culpas son iguales, también hay lugar a reducción. En este caso la reducción debe ser por mitad, según la teoría más acertada ...”⁵⁰.

47 Bien es sabido que uno de los efectos de las presunciones en derecho –desde un punto de vista procesal, es el denominado traslado de las cargas probatorias que, con la presunción, se genera. Al respecto, *Vid.* Arts. 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil. PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de derecho probatorio. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá. 2009, pp.235-241; SENTIS MELENDO, SANTIAGO. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1979, pp. 144, 209, 227.

48 La UNIDROIT se ocupa de la materia en la ‘*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*’ donde menciona y desarrolla los rasgos principales de la responsabilidad a la que esta sujeto el franquiciante por el hecho del franquiciado. Allí se encuentran también las referencias a las posibilidades de exoneración de la que dispone el otorgante de la franquicia, en los términos mencionados en el presente artículo. Para más información véase UNIDROIT, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

49 Tradicionalmente se han identificado como hechos justificativos en materia civil, algunas de las causales usadas también como eximentes de responsabilidad penal, a saber: el estado de necesidad, la orden de autoridad, la coacción, la legítima defensa y el consentimiento de la víctima. Asimismo se han incluido asuntos como la aceptación de los riesgos por parte de la víctima, señalada como diferente al consentimiento de la víctima. Sobre estos asuntos en particular habría que entrar a considerar algunas otras minuciosidades como qué sucedería si la víctima (cliente del franquiciado) aceptó los riesgos de estar contratando con un franquiciado y no directamente con el franquiciante, entre otros. Sin embargo, esos puntos no atañen al presente escrito e implican una remisión a las normas generales que en la materia existen (normas sobre responsabilidad civil extracontractual); para más información véase: TAMAYO, *op. cit.*, pp. 258-269.

50 *Ibidem*, p.246. Sobre este particular, ha sido reiterativa la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que en el caso colombiano, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que la teoría adoptada es muy similar a la tesis de la ‘*comparative negligence*’, habida cuenta de que en la hipótesis de la concurrencia de culpas, cada uno de los sujetos cuya culpa interviene en el perjuicio irrogado, deberá responder en justa proporción al grado de culpa que tuvo en el perjuicio y, como es de suponerse,

- b. *Causales de exoneración que desvirtúan la causalidad*: se trata de la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero; en estos casos, si el franquiciante logra acreditar cualquiera de las causas extrañas enunciadas anteriormente, demostrará que no existió relación de causalidad alguna entre su actuación y el perjuicio sufrido por los clientes del franquiciado, quedando entonces exonerado de toda responsabilidad, en la medida en que faltaría el presupuesto axiológico de la causalidad. Sobre este tema en particular habría que entrar a considerar algunas situaciones especiales como podría ser la concurrencia de la responsabilidad del franquiciante con alguna causa extraña, como el hecho de la víctima o el hecho de un tercero; en ese tipo de situaciones se haría una remisión directa a la solución que dan las normas sobre la concurrencia de causas en materia de responsabilidad civil extracontractual, las cuales se aplican indiscriminadamente para el caso de la franquicia, y que imponen, en materia civil, la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, en virtud del cual es preciso verificar, conforme a criterios como la proximidad y la frecuencia, cuál fue la causa que resultó más idónea o adecuada en la irrogación del perjuicio, esto es, de entre todas las causas, cuál de ellas desempeñó un rol más protagónico en el mismo⁵¹.

si fue la culpa de la víctima la que medió en la irrogación del daño, habrá lugar a una disminución proporcional de la indemnización o reparación que debe pagar el demandado, como quiera que su hecho o culpa no fue el causante de la totalidad del daño sufrido por la víctima y, en consecuencia, no puede obligársele a indemnizar aquella porción del daño que no irrogó o infringió.

La jurisprudencia, por su parte, coincide en forma palmaria con el anterior criterio, el cual considera aplicable, independientemente de si se acoge la tesis de la responsabilidad civil objetiva en tratándose de responsabilidad por actividades peligrosas, o se mantiene el criterio tradicional de la responsabilidad subjetiva. Así, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “... la conducta, sea o no culposa o dolosa, se apreciará objetivamente en el contexto del ejercicio de la actividad peligrosa y la secuencia causal del daño según el marco fáctico de circunstancias y los elementos probatorios, para determinar si es causa única o concurrente y, por ende, excluir o atenuar el deber indemnizatorio. No es que se valore la culpa o el dolo en cuanto tales, ni en consideración al factor subjetivo, sino la conducta en sí misma dentro del contexto del ejercicio de una actividad peligrosa según el marco de circunstancias fácticas y los elementos probatorios. Por supuesto, en la especie de responsabilidad por actividades peligrosas, imputado por entero el daño a la conducta de un solo sujeto, sea o no dolosa o culposa, éste será exclusivamente responsable de su reparación; siendo imputable a la conducta de ambos, sea o no dolosa o culposa, cada uno será responsable en la medida de su contribución y, tales aspectos, los definirá el juzgador de conformidad con las reglas de experiencia y la sana crítica, asignando, en todo o en parte, a uno o a ambos sujetos la responsabilidad según su participación, para cuyo efecto, el ordenamiento jurídico le atribuye al juez amplitud en la valoración de las probanzas, en todo cuanto respecta a la determinación de la responsabilidad e incidencia de las conductas concurrentes...” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2009, *op. cit.*, pp.64-65). En fin, “...cuando la conducta recíproca del agente y de la víctima confluye en el quebranto, la reparación está sujeta a reducción conforme al artículo 2357 del Código Civil y, en aquella, o sea, cuando el comportamiento de la víctima es causa exclusiva de su detrimento, se rompe la relación de causalidad (LXXVII, 699), es decir, no puede predicarse autoría de la persona a quien se imputa el daño ...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2009, *op. cit.*, pp. 68).

- 51 El profesor TAMAYO JARAMILLO explica, en torno a la teoría de la causalidad adecuada, que “... la imposibilidad práctica de aplicar con todo rigor la teoría de la equivalencia de las condiciones llevó a la doctrina a proponer varias teorías en virtud de las cuales se opera una especie de selección de

Con todo, nótese entonces que la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquicado, además de ser aplicable en las relaciones de *franchising* comercial en Colombia y de constituir un régimen de responsabilidad subjetiva por la vía de la culpa presunta (al tratarse de caso más de responsabilidad por el hecho ajeno), no se estructura como una responsabilidad ilimitada o absoluta, sino que encuentra precisos y puntuales límites en su propio fundamento (si no hubo una omisión culposa de la obligación de cuidado y vigilancia en cabeza del franquiciante, no se le podrá imputar a éste responsabilidad civil alguna), en el grado de control que sobre la actividad del franquiciado ejerza el franquiciante y, evidentemente, en las eventuales situaciones en las que se desvirtúe la culpabilidad de éste último (exoneración por ausencia de culpa o hechos justificativos) o el nexo de causalidad entre su conducta y el perjuicio sufrido por el cliente del franquiciado (exoneración por causas extrañas). Sobre esta base es oportuno ahora entrar a estudiar si las ideas generales en materia de responsabilidad por el hecho ajeno entre franquiciante-franquiciado, admiten matices particulares, especialmente en cuanto a elementos como el tipo de franquicia al que se aplican o la jerarquía normativa de los contratos atípicos.

4. Los diferentes matices de la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado: jerarquía normativa en los contratos atípicos y modalidades particulares de franquicia

Las ideas expuestas en los numerales anteriores constituyen lo que podríamos denominar como las *reglas generales* en materia de responsabilidad del franquiciante ante terceros clientes del franquiciado; sin embargo, dichas reglas generales, como su propio nombre lo indica, pueden verse matizadas o morigeradas por algunas modificaciones o particularidades excepcionales, introducidas, de una parte, por la jerarquía normativa a la que se encuentra sujeto el contrato de franquicia como un contrato atípico en segundo orden, o por ciertas modalidades de franquicia que demandan de una especial aplicación; pues bien, en el presente numeral se indagará precisamente por esos matices que en uno u otro sentido podrían alterar las reglas

entre las diversas causas que contribuyeron a la producción del daño. La más importante de dichas teorías es la denominada de la causalidad adecuada. De acuerdo con ella no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, sólo las que se consideren adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico. Si entre esas causas adecuadas se encuentran uno o más comportamientos ilícitos del demandado o de los demandados, todos ellos se considerarán como causa adecuada del daño ...” (TAMAYO, *op. cit.*, p.378); GUIDO ALPA sostiene, por su parte, que “... la teoría predominante gira en torno de la causalidad adecuada o regularidad causal. El rigor del principio de equivalencia de las causas, impuesto por el artículo 40 del Código Penal, tiene un atenuante en el principio de la causalidad eficiente, en virtud del cual la acción a la que se asimila el nexo se ubica fuera de las líneas normales de desarrollo de la serie causal del proceso ...” (ALPA, *op. cit.*, pp. 420-421). Sobre este particular, *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp.187-207 (autor que trae un estudio muy elocuente en punto tocante con el problema de la causalidad); LE TOURNEAU y LOÏC CADIET, *op. cit.*, p. 824.

generales expuestas a lo largo del presente ensayo y cuya comprensión es de vital e ineluctable importancia para evitar errores de tipo fáctico o jurídico dentro del análisis de la temática.

En primer lugar, y tal y como lo advierte JAIME ARRUBLA PAUCAR en el tercer tomo de su obra “*Contratos mercantiles*”, habría que considerar para cada caso de franquicia en particular las eventuales modificaciones introducidas por fuentes normativas de superior jerarquía⁵² en materia de contratos atípicos de segundo orden⁵³; según expone el autor, siempre que el operador jurídico se sitúe frente a un caso en el que se encuentra involucrado un contrato comercial atípico (en segundo orden) como lo es la franquicia, debe considerar, por encima de las reglas generales derivadas de la teoría de las obligaciones y los contratos, de la analogía con la ley comercial y la ley en general y de la costumbre mercantil nacional e internacional, lo que las partes hayan estipulado a nivel contractual, teniendo dichas estipulaciones carácter prioritario sobre cualquier otro tipo de regulación, siempre y cuando, claro está, con ellas no se transgredan las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres⁵⁴; en ello coincide, en forma por demás paladina, el artículo 4°

52 En “*Contratos mercantiles*” ARRUBLA desarrolla con extremo cuidado la jerarquía que, conforme a la jurisprudencia, la doctrina y las posibilidades normativas, debe observarse al momento de encontrar regulaciones para contratos atípicos de segundo orden; el autor sostiene que el orden de jerarquía apropiado en esta materia es: a) las estipulaciones contractuales; b) la teoría general de las obligaciones y los contratos; c) la analogía con la ley mercantil (ante lo cual el desarrolla una pequeña controversia por cuanto considera que debería primero incluirse la costumbre mercantil, antes de recurrir a la analogía); d) la costumbre mercantil local; e) los tratados y convenciones mercantiles no ratificadas por Colombia; f) la costumbre mercantil internacional; g) los principios generales del derecho comercial; h) la analogía general. Para mayor información sobre cada una de estas fuentes, véase: ARRUBLA, *op. cit.*, pp. 38-43.

53 La expresión *contratos atípicos de segundo orden* fue desarrollada en la primera parte de la presente investigación, por lo que su uso no requiere ninguna nueva explicación.

54 En términos de ARRUBLA PAUCAR, “[...] las estipulaciones de los contratantes son verdaderas reglas de derecho comercial. Se encuentran subordinadas por las normas de carácter imperativo, pero se aplican antes de las normas dispositivas o supletivas. Las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, ejercen potestad normativa para regular sus intereses privados. En la contratación atípica, por no existir normas dispositivas o supletivas, la disposición contractual adquiere especial significado y debe procurar ser previsoras de todas las circunstancias que interesen a las partes, como efecto del contrato [...]”. *Ibidem*, p. 39; ello lo reitera la jurisprudencia, a cuyo juicio “...Con miras a determinar la reglamentación de esa especie de pactos, estos se han clasificado en tres grupos fundamentales: a) Los que presenten afinidad con un solo contrato nominado determinado; b) los que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos nominados; es decir, los llamados mixtos, en los que concurren y se contrapesan distintas causas; y c) los que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales. Relativamente al primer grupo, doctrina y jurisprudencia coinciden en que deben aplicarse **analógicamente** las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado; en cuanto al segundo, algunos autores acogen el método denominado de la **absorción** según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente; mientras que otros acuden al criterio de la **combinación**, que busca la existencia de una estrecha relación del contrato singular –nominado– y las normas mediante las cuales éste está disciplinado por la ley. En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar

del Código de Comercio, a cuyo tenor literal, “[...] *las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas (las cuales no existen en el caso de contratos atípicos) y a las costumbres mercantiles [...]*” (paréntesis no originales)⁵⁵.

Puesto en otros términos, antes de considerar los rasgos anteriormente expuestos en torno a la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, los cuales se derivan precisamente de la teoría general de las obligaciones, la costumbre mercantil, los tratados y guías internacionales, entre otros, el intérprete u operador jurídico debe evaluar lo que las partes convencionalmente estipularon (remitiéndose, para ello, al contrato de franquicia entre ellas celebrado) con el objeto de descartar modificaciones que éstas últimas hubieren efectuado al régimen general de responsabilidad por el hecho ajeno predicable de la relación franquiciante-franquiciado; concretamente debe verificarse que los contratantes no hubiesen introducido lo que la UNIDROIT denomina *cláusulas de renuncia a la responsabilidad del franquiciante*, y cuyo efecto inmediato es el de eliminar toda forma de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado⁵⁶. Estas cláusulas de renuncia pueden figurar ora en el propio contrato

cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, “estableciéndose una especie de ‘alfabeto contractual’, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una ‘dosificación’ de normas –o de grupos de normas–, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca” (G.J. LXXXIV, pág. 317), en todo caso, agrega más adelante la Corte “... todos estos criterios de interpretación, no son, en último análisis más que especificaciones del principio de la analogía, inspiradas en las peculiaridades de cada materia. De aquí, también, que el criterio de interpretación más serio, respecto del contrato innominado mixto, es además de la aplicación directa de las reglas generales sobre los contratos, el de la aplicación analógica de las singulares relativas al contrato nominado dado, que se manifiesten como las más adecuadas al contrato mixto que se debe interpretar, y si éstas no existen, entonces recurrir a las de la analogía iuris” (ibidem). Finalmente, respecto del último grupo, francamente inusual, deben atenderse, como ya se dijera, las estipulaciones convenidas por las partes, que no contraríen normas de orden público; si persistiese el vacío, se reglará conforme a la normativa general de los contratos y la tipicidad social. A la analogía solamente podrá acudir en la medida que denote un rasgo significativo común a algún contrato típico. Acótase, como corolario de lo dicho, que los contratos atípicos, designación esta que parece más adecuada que aquella otra de innominados, se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes, siempre y cuando no sean contrarias a leyes imperativas; por la práctica social habitual; por las normas generales a todo acto jurídico; y, en caso de vacíos, por las normas que gobiernan los contratos típicos afines [...]” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001. Exp. 5817. MP. JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES).

55 Tomado de *Código de Comercio*, art. 4°.

56 Se trataría, como bien es sabido, de una cláusula exoneratoria de responsabilidad, la cual, *recta vía*, puede conducir a incesantes discusiones en torno a su eficacia jurídica, particularmente en lo que concierne a su licitud; se trata de una discusión de gran envergadura en la doctrina nacional e internacional, como quiera que no existe acuerdo en torno a las fronteras que marcan la licitud de tales cláusulas, razón por la cual, sobre este tema en particular, de suyo muy complejo, nos remitimos a la bibliografía especializada, partiendo de la base de que el estudio de la validez de las cláusulas exoneratorias de responsabilidad, desborda la pretensión del presente estudio.

de franquicia, cuando el franquiciado asume total responsabilidad por los perjuicios irrogados a sus clientes, exonerando al franquiciante de resarcir cualquier daño padecido por éstos últimos, salvo que susodicho daño se hubiera hecho posible por una omisión dolosa o gravemente culposa de la obligación de vigilancia y control radicada en su cabeza (en la medida en que la responsabilidad por culpa grave y por dolo no son renunciables, por así proscribirlo el artículo 1522 del Código Civil colombiano⁵⁷), ora en los contratos celebrados entre el franquiciado y sus clientes, donde éstos renuncian a ejercer cualquier reclamación indemnizatoria en contra del franquiciante⁵⁸. En cualquier caso, el otorgante de la franquicia quedaría exonerado de la responsabilidad por el hecho del franquiciado, primando la estipulación contractual por tratarse de un contrato atípico en segundo orden.

Ahora bien, además de este tipo de estipulación, habría que evaluar también el ámbito geográfico de aplicación de la relación de franquicia comercial, en la medida en que si se trata de un contrato de franquicia internacional, es decir, con aplicación en otros países del mundo, sería necesario que los operadores jurídicos entrarán a considerar los matices que en materia de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, pueden introducir regulaciones normativas particulares de los lugares en los que se desarrollará la franquicia⁵⁹; en pocas palabras, si se trata de una franquicia foránea o internacional es ineluctable la necesidad de evaluar todos los criterios anteriormente expuestos (y cuyo enfoque es el caso colombiano) a la luz de la normatividad existente que, en tal hipótesis, estaría llamada a regular el contrato en comento, y de cuya consagración puede afectarse el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno entre franquiciante y franquiciado. Marzorati expone en términos muy concretos la anterior idea; en palabras del autor:

“[...] 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. Un conocimiento de tales leyes en el país donde se

57 El artículo 1522 del Código Civil colombiano prescribe: “Art. 1522.- El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación de dolo futuro no vale” (subrayas no originales). Ahora bien, como el artículo 63 del mismo código asimila la culpa grave al dolo, la doctrina ha dicho con unanimidad que la culpa grave futura tampoco puede condonarse, por lo que cualquier cláusula de renuncia o exoneración de responsabilidad por culpa grave o dolo es inválida.

58 Para mayor información en torno a las cláusulas de renuncia a la responsabilidad, véase UNIDROIT, *op. cit.* pp. 214 y 215.

59 La discusión en torno a la franquicia internacional implica inmiscuirse en el amplio universo de la ley aplicable al contrato de franquicia, sobre el cual existen, en la actualidad, álgidas discusiones doctrinarias, dada la evolución de los criterios de ley aplicable a contratos celebrados en esquemas supranacionales; evidentemente, según la tesis que el intérprete acoja, se dará una u otra solución al caso planteado, en la medida en que no existe unanimidad –mucho menos desde la óptica internacional–, en punto tocante con la teoría a acoger.

establecerá la franquicia es de suma importancia para un franquiciante extranjero [...]”⁶⁰

Otro importante matiz de necesaria consideración en materia de responsabilidad por hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado, versa en torno a la posibilidad de que confluyan otras manifestaciones excepcionales de responsabilidad civil extracontractual dentro del desarrollo propio del *franchising*⁶¹, como sería el desempeño de actividades riesgosas por parte del franquiciado (lo cual haría pesar una presunción de culpa en su contra, en los términos prescritos por el artículo 2356 del Código Civil colombiano) o la irrogación de perjuicios por actividades de construcción sobre las cuales verse la franquicia. En cualquier caso, habría que considerar cada situación en particular de conformidad con las normas que regulan las referidas manifestaciones excepcionales de responsabilidad para determinar la forma como afecta a los sujetos contractuales de la franquicia y, con ello, establecer si efectivamente genera un efecto práctico sobre la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, precaviendo también qué resultaría más aconsejable para el cliente perjudicado, de manera que dirija su reclamación apropiadamente. A modo de ejemplo, podrían presentarse las siguientes situaciones:

- *Que el perjuicio irrogado a los clientes del franquiciado obedezca al desarrollo de una actividad riesgosa o peligrosa de parte de éste último, y cuya ejecución haga parte del sistema operativo de la franquicia:* en tal caso no solamente se presumiría la culpa del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control por aplicación del régimen de responsabilidad por hecho ajeno, sino que se presumiría también la culpa del franquiciado en la irrogación del perjuicio a su cliente, al desarrollar una actividad que implicaba un peligro potencial y en los términos prescritos por el artículo 2356 del Código Civil colombiano⁶²; ello llevaría a que la víctima contara con la ventaja de una doble presunción, lo que le facilitaría el ejercicio de la acción.

60 Tomado de MARZORATI, *op. cit.*, p. 407.

61 Como advierte TAMAYO LOMBANA en su obra, además del régimen general de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa probada y consagrado en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, existen ciertas situaciones o casos de responsabilidad a los que el legislador les dio un trato especial y diferenciado, como es precisamente el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno, por la ruina en las construcciones, por los daños ocasionados por objetos que caen desde un edificio, por los vicios de construcción, por perjuicios irrogados por animales bravíos y domésticos, entre otros. Por esa razón, habría que estudiar si junto a la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, se presentan otros casos excepcionales como los previstos anteriormente, de manera que de ser así, se pueda proceder a evaluar qué efectos prácticos tendría la concurrencia de regímenes y cómo deberían entonces dirigirse las acciones.

62 Debe advertirse que la perspectiva a partir de la cual aquí se analiza el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas consagrado en el artículo 2356 del Código Civil colombiano, esta sujeta a un amplio debate doctrinal que hoy en día se mantiene en cuanto a la forma adecuada de entender el referido artículo y, junto a él, el tema de la responsabilidad por el desarrollo de actividades riesgosas. Desde su propia incorporación por vía jurisprudencial gracias a la interpretación que del artículo 2356

- *Que el perjuicio irrogado a los clientes del franquiciado provenga del vicio de una construcción hecha con ocasión de la actividad propia de la franquicia:* los vicios de construcción constituirían otro régimen particular de responsabilidad extracontractual en el que podría verse envuelto el franquiciado y que acarrearía matices especiales al momento de ejercer eventuales reclamaciones indemnizatorias por parte de los clientes. En tal caso habría que estudiar lo prescrito por los artículos 2351 y 2060 del Código Civil colombiano, los cuales estatuyen lo relativo a esta forma particular de responsabilidad, claro está, evaluando primero la existencia de eventuales estipulaciones contractuales que lleven a situaciones excepcionales dentro del caso sub-examine⁶³.

Para concluir, algunos autores afirman que además de las estipulaciones contractuales, el ámbito geográfico de aplicación del *franchising* y la concurrencia con otros regímenes excepcionales, la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último podría verse matizada también según la modalidad de franquicia frente a la cual se esté⁶⁴; sin embargo, y dado el fundamento a partir del cual resulta aplicable la responsabilidad por el hecho ajeno en el caso de la franquicia comercial en Colombia (que, como se ha reiterado, radica en que la franquicia cumple con todos los presupuestos estructurales de la responsabilidad por el hecho ajeno), resulta claro que ésta podrá predicarse de la

hizo la Corte Suprema de Justicia en 1935, se ha discutido si debe entenderse como una forma de responsabilidad objetiva, o subjetiva por la vía de la culpa presunta. Según TAMAYO LOMBANA, la tesis acogida hoy en día por la jurisprudencia es la de la culpa presunta según dejó dicho en sentencia de casación del 22 de febrero de 1995, y es por eso que, en gracia de brevedad, se presenta como la tesis regente para el presente trabajo; sin embargo, la cuestión parece hoy en día estarse transformando en la medida en que recientemente la Corte Suprema de Justicia profirió una sentencia en la que afirmó – aun cuando con tres aclaraciones de voto que discrepaban sobre este punto en particular- que la responsabilidad por actividades peligrosas era una modalidad de responsabilidad objetiva (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de agosto de 2009); nosotros no creemos, sin embargo, que esta providencia aislada haya implicado un cambio de jurisprudencia, por dos razones en lo medular: a) en primer lugar, porque existe ya una línea jurisprudencial consolidada en esta materia, en la que se ha dicho reiterativamente que se trata de una responsabilidad subjetiva en la modalidad de culpa presunta; b) de otra parte, porque la sentencia de la Corte, en punto tocante con la objetivación de la responsabilidad por actividades peligrosas, no cuenta con mucho apoyo al interior de la sala: de seis magistrados que votaron la providencia –en la medida en que el doctor PEDRO OCTAVIO MUNAR se declaró impedido-, tres adhirieron la tesis de la responsabilidad objetiva, mientras que tres se separaron de ella a través de las respectivas aclaraciones de voto; ello muestra que se trata de una tesis que no tiene mucho arraigo al interior del máximo Tribunal y que, en consecuencia, no puede considerarse que tiene la entidad como para modificar una línea jurisprudencial de tanto arraigo, como la que corresponde a la responsabilidad objetiva. Sobre este particular, *Vid.*, TAMAYO, *op. cit.*, pp. 167 y ss. también puede remitirse a LEGIS, Recuento de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, agosto de 1955, pp. 873 y ss. (MP. Dr. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS).

63 Para más información véase Tamayo. *op. cit.*, p. 181.

64 Existen múltiples modalidades de franquicia, o mejor, múltiples clasificaciones que se han hecho del contrato de franquicia; sin embargo, para el presente trabajo se hará énfasis en aquellas que han sido tradicionalmente señaladas como modalidades particulares que pueden afectar las reglas enerales en materia de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado.

relación franquiciante-franquiciado independientemente de si se trata de una franquicia industrial⁶⁵, de distribución⁶⁶ o de servicios⁶⁷; en cualquier caso, si el franquiciante incumple culposamente su obligación de vigilancia y control respecto de la tarea del franquiciado, ya sea que se trate de la prestación de un servicio, la fabricación de un producto o la comercialización de éste, permitiendo que se irroge un perjuicio a un tercero, podrá ser condenado a resarcir los daños correspondientes⁶⁸.

Donde sí se podrían distinguir algunos matices particulares es en el caso de franquicias de otorgación indirecta, particularmente en el caso de la *franquicia principal*, que no es más que una modalidad especial de franquicia en la que “[...] el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador, el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia [...]”⁶⁹; esta modalidad, que involucra un número mayor de sujetos contractuales dentro de la relación de *franchising*, implicaría una ampliación de la responsabilidad por el hecho ajeno, en la medida en que no estaríamos ya en una mera relación franquiciante-franquiciado, sino en una compleja vinculación del franquiciante con los sub-franquiciantes y, al mismo tiempo, de éstos con los sub-franquiciados, de suerte que la responsabilidad de los sub-franquiciantes, y eventualmente del franquiciante, podría verse comprometida ante los clientes de los sub-franquiciados, por el hecho o culpa de éstos últimos.

Puesto en otros términos, la existencia de un número mayor de sujetos contractuales implicaría la ampliación del espectro de responsabilidad por el hecho ajeno, de forma que los clientes de los sub-franquiciados podrían reclamar una indemnización de parte del sub-franquiciante, siempre que éste hubiera hecho posible

65 La franquicia industrial se define como aquella en que “[...] franquiciador productor entrega al franquiciado de la misma calidad, todos los elementos necesarios para la fabricación de un bien [...]”. Tomado de CELIS, *op. cit.*, p. 10.

66 “[...] Bajo esta modalidad, el empresario franquiciador otorga al empresario franquiciado la distribución o comercialización exclusiva de sus productos, a través de establecimientos comerciales montados y operados de forma uniforme y homogénea a los del otorgante [...]”. Tomado de CELIS, *op. cit.*, p. 10.

67 “[...]Es una modalidad muy similar a la franquicia de distribución, pero cuyo objeto corresponde a la prestación de servicios. Es aquella “en virtud del cual el franquiciado ofrece un servicio bajo el rótulo y el nombre comercial, o la marca, de franquiciador, conformándose a las directivas de este último[...]” tomado de CELIS, *op. cit.*, p. 10.

68 Existen otras múltiples clasificaciones de la franquicia, como el caso de la franquicia *corner*; franquicia *shop in the shop*, franquicia de formato comercial y otras hechas a partir de criterios doctrinales. Sin embargo su consideración no atañe al presente escrito, por cuanto no inciden directamente en el tema de responsabilidad por el hecho ajeno. Para más información véase: CELIS, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

69 Tomado de UNIDROIT. *op. cit.*, p. 2.

la irrogación del perjuicio cuyo resarcimiento se pretende al omitir culposamente su obligación de cuidado y vigilancia respecto de los sub-franquiados; asimismo, esos clientes podrían eventualmente alegar la responsabilidad del franquiciante principal, si fue una omisión de éste último la que llevó a la actuación culposa del sub-franquiciante y, con ello, al perjuicio de los clientes del sub-franquiciado. Así lo explica la UNIDROIT en la '*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*'⁷⁰, siguiendo un esquema como el que se presenta a continuación:

De todo lo anterior se sigue entonces que la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último, a pesar de ser aplicable por regla general en todos los contratos de franquicia comercial en Colombia, admite algunos matices excepcionales de necesaria consideración con el objeto de caracterizar apropiadamente cada relación de *franchising* en particular; esos matices pueden verse dados, principalmente, por las estipulaciones contractuales de las partes, por normas específicas de países donde se vaya a aplicar la franquicia o por algunas modalidades contractuales en especial, concretamente la de contratos de franquicia principal o *master franchise*, la cual implica la vinculación de un número mayor de sujetos y, consecuentemente, amplía el espectro de responsabilidad por el hecho ajeno predicable del *franchising*.

5. ¿Es la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, aplicable en las fases precontractual y postcontractual?

El último punto a considerar dentro del presente análisis es el relativo a la procedibilidad de la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado, cuando el *franchising* se encuentra en una fase precontractual o postcontractual; básicamente, se trata de responder si un cliente del franquiciado podría exigir indemnización alguna de parte del franquiciante, por perjuicios que le hubieren sido irrogados antes de la celebración del contrato de franquicia, o después de la resolución o terminación del mismo.

Frente a la primera posibilidad, esto es, frente a la aplicabilidad de responsabilidad por el hecho ajeno entre franquiciante y franquiciado en una fase precontractual del *franchising*, es claro que la inexistencia de una relación contractual entre las

70 En la '*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*', la UNIDROIT se ocupa de explicar a profundidad cómo se aplicaría el esquema de responsabilidad por el hecho ajeno en los contratos de franquicia principal, en la medida en que la pluralidad de sujetos contractuales en ese caso, hacen que el circuito no sea tan simple como el de la mera vinculación entre franquiciante y franquiciado. En el presente escrito se desarrollan los rasgos generales de lo dicho por la UNIDROIT, pero si se quiere profundizar véase UNIDROIT, *op. cit.*, pp. 167-169.

partes, así como de la obligación de control y vigilancia del otorgante de la franquicia respecto del franquiciado, generan que no sea aplicable entre ellos el estudiado régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. En otras palabras, al no existir aún la obligación de cuidado y vigilancia entre franquiciante y franquiciado, no existe tampoco forma de comprometer la responsabilidad del primero ante los clientes del segundo, en la medida en que la actuación del otorgante de la franquicia no pudo servir de causa para que se irrogaran perjuicios a los referidos clientes. Adicionalmente, es de suponerse que en una fase precontractual el franquiciado no se encuentra habilitado para iniciar la operación de franquicia comercial, de manera que no tendría por qué utilizar los signos de propiedad industrial del franquiciante, ni mucho menos seguir el *modus operandi* del mismo, desvaneciéndose entonces cualquier fundamento para una eventual reclamación indemnizatoria de parte de sus clientes al otorgante de la franquicia.

Ahora bien, donde sí podría tener cabida la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado es en lo que la doctrina ha denominado como *fase postcontractual*, esto es, la fase posterior a la resolución o terminación del contrato de franquicia⁷¹. En este caso, y como lo advierte JORGE MASCHERONI LEMES en su libro "*Franchising: contrato atípico, know how, partenariado*"⁷², la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado podría verse comprometida en dos supuestos:

*a. Cuando se trate de perjuicios irrogados a clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último al momento de terminar o resolver la franquicia, siempre y cuando dichos perjuicios puedan imputarse a una omisión de la obligación de vigilancia y control que en esta fase debe cumplir el otorgante del franchising: partiendo de la base de que la obligación de control y vigilancia del franquiciante sobre la labor del franquiciado se extiende también a la fase postcontractual, en el sentido de evaluar que se cumpla con el adecuado procedimiento de cese operacional de la franquicia (evitando un trastorno injustificado para los clientes)*⁷³, es claro que si durante la ejecución

71 Es importante anotar en este punto que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido ampliamente la responsabilidad civil precontractual... sin embargo no ha sido tan clara en el manejo de la responsabilidad postcontractual, lo que abre un amplio espacio de interrogantes jurídicos en la materia, como es precisamente el relativo a su aplicabilidad en Colombia. A pesar de ello, muchos ordenamientos jurídicos del mundo, ante la acogida de la responsabilidad precontractual (como una forma de responsabilidad que se presenta en los tratos preliminares del contrato o en la fase de oferta, y que se encuentra consagrada en los artículos 843 y 863 del Código de Comercio de Colombia), han empezado también a desarrollar el tema de la responsabilidad postcontractual.

72 MASCHERONI, JORGE. *Franchising: contrato atípico, know how, partenariado*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. 1999.

73 Este presupuesto aquí abordado es reconocido por múltiples autores en materia de *franchising*; quien mejor lo desarrolla es JORGE MASCHERONI, quien precisamente expone cómo al franquiciante le asiste la

de susodicha fase los clientes del franquiciado sufren perjuicios excepcionales⁷⁴ por el hecho o culpa de éste último, el franquiciante podría ser objeto de una reclamación indemnizatoria de parte de ellos, al presumirse la omisión culposa de su deber de vigilancia y control de la actuación del referido franquiciado en la terminación del contrato que los une. En pocas palabras, la responsabilidad por el hecho ajeno predicable de la relación franquiciante-franquiciado, se amplía a los daños sufridos por los clientes de éste último durante la terminación de la relación contractual de *franchising*, siempre que susodichos daños puedan imputarse a una omisión culposa de la obligación de cuidado y vigilancia que sobre esta fase le asiste al otorgante de la franquicia. Esta posición es plausible no sólo desde la perspectiva del incumplimiento de la obligación de control y vigilancia que le asiste al otorgante de la franquicia, sino también a partir de los postulados de protección al consumidor, en la medida en que éste podría verse claramente afectado por una terminación abrupta del contrato de franquicia.

- b. *Cuando se trate de perjuicios irrogados a los clientes del franquiciado durante la ejecución del contrato de franquicia, que no se hayan resarcido adecuadamente al momento de la terminación o resolución del mismo, y hasta que prescriban las acciones correspondientes:* algunos autores consideran que este supuesto no hace referencia a una fase postcontractual en el sentido estricto de la expresión, en la medida en que son perjuicios irrogados durante la ejecución del contrato de franquicia, pero que no han recibido la correspondiente indemnización; sin embargo, y con el objeto de ilustrar muy brevemente la situación, es importante precisar que con este supuesto en particular se hace referencia básicamente a todas aquellas lesiones sufridas

obligación de ejercer un apropiado y diligente control sobre el proceder del franquiciado en la fase de terminación del contrato de franquicia; esto no solamente es una lógica derivación de que tanto en el inicio, como en el desarrollo y la cesación del *franchising* dicha obligación debe tenerse presente, sino también tiene clara consonancia con la protección al consumidor, el cual podría sufrir traumatismos por el cese abrupto e inapropiado de la franquicia. Para más información, véase: MASCHERONI, *op. cit.*, p. 262.

74 MASCHERONI hace una precisión que considero importante retomar: el autor precisa que la fase de terminación de la relación contractual implica una serie de restituciones mutuas, así como la cesación operacional de la franquicia, todo lo cual puede tener ciertos efectos sobre los clientes del franquiciado, cuyas relaciones jurídicas con éste último pueden verse también abruptamente terminadas. En ese caso, se aplicaría un régimen de responsabilidad civil contractual entre esos clientes y el franquiciado (en donde tocaría estudiar las razones de incumplimiento contractual, si es que lo hubo, para efectos de la ejecución coactiva y la respectiva indemnización de perjuicios) y de responsabilidad civil extracontractual con el franquiciante, solamente si se acredita que los perjuicios sufridos por los clientes, se deben a un incumplimiento culposo de la obligación de cuidado y vigilancia que le asiste al franquiciante respecto de la labor de terminación o resolución que ejecute el franquiciado en la fase postcontractual. Asimismo, la cesación de la operación de franquicia implica otros efectos colaterales para los clientes que no necesariamente constituyen perjuicios, por lo que habría que evaluar cada reclamación indemnizatoria en particular, para constatar que efectivamente se haya presentado el padecimiento de un *daño* en sentido jurídico.

por los clientes del franquiciado mientras tenía vigencia el contrato de franquicia (y cuya indemnización podía reclamarse del franquiciante por aplicación del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno al que éste esta sujeto), pero cuya indemnización no fue oportunamente realizada, por lo que deben repararse entonces en una etapa postcontractual, claro está, mientras no hayan prescrito las acciones indemnizatorias correspondientes.

En cualquier supuesto, es importante advertir que las reflexiones hechas para la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado durante la ejecución del contrato de franquicia, mantienen su vigencia cuando se sitúa el mismo régimen de responsabilidad pero en una fase postcontractual; ello quiere decir que la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado, por perjuicios irrogados a éstos últimos en desarrollo de la terminación o resolución de la operación de franquicia, será una responsabilidad subjetiva en la modalidad de la culpa presunta, con los ámbitos de delimitación y las causales de exoneración anteriormente señaladas, así como los matices particulares que en cada caso podrían predicarse. Esto se debe a que el fundamento para la aplicación de responsabilidad por hecho ajeno entre franquiciante y franquiciado en desarrollo de la fase postcontractual, es exactamente el mismo que aquel que sirve de fundamento para la aplicación de susodicho régimen mientras tiene vigencia el contrato de *franchising*.

En fin, lo anterior implica además una carga mayor para el franquiciante, en la medida en que debe ser sumamente cuidadoso con la forma en que el franquiciado termine o resuelva la operación de franquicia frente a sus clientes, para evitar que se irroguen perjuicios excepcionales que conlleven a eventuales reclamaciones indemnizatorias en su contra y, lo que podría ser más grave, que involucren deterioros del *good will* y la imagen corporativa de la que es titular.

6. SUGERENCIAS PRÁCTICAS

Mal haría en terminar el presente ensayo sin plantear algunas alternativas de que dispone el franquiciante para precaver eventuales reclamaciones indemnizatorias de parte de los clientes del franquiciado, como consecuencia del régimen de responsabilidad por el hecho ajeno que es aplicable en la relación de *franchising* comercial. Para tal efecto, creo conveniente reseñar, en forma somera, dos estrategias de solución con plena vigencia en el derecho colombiano, a saber⁷⁵:

75 En este punto, es importante hacer dos precisiones fundamentales: en primer lugar, es claro que el presente ensayo no pretende agotar todas las eventuales estrategias jurídicas que se podrían adoptar para favorecer la condición del franquiciante, el franquiciado y sus clientes... simplemente se trata de incluir dos alternativas muy plausibles, para dar unas luces en la materia, pero sin pretender en ningún momento ser exhaustivos. Por otro lado, la UNIDROIT trae una explicación muy completa de las dos alternativas de solución que serán planteadas en el presente ensayo, por lo que resulta pertinente, para profundizar en el tema, remitirse a UNIDROIT, *op. cit.* pp. 172 y ss.

a. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad⁷⁶

Tal y como se advertía en el tercer numeral del presente documento, en materia de contratos mercantiles y, especialmente, de contratos mercantiles atípicos (en segundo orden) como lo es la franquicia comercial, las estipulaciones contractuales revisten especial importancia y jerarquía dentro de las eventuales regulaciones a las que podrían verse sometidos, en consonancia además con lo dispuesto por el artículo cuarto del Código de Comercio colombiano. En ese sentido, una estrategia que podría adoptar el franquiciante para precaver eventuales reclamaciones indemnizatorias de parte de los clientes del franquiciado, radicaría en pactar una estipulación contractual exoneratoria de toda responsabilidad por hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado; con ello, y dada la primacía de las cláusulas contractuales en el sistema de contratos mercantiles atípicos (y contratos mercantiles en general), el otorgante de la franquicia podría evitar el que su responsabilidad se comprometiera por la actuación imprudente del franquiciado, permitiéndose así un grado mayor de tranquilidad.

Ahora bien, sobre estas cláusulas exoneratorias, es necesario reiterar dos comentarios hechos ya en los numerales precedentes: en primer lugar, se trata de cláusulas que pueden figurar o bien, en el contrato de franquicia directamente, donde el franquiciado exonera de responsabilidad al franquiciante, o en los contratos celebrados entre el franquiciado y sus clientes, en donde éstos renuncien a eventuales reclamaciones indemnizatorias en contra del franquiciante—ésta última opción ofrece mayor seguridad desde la óptica de la eficacia (particularmente de la validez), de la cláusula exoneratoria; por otro lado, es preciso anotar que las cláusulas de renuncia solamente pueden exonerar al franquiciante hasta por su culpa leve, mas no lo exoneran de responsabilidad por culpa grave o dolo, por así proscribirlo el artículo 1522 del Código Civil Colombiano.

b. Celebración de contratos de seguro

La otra alternativa que muy bien describe la UNIDROIT en la “*Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional*”, es la alternativa que, con gran acogida, ofrece el contrato de seguro, particularmente en lo tocante con el seguro de responsabilidad civil⁷⁷, temática cuyo estudio es sumamente complejo, razón por la

76 Lo relativo a las cláusulas de exoneración o renuncia de responsabilidad, se encuentra ampliamente desarrollado en el cuarto numeral del presente escrito, por cuanto constituyen precisamente uno de los matices conforme a los cuales deben evaluarse las reglas generales anteriormente planteadas en materia de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación franquiciante-franquiciado. Para más información al respecto, remitirse al referido numeral, en donde también se encuentra la bibliografía pertinente.

77 Es el seguro de responsabilidad civil (o seguro contra la responsabilidad civil, como se le suele denominar en otras latitudes), es un tema que amerita un estudio serio y concienzudo, particularmente en Colombia,

cual en ese ensayo nos limitaremos simplemente a plantear su funcionalidad como estrategia de solución, la cual se evidencia desde dos ópticas en lo medular, a saber:

- En primer lugar, en el marco del contrato de franquicia podría exigirse al franquiciado el que celebrara un contrato de seguro de responsabilidad civil en el que él medie como tomador y el franquiciante como asegurado –en la medida en que él es, en rigor, el titular del interés asegurable-, protegiéndolo así frente a eventuales reclamaciones que terceros clientes del primero, puedan elevar en contra del segundo –seguro por cuenta-; evidentemente, debería buscarse un modelo de póliza de responsabilidad civil que, a la luz de los amparos cubiertos, de la delimitación de los riesgos –causal, objetiva, local y temporal- y de la trayectoria del asegurador, resulte adecuada al supuesto de hecho *sub-examine*, particularmente en lo que atañe a las exclusiones, las cuales, en un momento dado, podrían frustrar toda reclamación del tomador o del asegurado. Esta alternativa es, sin duda, la más económica para el franquiciante, en la medida en que lo protege frente al riesgo en comento, sin imponerle, en principio, obligación alguna, en la medida en que éstas recaerían sobre el tomador –salvo aquellas que solamente pueda cumplir el asegurado-.
- En segundo lugar, si la anterior alternativa resulta muy onerosa para el franquiciado, echando al traste la negociación del contrato de franquicia –y el franquiciante quiere preservarla–, puede entonces ser él quien celebre el contrato de seguro de responsabilidad civil como tomador y asegurado, evitando así cualquier gravamen sobre el franquiciado; con ello se protege frente a las reclamaciones indemnizatorias, pero asume un costo adicional: el de fungir como tomador de la póliza⁷⁸.

escenario en el que ha dado prolíferos frutos desde las modificaciones introducidas a través de la ley 45 de 1990; en el presente escrito, sin embargo, dicho estudio no será realizado en la medida en que sólo nos interesa abordar la temática como una posible estrategia de solución frente a las reclamaciones de responsabilidad elevadas por los terceros clientes del franquiciante; sin embargo, si se quiere profundizar en la temática, puede consultarse la bibliografía que se propone a continuación, a saber: DÍAZ-GRANADOS, JUAN MANUEL. El seguro de responsabilidad. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2006; LAGOS VILLAREAL, OSVALDO. Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. Fundación MAPFRE, Bogotá. 2006; DÍAZ GRANADOS, JUAN MANUEL. La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil. Sistema *claims made*. En: Revista Ibero Latinoamericana de Seguros. No. 22 (Enero de 2005). MÁRQUEZ CALLE, FELIPE. El seguro de responsabilidad civil y profesional. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000. ALARCÓN FIDALGO, Joaquín. El siniestro en el seguro de RC contemplado en su dimensión temporal. La problemática de los ‘aggregate limits’, en Responsabilidad Civil de Productos, Madrid, 1.983, p. 89. STIGLITZ, RUBÉN y STIGLITZ, GABRIEL: Seguro Contra la Responsabilidad Civil, Depalma, Buenos Aires, 1991. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: Comentarios al Código de Comercio, Ley de Contrato de Seguro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1984. SOTGIA, SERGIO: L’Assicurazione Della Responsabilità Civile nel Codice e Nelle Polizze, en Rivista Assicurazioni, Roma Parte I, 1950. TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER: El Seguro de Responsabilidad Civil en la Ley de Contrato de Seguro, en Lecciones Sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, Editorial Caser, Madrid, 1989.

78 La UNIDROIT hace una explicación muy profunda de la forma en que pueden constituirse pólizas de seguro de responsabilidad civil entre las partes de la franquicia, para evitar que las reclamaciones indemnizatorias afecten patrimonialmente al franquiciante o al franquiciado. Lo que atañe al presente

Para finalizar se presentan algunas otras sugerencias prácticas de importante consideración en lo relativo a la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último:

- En primer lugar, las partes contractuales deben especificar en el contrato de franquicia si existe en cabeza del franquiciado, obligación de informar al franquiciante sobre cualquier “[...]reclamación de responsabilidad presentada, de cualquier pleito legal, procedimiento, petición administrativa u otra investigación iniciada, al igual que de la emisión de cualquier orden, interdicto, fallo o decreto de cualquier tribunal, agencia u otra institución, según la cual esa otra parte, sus ejecutivos o funcionarios, se afirma que son culpables o por la que podrían resultar afectados [...]”⁷⁹.
- Asimismo, es importante que las partes contractuales especifiquen si ante una eventual reclamación indemnizatoria realizada al franquiciante por vía judicial y proveniente de los clientes del franquiciado, es éste quien debe asumir la defensa jurídica del demandado y/o correr con las costas procesales y las agencias en derecho a que hubiere lugar, tratándose de una demanda instaurada por una lesión infringida, en una primera medida, por el propio franquiciante⁸⁰.

escrito es enfatizar que una de las posibilidades con que cuenta el otorgante de la franquicia para evitar detrimentos patrimoniales por reclamaciones indemnizatorias de los clientes del franquiciado, es la suscripción de pólizas de seguro que lo cubran contra tales riesgos. “[...] *Los riesgos de responsabilidad y las obligaciones de indemnización discutidos antes en las Secciones A y B llevan naturalmente a una consideración acerca de soluciones posibles al problema de garantizar que los pagos se obtengan también en el caso de que la parte responsable carezca de fondos para pagar las cantidades implicadas (el cual podría fácilmente ser el caso de un sub-franquiciado). Un seguro de responsabilidad civil podría ser la solución más adecuada a este problema [...]*”. Tomado UNIDROIT. *op. cit.*, p. 172. Para más información véase UNIDROIT. *op. cit.*, pp. 172-174.

79 Tomado de UNIDROIT, *op. cit.*, p. 170.

80 La UNIDROIT lo especifica en los siguientes términos (enfocados, claro está, al acuerdo de franquicia principal internacional, pero aplicables por vía general al caso de la franquicia comercial): “[...] *Es conveniente que en el contrato de sub-franquicia se establezcan reglas especificando cuándo el franquiciador o el sub-franquiciador está facultado, o bajo qué circunstancias cualquiera de ellos está obligado, a acometer o a asumir la defensa de cualquier reclamación de responsabilidad, acción, petición o investigación, a riesgo y gasto de quién debería asumirse tal defensa y las condiciones bajo las que podría hacerse un acuerdo. Con frecuencia, será la parte en cuyo país se plantea la acción quien asumirá la defensa principal, siempre proveyendo a la otra de información detallada en el curso de los procedimientos, pero en el análisis final dependerá de sobre quién recaiga en última instancia la responsabilidad, pues esa persona probablemente querrá tener el derecho de asumir la defensa principal. El franquiciador está usualmente facultado para elegir si él mismo debería o no asumir la defensa frente a la reclamación del tercero, siempre con tal que esto esté permitido por las leyes procesales del país anfitrión. Por lo que respecta a los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, la situación variará de país en país. En algunas jurisdicciones es sólo el dueño, el franquiciador en este caso, quien tiene el derecho de asumir su defensa, mientras en otras es posible para un licenciatario exclusivo, como el sub-franquiciador, hacerlo. Cuando es la forma en que el sub-franquiciador lleva su negocio la causa de la necesidad de tal defensa, es natural*

- Por último, en el caso del cliente perjudicado, es evidente que de resultar procedente el dirigir la acción indemnizatoria en contra del franquiciado o del franquiciante (por aplicación del aquí estudiado régimen de responsabilidad por el hecho ajeno), es aconsejable que éste ejerza la reclamación en contra de quien tenga un patrimonio más prolífero para efectos de reparación, evaluando simultáneamente sus posibilidades de éxito respecto de cada sujeto (no sería idóneo, por ejemplo, que ejerciera la reclamación en contra del franquiciante – a pesar del mayor patrimonio de éste último- si de antemano sabe que éste podrá demostrar ausencia de culpa en su conducta o cumplimiento oportuno de su deber de vigilancia y control, saliendo victorioso del proceso judicial e implicando costas para el demandante) y los matices propios de la vía procesal que escoja⁸¹.

7. Conclusiones

Considerando los puntos anteriormente expuestos, resulta evidente la profundidad y complejidad que ofrece el tema de la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último y, paradójicamente, se evidencia también la superficialidad con que se le ha expuesto y abordado en las investigaciones hechas en la materia, donde se omiten consideraciones elementales en torno a los rasgos distintivos de esta forma particular de responsabilidad y sobre la manera como debe aplicarse según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico colombiano, el cual, entre otras cosas, ha desarrollado un muy incisivo régimen de responsabilidad por el hecho ajeno (con múltiples minucias y detalles), que claramente influye en el entendimiento de la relación franquiciante-franquiciado en cuanto a la responsabilidad del primero por los hechos del segundo.

Concretamente, una evaluación de las normas y la doctrina existente (con algunos pocos vistazos jurisprudenciales) llevó a dilucidar los siguientes puntos en torno a la temática abordada:

- En primer lugar, se mostró que en Colombia era claramente posible comprometer la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado, por el hecho o culpa de éste último; para ello, se utilizó un triple fundamento: la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2347 del Código

que sea el subfranquiciador quien soporte las costas y gastos de la defensa. Quienquiera que asuma la defensa, el consentimiento previo por escrito del otro es normalmente necesario antes de que pueda realizarse un acuerdo [...]”. Tomado de UNIDROIT, *op. cit.* p. 171.

81 ALBERTO TAMAYO LOMBANA explica varios de los factores a considerar para demandar al civilmente responsable o al directamente responsable, particularmente en cuanto a carga de la prueba y presunciones que eventualmente podrían operar a lo largo del proceso. Para más información, véase: TAMAYO, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

Civil colombiano, las leyes de protección al consumidor (particularmente el Estatuto del Consumidor) y la apariencia creada por el franquiciado al utilizar los signos de propiedad industrial del otorgante de la franquicia, dándole a los clientes la idea de que contratan directamente con éste último y no con el primero.

- Partiendo del anterior fundamento y evidenciado que la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado no es sino un exponente más de la responsabilidad por el hecho ajeno, se concluyó que se trataba de un régimen de responsabilidad subjetivo, en la modalidad de la culpa presunta, advirtiendo que la culpa que se presumía era la del franquiciante en la omisión de su deber de vigilancia y control respecto del franquiciado.
- Asimismo se precisó que no se trataba de una forma de responsabilidad absoluta, es decir, que el otorgante de la franquicia no debía responder *siempre y bajo cualquier circunstancia* por el hecho del franquiciado, sino que existían unos ámbitos de delimitación de su responsabilidad, los cuales la minimizaban frente a unos supuestos específicos, a saber: sólo habría responsabilidad cuando se presentara una omisión culposa de la obligación de vigilancia y control del franquiciante, considerando también el grado de control que éste ejercía sobre la actividad comercial del franquiciado (en la medida en que si se trataba de un control muy riguroso, se iba a esperar mayor diligencia del franquiciante en el cumplimiento de su obligación). Como causales de exoneración se señalaron, siguiendo a la UNIDROIT, aquellas que desvirtuaban la culpabilidad del civilmente responsable (ausencia de culpa y hechos justificativos) y aquellas que desmentían la relación de causalidad entre la conducta del otorgante de la franquicia y el perjuicio padecido por los clientes (causas extrañas).
- Posteriormente se introdujeron algunos matices particulares que la regla general de responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado podía presentar y que versaban básicamente en torno a la primacía de las cláusulas de renuncia o exoneración de responsabilidad del otorgante de la franquicia pactadas por las partes, al ámbito geográfico de aplicación del *franchising* el cual puede influir en la normatividad aplicable y, por último, a la modalidad de franquicia frente a la cual se esté, concretamente si se esta frente a franquicia principal, la cual varía la aplicación del sistema.
- Para concluir, se indagó por la posibilidad de aplicar la responsabilidad del franquiciante por el hecho del franquiciado cuando se esta en una fase precontractual o en una fase postcontractual, resultando que en el primer caso (fase precontractual) no era posible comprometer la responsabilidad del otorgante de la franquicia dada la inexistencia de nexo contractual y de obligación de

cuidado y vigilancia, mientras que en el segundo caso (responsabilidad post-contractual) sí se podía aplicar.

- Finalmente se dieron una serie de sugerencias prácticas a la luz de lo más conveniente para cada una de las partes involucradas en este régimen de responsabilidad, con el fin de aportar una cuota práctica surgida a partir de la disertación teórica desarrollada.

Todo lo anterior con el propósito de caracterizar apropiadamente uno de los rasgos particulares del *franchising* nacional, desarrollado hasta ahora con muy poca profundidad no sólo desde una perspectiva meramente conceptual, sino desde el punto de vista del ejercicio diario del derecho y los riesgos prácticos a los que se puede enfrentar el franquiciante por la propia aplicación del régimen. Adicionalmente, y como se advirtió desde la presentación preliminar de la presente investigación, más allá de sentar verdades en la materia, se propugna por la revitalización de un espacio de discusión y debate en torno a la temática, de manera que se construya a partir de susodicha disertación, la forma más apropiada de entender, analizar, aplicar y prever la responsabilidad del franquiciante ante los clientes del franquiciado por el hecho o culpa de éste último.

REFERENCIAS

- ALARCÓN FIDALGO, J. El siniestro en el seguro de RC contemplado en su dimensión temporal. La problemática de los 'aggregate limits', en *Responsabilidad Civil de Productos*, Madrid. 1983
- ALESSANDRI, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal. 1987
- ALPA, G. La responsabilité du fabricant dans les projets de droit uniforme. *Revue Internationale de Droit Comparé. Vol. II, Journées*, 1977 ; 35-89.
- ALPA, G. Nuevo tratado de la responsabilidad civil. Jurista Editores. Perú. 2006.
- ÁNGEL, R. D. Constitución y derecho de daños. En L. Escobar, & B. Espinosa, *Neoconstitucionalismo y derecho privado - el debate*. Bogotá D.C. : Dike. 2006; 329-413.
- ARRUBLA J. Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. En: *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké. Bogotá. 2009.
- ARRUBLA, J. *Contratos Mercantiles. Tomo II: Contratos atípicos*. Medellín : Diké. 2003
- BARGALLÓ FERRER, JOSÉ MA. *Responsabilidades del franquiciador frente a los proveedores, empleados y clientes del franquiciado*, 2005 [en línea], disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Franquicias/Responsabilidades-del-franquiciador-frente-a->

- los-proveedores—empleados-y-lientes-del-franquiciado.html [consultado: el 25 de agosto de 2009].
- BULGARELLI, W. El derecho de consumidor. pp. 255-262.
- BURLAS, C. (1994-1995). El contrato de franquicia. En: Etchevery, Raúl. Derecho comercial y económico. Contratos. Parte Especial. T.I. Buenos Aires. Astrea.
- CALABRESI, G. & DOUGLAS, A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 1972; 1.089-1.128.
- Cámara de Comercio de Bogotá*. (s.f.). Recuperado el 15 de enero de 2008, de “Costumbres mercantiles certificadas en contratos de riesgo compartido y franquicias”: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=1391>
- CÁRDENAS, C. Fianza y responsabilidad del fiador. *Vniversitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*, (Junio, 1994). 133-142.
- CELIS, A. *El contrato de franquicia*. Bogotá D.C.: 2004.
- CIFUENTES, C. Derecho privado. En C. Cifuentes, *Derecho privado* (págs. 33-34). Bogotá: Edi. 2005.
- Código Civil colombiano*. (2008). Bogotá: Legis.
- Código Civil español*. (24 de julio de 1889). Recuperado el 2 de mayo de 2009, de Universidad Complutense de Madrid: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>
- Código Deontológico Europeo de la Franquicia*. (s.f.). Recuperado el 15 de Enero de 2009, de El concepto de franquicia : http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf Enero de 1991.
- Comisión Revisora del Código de Comercio (1958). *Proyecto de Código de Comercio. Tomo I*. Bogotá D.C. : Ministerio de Justicia.
- Confederación Colombiana de Consumidores*. (18 de Julio de 1999). Recuperado el 15 de enero de 2009, de Estatuto del Consumidor - Decreto 3466 del 3 de diciembre de 1982: http://www.cconsumidores.org.co/legislacion_dec3466.php?page=13 Diciembre de 1982
- COOK, C.; ITURRALDE, M. *et al.* (1990), Franchising. Derecho económico. No. 14. p. 19 y ss.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de mayo de 1970. G.J. Nos. 2326, 2327 y 2328.
- DÍAZ GRANADOS, J. La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil. Sistema *claims made*. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. No.22 (Enero de 2005).
- DÍAZ GRANADOS, J. El seguro de responsabilidad. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2006.
- EZQUIAGA, F. Normas jurídicas para la interpretación jurídica y Constitución. En L. Escobar, & B. Espinosa, *Neoconstitucionalismo y derecho privado - el debate* (págs. 27-63). Bogotá D.C. : Dike. 2006.

- FLOUR, J. & AUBERT, J. *Droit civil: les obligations*. París : Librairie Armand Collin. 1975.
- GETE, M. *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Bosch. 1979.
- GÓMEZ, J. A. Personas y representación de incapaces. En *Lecciones de Derecho Civil*. Bogotá D.C.: Temis S.A. 2005.
- GUYÉNOT, J. Qué es el franchising. Ejea. Buenos Aires. 1977.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)*. (9 de agosto de 2005). Recuperado el 15 de enero de 2009, de Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional.
- JACOB, N. & LETOURNEAU, P. *Assurances et responsabilité civile*. París : Dalloz. 1972.
- JARAMILLO, C.I. La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil [sin publicar]. 2009.
- JARAMILLO, C.I. La contractualización de la responsabilidad médica [sin publicar]. 2009.
- JARAMILLO, C.I. La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo. Examen descriptivo. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. No. 15 (Nov. 2000). pp. 131-135.
- KRAAKMAN, R. (1999). *Vicarious and corporate civil liability*. Recuperado el 1 de mayo de 2009, de Encyclopedia of Law and Economics: encyclo.findlaw.com/3400book.pdf
- LAGOS VILLAREAL, O. Las cargas del acreedor en el seguro de responsabilidad civil. Fundación MAPFRE, Bogotá. 2006.
- LLAMAS POMBO, E. Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2009
- MALINVAUD, P. (1990). *Droit des obligations*. París: Dalloz.
- MARQUEZ CALLE, F. El seguro de responsabilidad civil y profesional. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.
- MARZORATI, O. *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2001.
- MASCHERONI, J. *Franchising: contrato atípico, know how, partenariatado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999.
- MATTIACI, G. & FRANCESCO, P. The cost of Delegate control. *International Review of Law and Economics*, Vol. 23, No. 4., 2003; 453-475.
- MAZUERA, D. *Recuento de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bogotá D.C.: Legis. 2001
- MORELLO, A. Indemnización del daño contractual. 2ª edición. Ed. Platense-Abeledo Perrot. La Plata. 1974.

- MUÑOZ, S. el postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo. En L. Escobar & B. Espinosa, *Neoconstitucionalismo y derecho privado - el debate* (págs. 249-301). Bogotá D.C. : Dike. 2006.
- NAVAS, MARÍA FERNANDA y MOSQUERA MORENO, ANDRÉS. El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. En: Revista *Vniversitas*. N° 119, pp. 294-296.
- ÓRTIZ DE ZÁRATE, A. *Manual de franquicia*. Deusto. Madrid. 1986; 12.
- PEIRANO FACIO, J. Responsabilidad extracontractual. Temis. Bogotá. 1981.
- PÉREZ, Á. *Teoría general de las obligaciones*. Bogotá D.C. : Temis. 1968.
- SALVADOR, P. & GÓMEZ, C. (Julio de 2002). *De la responsabilidad por el hecho de otro a la resaponsabilidad de la organización*. Recuperado el 30 de Abril de 2009, de InDret: www.inderet.com
- SÁNCHEZ CALERO, F. Comentarios al Código de Comercio, Ley de Contrato de Seguro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1984
- SANTOS BALLESTEROS, J. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2008
- SAVATIER, R. *La théorie des obligations*. París : Dalloz. 1967.
- SENTIS MELENDO, S. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1979.
- SHÄFER, H.-B. & SCHÖNENBERGER, M. (1999). Strict Liability Versus Negligence. *German Working Papers in Law and Economics*, 34-78.
- SHAVELL, S. (mayo de 2003). *Economic analysis of accident law*. Recuperado el 1 de mayo de 2009, de National Boureau of Economic Research: <http://www.nber.org/papers/w9694>
- SHAVELL, S. (noviembre de 2005). *Liability for accidents*. Recuperado el 1 de mayo de 2009, de National Bureau of Economic Research: <http://www.nber.org/papers/w11781>
- SOTGIA, S. L'Assicurazione Della Responsabilitá Civile nel Codice e Nelle Polizze, en Rivista Assicurazioni, Roma Parte I. 1950.
- STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G. Seguro Contra la Responsabilidad Civil, Depalma, Buenos Aires. 1991.
- TAMAYO JARAMILLO, J. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Legis. Medellín. 2009.
- TAMAYO LOMBANA, A. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá D.C. : Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

TIRADO SUÁREZ, F. El Seguro de Responsabilidad Civil en la Ley de Contrato de Seguro, en Lecciones Sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, Editorial Caser, Madrid. 1989.

VINEY, G. *La responsabilité du fait des produits en droit français*. París: Société de Législation Comparée. 1989

VISINTINI, G. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II. Astrea. Buenos Aires. 1999.

VOIRIN, P. *Manuel de Droit Civil*. París : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1984.

WEINGARTEN, C. Derecho del consumidor. Ed. Universidad. Buenos Aires.

WIDMER, P. La responsabilité du fait des produits en droit français. *Journées de la Société de Législation Comparée*, 1989; 13-28.

YZQUIERDO TOLSADA, M. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual. Dykinson, Madrid, 2001.